

RECHTBANK NOORD-HOLLAND

Handel, Kanton en Bewind
Locatie Alkmaar

Zaaknr./rolnr.: 991110 CV EXPL 22-3326
Uitspraakdatum: 22 februari 2023

Vonnis van de kantonrechter in de zaak van:

de publiekrechtelijke rechtspersoon **Gemeente Medemblik**
gevestigd te Medemblik
eiseres

verder te noemen: de Gemeente
gemachtigde: mr. T.M. Van Dijk

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Sport en Wellnesscenter de Bloesem B.V.
gevestigd te Wognum, gemeente Medemblik,
gedaagde
verder te noemen: De Bloesem
gemachtigde: mr. J.J. de Boer

1. Het procesverloop

1.1. De Gemeente heeft bij dagvaarding van 23 juni 2022 een vordering tegen De Bloesem ingesteld. De Bloesem heeft schriftelijk geantwoord en daarbij een tegenvordering ingediend.

1.2. Op 23 december 2022 heeft een zitting plaatsgevonden. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen ter toelichting van hun standpunten naar voren hebben gebracht. Partijen hebben gebruik gemaakt van pleitaantekeningen, die zijn overgelegd. Voorafgaand aan de zitting heeft de Gemeente bij brief van 9 december 2022 nog een conclusie van antwoord in de tegenvordering, tevens akte wijziging en vermeerdere eis, genomen.

2. De feiten

2.1. De Gemeente is (als verhuurder) met De Bloesem (als huurder en exploitant) een huur- en exploitatieovereenkomst aangegaan op 21 september 2011. De overeenkomst heeft betrekking op een sporthal en twee bedrijfsruimtes (een fitnesscentrum en een restaurant) in het Multifunctioneel Centrum (MFC) Bloesemgaarde in Wognum.

2.2. Het MFC is voorzien van een installatie voor warmte- en koude opslag (WKO). Na oplevering van het MFC is deze installatie door de Gemeente verkocht aan het bedrijf Vaanster. Vaanster draagt zorg voor het beheer, onderhoud en exploitatie. De Gemeente koopt de warmte en koude voor het MFC in bij Vaanster.

2.3. Uit de afspraken tussen partijen vloeit voort dat De Bloesem geen huur betaalt. Wel is zij op grond van de huur- en exploitatieovereenkomst voor door of vanwege de Gemeente te verzorgen bijkomende leveringen en diensten (de servicekosten) een vergoeding aan de Gemeente verschuldigd. Vanaf juli 2020 heeft De Bloesem de voorschotfacturen niet of niet volledig betaald. De jaarafrekening 2019 (d.d. 9 december 2020) van € 23.013,62 is ook niet betaald. Het maandelijkse voorschot servicekosten bedraagt op dit moment € 9.536,62 inclusief btw. Bij brief van 3 juni 2022 heeft de Gemeente De Bloesem gesommeerd tot betaling van de openstaande facturen over te gaan. De Bloesem heeft daaraan geen gevolg gegeven.

2.4. Bij brief van 9 december 2020 heeft de Gemeente de huur- en exploitatieovereenkomst opgezegd. De ontruiming is aangezegd tegen 31 december 2021. Na die opzegging zijn partijen met elkaar in overleg getreden, hetgeen heeft geleid tot een allonge bij de huur- en exploitatieovereenkomst, die door partijen is ondertekend op 29 november 2021 respectievelijk 2 december 2021. Afsproken is dat de overeenkomst wordt verlengd tot en met 31 oktober 2023, dat de overeenkomst per 31 oktober 2023 van rechtswege eindigt zonder dat opzegging is vereist en dat De Bloesem het gehuurde per 21 oktober 2023 leeg en ontruimd zal opleveren. Als bijlage bij de allonge is gevoegd een tekening van het gehuurde met de aanduiding "overeenkomstig werkelijke BVO's vlgs. NEN 2580".

2.5. In artikel 4.6. van de huur- en exploitatieovereenkomst staat:

"De vergoeding die de Exploitant verschuldigd is voor door of vanwege de Gemeente te verzorgen bijkomende leveringen en diensten wordt bepaald overeenkomstig 16 algemene bepalingen. Op deze vergoeding wordt een systeem van voorschotbetalingen met latere verrekening toegepast, zoals daar is aangegeven."

2.6. In artikel 4.8. van de huur- en exploitatieovereenkomst is het voorschot voor door of vanwege de Gemeente verzorgde bijkomende leveringen en diensten exclusief btw gesteld op € 8.000,00 (inclusief btw € 9.520,00) per 3 kalendermaanden. In artikel 4.10. is bepaald dat de betalingen uit hoofde van de overeenkomst, in één bedrag zijn verschuldigd en voor of op de eerste dag van de periode waarop de betalingen betrekking hebben volledig moeten zijn voldaan.

2.7. In artikel 5.1. van de huur- en exploitatieovereenkomst staat:

"Als door of vanwege de Gemeente te verzorgen bijkomende leveringen en diensten komen partijen overeen:

A.1 Onderhoud en exploitatie (waaronder begrepen warme en koude levering) WKO installatie inclusief afschrijvingslasten;

A.2 levering van water en elektriciteit met betrekking tot de gemeenschappelijke ruimten, alsmede de kosten van aansluiting, beschikbaarstelling en tussenmeters etc.

A.3 Onderhouds- en servicecontracten met betrekking tot installaties met betrekking tot gas, water, elektriciteit alsmede periodieke keuring van genoemde installaties;

B.1 Onderhouds- en servicecontracten en verhelpen storingen met betrekking tot de beveiligingsinstallatie, brandmeldinstallatie, brandblusapparatuur, lift, zonweringsinstallatie, luchtverversingsinstallatie, dakinspectie, noodverplichtingsinstallaties

C.1 Schoonmaak/glasbewassing gemeenschappelijke ruimten

C.2 Water, verwarming en verplichting gemeenschappelijke ruimten

C.3 glasverzekering gemeenschappelijke ruimten

D.1 Beheer en administratie van leveringen en diensten (2,5% over de energiekosten en 5% over de overige servicekosten)"

2.8. In artikel 5.2 van de huur- en exploitatieovereenkomst staat:

“Het complex waarvan het gehuurde deel uitmaakt wordt voorzien van een WKO-installatie. De kosten worden doorbelast als onderdeel van de servicekosten. De tarieven bestaan uit een vastrecht deel en een variabel deel. Het vaste deel wordt in rekening gebracht onafhankelijk van de feitelijke afname en wordt voorberekend naar rato van het aantal gehuurde m². Het variabel deel wordt gefactureerd per afgenomen Joule. Voor het Gehuurde zal één aparte energiemeter worden geïnstalleerd zodat doorberekening van het variabel deel ter zake het Gehuurde geschiedt op basis van het gemeten verbruik. Het vastrecht wordt (door de exploitant van de WKO-installatie) jaarlijks geïndexeerd op basis van de ontwikkelingen van de loonkosten en materiaalprijzen volgens het CBS (...). Het variabele tarief wordt door de exploitant van de WKO-installatie per kwartaal vastgesteld op basis van de prijsontwikkeling van elektriciteit (m.b.t. koude) en gas (m.b.t. warmte).”

2.9. In de toepasselijke algemene bepalingen staat:

“16.4. Verhuurder verstrekt huurder over elk jaar een rubrieksgewijs overzicht van de kosten van de leveringen en diensten, met vermelding van de wijze van berekening daarvan en van, voor zover van toepassing, het aandeel van de huurder in die kosten.
(...)

16.6. Wat blijkt uit het overzicht over de betreffende periode, rekening houdend met voorschotbetalingen, door huurder te weinig is betaald of door verhuurder teveel is ontvangen, wordt binnen een maand na vertrekking van het overzicht bijbetaald of terugbetaald. Betwisting van de juistheid van het overzicht heeft geen schorsing van deze verplichting tot betaling tot gevolg.
(...)

16.8. Verhuurder heeft het recht het door huurder verschuldigde voorschot op de vergoeding voor leveringen en diensten tussentijds aan te passen aan de door hem verwachte kosten, onder meer in een geval als bedoeld in 16.7.”

2. De vordering**3.1. De Gemeente vordert (na wijziging en vermeerdering van eis) dat de kantonrechter:**

1. de huur- en exploitatieovereenkomst tussen de Gemeente en De Bloesem ontbindt per 21 oktober 2023, met veroordeling van De Bloesem om het gehuurde met al het hare en de haren en onder medeneming van al haar eigendommen te ontruimen en ontruimd te houden uiterlijk per 31 oktober 2023, op straffe van een dwangsom van € 500,00 per dag tot aan algehele voldoening met een maximum van € 50.000,00, danwel per een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen datum en dwangsom;
2. De Bloesem veroordeelt tot vergoeding van de als gevolg van de ontbinding geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
3. De Bloesem veroordeelt tot betaling binnen twee weken na dit vonnis van € 198.206,53, althans een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over dit bedrag vanaf de respectieve vervaldatum, althans vanaf de datum van dagvaarding, althans een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen datum tot aan de dag van volledige vergoeding;
4. De Bloesem gebiedt tot aan het einde van de huur- en exploitatieovereenkomst, maandelijks bij vooruitbetaling een voorschot servicekosten aan de Gemeente te betalen van € 9.536,62 per maand;

3.2. Tevens vordert de Gemeente de buitengerechtelijke incassokosten, de contractuele boete en proceskosten (inclusief nasalaris).

3.3. De Gemeente legt aan de vordering ten grondslag – kort weergegeven – dat De Bloesem op grond van de huur- en exploitatieovereenkomst de servicekosten bij wijze van voorschot is verschuldigd. Het voorschotbedrag wordt jaarlijks vooraf bekend gemaakt en in 12 termijnen gefactureerd. Aan het eind van het jaar ontvangt De Bloesem een eindafrekening met specificatie in verband met de servicekosten. De Bloesem heeft de voorschotten servicekosten tot aan 2020 steeds betaald. Vanaf 2020 worden de servicekosten echter niet, te laat of niet volledig voldaan. Inmiddels staat een bedrag open van € 198.206,53. De Bloesem betaalt vanaf begin 2020 € 6.000,00 per maand terwijl de servicekosten € 9.536,52 per maand bedragen. De achterstand loopt hierdoor nog steeds op. Op grond van de contractuele afspraken mag De Bloesem niet opschorten of verrekenen. De achterstand in de servicekosten rechtvaardigt een ontbinding van de huur- en exploitatieovereenkomst per 31 oktober 2023 en er is het risico dat De Bloesem zich zal beroepen op ontruimingsbescherming. De Gemeente vordert De Bloesem te gebieden om tot aan het einde van de overeenkomst maandelijks de voorschotfacturen te betalen, omdat De Bloesem structureel verlieslijdend is en mogelijk door het niet betalen van de voorschotten de eindafrekening niet zal kunnen voldoen.

4. Het verweer en de tegenvordering

4.1. De Bloesem betwist de vordering (gedeeltelijk). Zij voert aan – samengevat – dat de huur- en exploitatieovereenkomst uitgaat van een bedrag van € 32.000,00 per jaar exclusief btw aan servicekosten. Daar was de exploitatie ook op gericht. De werkelijke kosten zijn het drievoudige. De WKO zou een energiezuinige installatie zijn en de kosten zouden niet hoger zijn dan de kosten van een conventionele installatie (cv ketels en koelmachine); dit staat bekend als het ‘Niet Meer Dan Anders’ (NMDA)-principe. Vanaf het begin van de overeenkomst is geklaagd over de hoogte van de servicekosten en er is onder protest betaald. Toen bleek dat er geen voortgang in het dossier zat, is in 2020 en 2021 besloten niet alles meer te betalen, mede vanwege de slechte financiële situatie. Dit werd onder andere veroorzaakt doordat er sprake was van een sluiting van 10 maanden door de corona maatregelen. Vanaf januari 2022 heeft De Bloesem maandelijks € 6.000,00 betaald. Dat is anderhalf keer zoveel als voor een conventionele installatie. Bovendien betaalt De Bloesem voor de m² van de tribune, terwijl ook wordt betaald voor de m² onder de tribune. De jaarlijkse omzet van de sporthal is € 70.000,00. De servicekosten zijn net zo hoog, zodat er geen dekking is voor overige kosten. Uitgangspunt van de huurovereenkomst was het NMDA-principe. De Gemeente zou er zorg voor dragen dat het NDMA-principe zou worden gehanteerd door Vaanster bij het exploiteren van de WKO installatie. Dat is niet goed gegaan en de Gemeente is daar aansprakelijk voor. De Bloesem voert verweer tegen de gevorderde ontbinding van de huur- en exploitatieovereenkomst.

4.2. De Bloesem vordert bij wijze van tegenvordering dat de kantonrechter de Gemeente veroordeelt tot betaling van € 59.982,01. Zij legt aan de tegenvordering ten grondslag – kort weergegeven – dat de Gemeente tekort is geschoten in de nakoming van de huur- en exploitatieovereenkomst door het NMDA-principe niet toe te passen. Wanneer het NMDA-principe wordt toegepast, dan heeft De Bloesem € 209.749,00 exclusief btw teveel betaald over de jaren 2016-2021. Op grond van onverschuldigde betaling kan De Bloesem dit terugvorderen. Over de jaren 2020-2021 resteert een vordering van de Gemeente van € 79.700,48. Deze verrekent De Bloesem met haar vordering. Er resteert een vordering van De Bloesem op de Gemeente van € 59.982,01.

5. Het verweer tegen de tegenvordering

5.1. De Gemeente betwist de tegenvordering en stelt dat er geen contractuele bepaling bestaat in de verhouding tussen de Gemeente en De Bloesem waaraan De Bloesem het NMDA-principe kan ontlene. Voor zover dat principe wel van toepassing zou zijn, betaalt De Bloesem niet meer dan zij zou hebben betaald bij een conventionele installatie. Er is geen sprake van betaling zonder rechtsgrond, zodat door De Bloesem geen beroep kan worden gedaan op onverschuldigde betaling. In ieder geval voor de jaren 2016 en 2017 (tot en met september 2017) is een vordering op grond van onverschuldigde betaling bovendien verjaard. Verrekening en opschorting zijn contractueel uitgesloten.

6. De beoordeling

De vordering

6.1. De Bloesem betwist niet dat de gevorderde servicekosten zijn gemaakt. Tevens betwist zij niet dat de servicekosten in rekening zijn gebracht conform de huur- en exploitatieovereenkomst en de algemene huurvoorwaarden (behoudens het aantal m², zie hierna).

6.2. De Bloesem stelt dat zij met de Gemeente aanvullend op de huur- en exploitatieovereenkomst een afspraak heeft gemaakt over het NMDA-principe. De Gemeente betwist gemotiveerd dat een dergelijke afspraak is gemaakt. Gelet op deze betwisting is het aan De Bloesem om haar stelling op dit punt nader te onderbouwen. Dit heeft zij niet voldoende gedaan. De gestelde afspraak blijkt niet uit de huur- en exploitatieovereenkomst. De verwijzing naar het onderzoek van Vintis en naar stukken die het contract tussen Vaanster en de Gemeente betreffen, is daartoe onvoldoende. Immers, indien al zou komen vast te staan dat de Gemeente met Vaanster het NMDA-principe heeft afgesproken, dan betekent dat nog niet dat dit ook de afspraak was tussen de Gemeente en De Bloesem. Dat die afspraak is gemaakt blijkt nergens uit. Gelet op de gedetailleerde afspraak die in de huur- en exploitatieovereenkomst staat vermeld over de tarieven van de WKO installatie, had het ook voor de hand gelegen dat als het NMDA-principe was afgesproken, die afspraak expliciet op te nemen. Dat is niet gebeurd. Desgevraagd heeft de heer Schouten van De Bloesem ter zitting ook verteld dat bij het aangaan van de overeenkomst niet is gesproken over het NMDA-principe. Laat staan dat hier harde afspraken over zijn gemaakt. De kantonrechter is van oordeel dat de door De Bloesem gestelde afspraak tussen haar en de Gemeente dat het NMDA-principe zou geleden, niet is komen vast te staan. Dit overigens nog los van het antwoord op de vraag wat dit principe nu precies zou inhouden en hoe het in deze zaak zou moeten worden toegepast. Daar wordt in de beoordeling niet aan toe gekomen.

6.3. De Bloesem stelt nog dat bij het doorberekenen van de servicekosten niet het juiste aantal m² in rekening is gebracht. De Gemeente heeft betoogd dat de m² zijn berekend volgens de NEN-normering en verwezen naar een rapportage van Evion Bouwconsult waarin de berekening inzichtelijk wordt gemaakt. Bovendien heeft de Gemeente onbetwist gesteld dat het aantal m² dat wordt aangehouden overeenkomt met de plattegrond die zat bij de huur- en exploitatieovereenkomst en de allonge. Door ondertekening van die stukken heeft De Bloesem daarmee ingestemd. Dat aantal m² is ook steeds gebruikt bij het doorbelasten van de servicekosten. Tot 2020 heeft De Bloesem hiertegen niet geprotesteerd. Gelet op de

gemotiveerde betwisting door de Gemeente heeft De Bloesem onvoldoende aangevoerd ter onderbouwing van haar stelling. Het verweer wordt gepasseerd.

6.4. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is de slotsom dat de Gemeente de servicekosten juist heeft berekend en dat De Bloesem gehouden is de (voorschot)facturen die daarop betrekking hebben te voldoen.

6.5. De Bloesem heeft als verweer aangevoerd dat de Gemeente is tekortgeschoten in haar verplichtingen als verhuurder door een contract af te sluiten met Vaanster dat ertoe heeft geleid dat De Bloesem hogere servicekosten moet betalen in verband met de WKO installatie dan het geval zou zijn geweest met een conventionele installatie. De Gemeente betwist dat zij is tekortgeschoten. De kantonrechter overweegt dat als een partij van mening is dat de wederpartij haar verplichtingen onvolledig of ondeugdelijk nakomt, dat op zichzelf niet betekent dat die partij van de eigen betalingsverplichting is bevrijd (zie ECLI:NL:HR:1988:AD0206). Deze partij zal óf de ontbinding van de overeenkomst moeten inroepen óf nakoming moeten verlangen óf een beroep moeten doen op verrekening van een eigen schadevordering. De Bloesem heeft in de vordering echter geen van die juridische conclusies verbonden aan zijn stelling dat de Gemeente haar verplichtingen als verhuurder niet zou zijn nagekomen. In de tegenvordering wordt ook geen schadevergoeding in verband met een wanprestatie van de Gemeente gevorderd, maar terugbetaling van het (vermeend) teveel betaalde op grond van onverschuldigde betaling. Wat van de stelling van De Bloesem dus ook zij, het ontslaat De Bloesem niet van haar betalingsverplichting. Daar komt bij dat de tegenvordering zal worden afgewezen.

6.6. De vordering van de Gemeente onder 3. tot betaling van tot de openstaande facturen zal worden toegewezen. De door de Gemeente gevorderde wettelijke handelsrente wordt toegewezen.

6.7. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, komt ook het gevorderde onder 4. tot vooruitbetaling van de serviceskosten tot het einde van de huurovereenkomst voor toewijzing in aanmerking. De Bloesem heeft op dit punt ook geen concreet verweer gevoerd.

6.8. De vordering van de Gemeente onder 1. tot ontbinding van de huur- en exploitatieovereenkomst en tot ontruiming per 31 oktober 2023, op straffe van een dwangsom, zal worden afgewezen. De kantonrechter is het met De Bloesem eens dat de Gemeente geen belang heeft bij toewijzing van deze vordering, omdat in de Allonge reeds de afspraak staat dat de overeenkomst van rechtswege eindigt per die datum en dat per die datum moet worden ontruimd. Ter zitting heeft De Bloesem ook toegezegd zich aan die afspraak te houden.

6.9. Aangezien niet wordt ontbonden, zal de vordering van de Gemeente onder 2. worden afgewezen.

6.10. De buitengerechtelijke incassokosten zijn conform het wettelijk tarief en dus toewijsbaar.

6.11. De Gemeente vordert een contractuele boete op grond van artikel 7 van de algemene bepalingen. Hierin is bepaald dat indien de huurder zich, na door de verhuurder behoorlijk in gebreke te zijn gesteld, niet houdt aan de in de huurovereenkomst en de algemene bepalingen opgenomen voorschriften, huurder aan verhuurder, voor zover geen specifieke boete is

overeengekomen, een direct opeisbare boete van € 250,00 per dag verbeurt voor elke dag dat huurder in verzuim is. De kantonrechter is van oordeel dat het petitum op dit punt onvoldoende is bepaald, nu de formulering niet helder is, geen totaalbedrag aan boetes wordt genoemd en de tijdstippen van verbeurte niet duidelijk worden genoemd. De gevorderde boetes zullen worden afgewezen.

6.12. De proceskosten komen voor rekening van De Bloesem, omdat zij ongelijk krijgt. Een kostenveroordeling levert ook voor de nakosten een executoriale titel op. Een veroordeling tot betaling van de proceskosten omvat dus een veroordeling tot betaling van de nakosten. De kantonrechter zal daarom de gevorderde nakosten niet afzonderlijk in de proceskostenveroordeling vermelden. De gevorderde rente over de proceskosten zal worden toegewezen vanaf de datum gelegen 14 dagen na betekening van dit vonnis.

de tegenvordering

6.13. De Bloesem vordert in de tegenvordering terugbetaling van volgens haar teveel betaalde servicekosten. De Bloesem baseert die vordering op onverschuldigde betaling. De kantonrechter is het met de Gemeente eens dat de betalingen die De Bloesem heeft gedaan, niet onverschuldigd zijn, omdat zij zijn gebaseerd op de huur- en exploitatieovereenkomst. De betalingen zijn dus niet zonder rechtsgrond verricht. De tegenvordering wordt daarom afgewezen.

6.14. De proceskosten komen voor rekening van De Bloesem, omdat zij ongelijk krijgt. Een veroordeling tot betaling van de proceskosten omvat dus een veroordeling tot betaling van de nakosten. De kantonrechter zal daarom de gevorderde nakosten niet afzonderlijk in de proceskostenveroordeling vermelden. De gevorderde rente over de proceskosten zal worden toegewezen vanaf de datum gelegen 14 dagen na betekening van dit vonnis.

7. De beslissing

De kantonrechter:

de vordering

7.1. veroordeelt De Bloesem tot betaling aan de Gemeente binnen twee weken na dit vonnis van € 198.206,53, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over dit bedrag vanaf de respectieve vervaldatum;

7.2. gebiedt De Bloesem tot aan het einde van de huur- en exploitatieovereenkomst, maandelijks bij vooruitbetaling een voorschot servicekosten aan de Gemeente te betalen van € 9.536,62 per maand;

7.3. veroordeelt De Bloesem tot betaling aan de Gemeente van de buitengerechtelijke incassokosten ter hoogte van € 3.336,05 binnen twee weken na de datum van dit vonnis;

7.4. veroordeelt De Bloesem tot betaling van de proceskosten, die de kantonrechter aan de kant van de Gemeente tot en met vandaag vaststelt op:

dagvaarding € 131,18

griffierecht € 1.348,00

salaris gemachtigde € 2.118,00

vermeerderd met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf de datum gelegen 14 dagen na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

7.5. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

7.6. wijst de vordering voor het overige af.

de tegenvordering

7.7. wijst de vordering af;

7.8. veroordeelt De Bloesem tot betaling van de proceskosten, die tot en met vandaag voor de Gemeente worden vastgesteld op een bedrag van € 794,00 aan salaris van de gemachtigde van de Gemeente, vermeerderd met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf de datum gelegen 14 dagen na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

7.9. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door B. Voogd en op bovengenoemde datum in het openbaar uitgesproken in aanwezigheid van de griffier.

De griffier

[Handwritten signature of the clerk]

De kantonrechter

[Handwritten signature of the judge]



VOOR GROSSE AFGEGEVEN
de griffier

[Handwritten signature of the clerk]