

## RVR 2011/107: Windhinder. Huurprijsvermindering. Gebrek. Is windoverlast in een winkelcentrum aan te merken als een gebrek? Komt verhuurder een ber...

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

<b>Instantie:</b>	Hof 's-Gravenhage (Civiele kamer)	<b>Datum:</b>	30 augustus 2011
<b>Magistraten:</b>	Mrs. M.A.F. Tan-de Sonnaville, R.C. Schlingemann, H.E.M. Vrolijk	<b>Zaaknr:</b>	105.007.777/01
<b>Conclusie:</b>	-	<b>LJN:</b>	BR6281
<b>Noot:</b>	-	<b>Roepnaam:</b>	Rodamco Nederland Winkels / Trio Bakker Sport c.s.

**Wetgeving:** BW art. 7:207

### Essentie

Windhinder. Huurprijsvermindering. Gebrek.

Is windoverlast in een winkelcentrum aan te merken als een gebrek? Komt verhuurder een beroep toe op haar contractuele exoneratie?

### Samenvatting

Huurders huren winkelruimte in een nieuwe open winkelgalerij met daarboven een zogenoemde UFO als gedeeltelijke overkapping. Voorafgaand aan de bouw is door TNO een windhinderonderzoek uitgevoerd. TNO heeft geconcludeerd dat het ontwerp een ongunstig windklimaat teweegbrengt. Verhuurder heeft de door TNO voorgestelde aanpassingen grotendeels overgenomen en een aantal andere wijzigingen doorgevoerd. Na opening van het winkelcentrum klagen huurders over abnormale windhinder. Drie keer wordt het winkelcentrum op last van de gemeente gesloten vanwege windgevaar (dreiging windkracht 7 of hoger). Bij harde wind is drie keer een glazen toegangsdeur uit de sponning geblazen. Na nieuw onderzoek heeft TNO geconcludeerd dat het windklimaat aanzienlijk is verslechterd ten opzichte van het vorige onderzoek. Volgens TNO wordt dit veroorzaakt door naderhand uitgevoerde aanpassingen in het ontwerp en het niet volledig implementeren van de aanbevelingen. TNO heeft verbetervoorstellen gedaan en verhuurder heeft deze overgenomen waarna geen sprake meer is van abnormale windhinder. Voor de periode dat huurders last hebben gehad van de windhinder, hebben huurders huurprijsvermindering gevorderd wegens de aanwezigheid van een gebrek bestaande uit abnormale windoverlast waarvoor zij niet van tevoren zijn gewaarschuwd. De kantonrechter heeft de huurprijsvermindering toegewezen. Verhuurder heeft hoger beroep aangetekend.

Hof: Deze procedure gaat om huurprijsvermindering ex. art. 7:207 BW en niet om schadevergoeding ex. art. 7:208 BW met de daaraan verbonden toerekenings- en causaliteitsvragen. De enkele aanwezigheid van windhinder in het winkelcentrum is onvoldoende om van een gebrek te kunnen spreken. In deze zaak is echter zoveel meer aan de hand dat genoegzaam is komen vast te staan dat sprake is van een door een gebrek veroorzaakte genotsbeperking die een evenredige huurprijsvermindering rechtvaardigt. Het winkelcentrum vertoonde forse windgevoeligheid die tot genotsderving bij huurders in de vorm van directe schade aan het gehuurde (kapotte deuren/ramen en beplanting), moeilijkere en onprettige toegankelijkheid van het winkelcentrum (slentergebied) en in een enkel geval tot afsluiting van het winkelcentrum leidde. Deze staat en/of eigenschap van het winkelcentrum is niet aan huurders toe te rekenen. Anders dan in de zaak *Amicitia* (HR 1 februari 2008, *NJ* 2008/85) is in het huidige geval geen sprake van een bewuste voor huurders tevoren kenbare ontwerpkeuze die fout is uitgevallen, maar van een kennelijke constructiefout die niet valt aan te merken als een aan huurders toe te rekenen omstandigheid. Ook de huurder die pas na opening van het winkelcentrum de huurovereenkomst heeft getekend, heeft recht op huurprijsvermindering; deze huurder heeft geen afstand gedaan van de gebrekenregeling, zoals

door verhuurder betoogd. In vergelijking met de 'non-conformiteitsjurisprudentie' (van de verkoper kan worden geveerd dat zij hem bekende gebreken meldt, zelfs tegen de onvoorzichtige, te weinig onderzoekende koper) komt verhuurder geen beroep toe op het bepaalde in de huurovereenkomst dat het gehuurde geen gebreken vertoont, nu verhuurder in feite erkent dat zij in ieder geval bij aanvang van de huurovereenkomst weet had van de windhinderproblematiek en hierover heeft gezwegen. Daarboven geldt bij voorafgaande bekendheid bij de verhuurder de dwingendrechtelijke regeling van art. 7:209 BW. Daarnaast heeft huurder getekend voor de afwezigheid van gebreken in het gehuurde winkelcentrum, niet voor de afwezigheid van genotsbeperkende eigenschappen in de gehele door verhuurder te leveren prestatie (de kwaliteit van het slentergebied om het gehuurde).

In de gegeven omstandigheden waar verhuurder op eigen gezag ten onrechte heeft aangenomen dat het met de kleine aanpassingen niet zo'n vaart zou lopen, is het door verhuurder gestelde ontoereikend om daaraan de conclusie te verbinden dat zij het gebrek bestaande uit de abnormale windhindergevoeligheid, ook niet behoorde te kennen en gaat een beroep van verhuurder op de contractuele exoneratie niet op.

## Zie ook

---

### Zie ook:

- Hof Amsterdam 23 juni 2009, *Prg.* 2009/182, *NJ* 2009/570;
- Ktr. Delft 20 december 2007, *TvHB* 2008/3 (bespreking van deze procedure in eerste aanleg);
- Jongbloed en Oosterling-van der Maarel, 'Er was eens ... een winkelcentrum in Amersfoort: *Amicitia*', *TvHB* 2009/4.
- Jongbloed, 'Tegenvallende bezoekersaantallen: wie draagt de schade?', *Praktisch Procederen* 2008/5;

### Zie anders:

- HR 1 februari 2008, *NJ* 2008/85, *WR* 2008/38 (*Amicitia*);

## Wenk

---

### Wenk:

In het spraakmakende arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2008 (*Amicitia*) oordeelde de Hoge Raad dat tegenvallende bezoekersaantallen in een nieuw winkelcentrum op zichzelf niet kunnen worden aangemerkt als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. Tegenvallende bezoekersaantallen behoren bij het ondernemersrisico van de huurder. Dit is anders als de tegenvallende bezoekersaantallen het gevolg zijn van een gebrek aan het gehuurde zelf of het winkelcentrum als geheel én de huurder hier niet bedacht op had behoeven te zijn. Huurders hebben een eigen onderzoeksplicht; zij moeten onderzoek doen naar de geschiktheid van het gehuurde en de desbetreffende locatie. Als een nieuw winkelcentrum enkel vanwege een ongunstige ligging niet goed wordt bezocht, dan ligt dit risico bij de huurder; de tegenvallende bezoekers vinden haar oorsprong in de ligging van het winkelcentrum die op zichzelf niet gebrekkig is. Huurder komt dan geen recht toe op huurprijzvermindering, schadevergoeding en/of ontbinding van de huurovereenkomst. Aan huurder komen deze rechten mogelijk wel toe indien kan worden aangetoond dat het wegblijven van de bezoekers het gevolg is van een constructiefout van de gehuurde winkelruimte of het winkelcentrum, welke fout is aan te merken als een gebrek die de verhuurder dient te verhelpen. Omdat de gebrekenregeling van semi-dwingend recht is, komt de verhuurder geen beroep toe op de contractuele exoneratie. In deze zaak bleken er diverse fouten te zijn gemaakt in de constructie van de bouw van het winkelcentrum, met abnormale windoverlast als gevolg waardoor de bezoekers wegbleven. De huurder had hier niet bedacht op hoeven te zijn. De huurder hoeft immers niet van de bouwtekening af te leiden dat de door verhuurder bedachte constructie een abnormale hoeveelheid harde wind tot gevolg zou hebben, los van het feit dat de verhuurder in dit geval nog wijzigingen op het oorspronkelijke ontwerp heeft aangebracht. Ook is het bijvoorbeeld mogelijk dat de trap naar een koopgoot extreem glad kan zijn waardoor bezoekers wegblijven, hetgeen speelde in de *Amicitia*-procedure; een dergelijke constructiefout kan onder omstandigheden ook worden aangemerkt als een gebrek dat voor rekening van de verhuurder komt. Indien bezoekersaantallen van een winkelcentrum tegenvallen, is het van belang om de oorzaak hiervan te achterhalen. Indien na onderzoek blijkt dat

een constructiefout van het gehuurde of het winkelcentrum er de reden van is dat de bezoekers wegblijven en huurder niet op deze fout bedacht hoefde te zijn, is het aannemelijk dat sprake is van een gebrek. Kan geen concreet gebrek aan het gehuurde of het winkelcentrum worden aangetoond, dan blijft de schade als gevolg van het wegblijven van bezoekers voor rekening van de huurder.

## Partij(en)

---

Rodamco Nederland Winkels B.V., te Amsterdam, appellante, hierna te noemen: Rodamco, adv. mr. L.M. Bruins, tegen

1. Trio Bakker Sport B.V., te Alphen aan den Rijn,
2. Albert Nolten Schoenen B.V., te 's-Gravenhage,
3. Arpi Dordrecht B.V., te Dordrecht,
4. Thijm B.V., te Eindhoven,
5. Bestseller Retail Benelux B.V., te Amstelveen,
6. Spider/Ino B.V., te Gorinchem,
7. Sabin B.V., te Gouda,
8. Ibelle B.V., te Gouda,
9. New Fashions B.V., te Tilburg,
10. Termeer Schoenen B.V., te Tilburg,
11. MSN Retail B.V., te Hoeven, geïntimeerden, hierna te noemen: Trio Bakker Sport c.s., adv. mr. drs. H. Ferment,

en

1. A.S. Watson (Property Continental Europe) B.V., te Renwoude,
2. Hennes & Mauritz Netherlands B.V., te Amsterdam,
3. The Sting B.V., te Tilburg, tussenkomende partijen aan de zijde van geïntimeerden, hierna te noemen: Watson c.s., adv. mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt.

## Uitspraak

---

Hof:

(...)

### Beoordeling van het hoger beroep

1. De feiten, die zijn weergegeven in het bestreden tussenvonniss van 19 juli 2007, staan niet ter discussie, zodat ook het hof hiervan uit zal gaan.
2. Het gaat in deze procedure om het volgende, zakelijk weergegeven en voor zover in hoger beroep van belang:
  - (2.1) Rodamco heeft in Zoetermeer een (tegen het Stadshart Zoetermeer aanliggend) winkelcentrum, genaamd Spazio, ontwikkeld. Het winkelcentrum is niet overdekt en vormt als het ware een open winkelgalerij, met boven de galerij een bouwkundige constructie, die doorgaans wordt aangeduid als de UFO of de schotel. Dit winkelcentrum is in 2005 geopend.
  - (2.2) Voorafgaande aan de bouw van het winkelcentrum heeft Rodamco door TNO een windhinderonderzoek met betrekking tot Spazio (en het omliggende — thans niet relevante — gebied) laten uitvoeren. In haar rapport van juni 2001 geeft TNO in de inleiding aan dat het winkelcentrum met zijn vier torens (...) en winkelstraat op het westen in ieder geval windhindergevoelig blijft. Als samenvatting geeft het rapport met betrekking tot Spazio onder meer aan:

‘Het onderzoek is uitgevoerd in twee fasen. Fase 2 is toegevoegd naar aanleiding van de resultaten van fase 1 en om de effecten van een aantal recente ontwerpwijzigingen in beeld te brengen.

Uit het onderzoek van fase 2 blijkt dat de doorgevoerde, op het eerste gezicht relatief kleine

ontwerpwijzigingen (een ander ontwerp van de schotel, afgeschuinde hoeken bij de entree) tot een aanzienlijke verslechtering van het windklimaat leiden ten opzichte van de in fase 1 geformuleerde uitgangspunten voor een gunstig windklimaat. Met name in het westelijk deel van het winkelcentrum moet dan rekening gehouden worden met een slecht en zelfs gevaarlijk windklimaat.(...) De negatieve effecten zijn echter goed te neutraliseren door kleine aanpassingen aan het ontwerp (dichtmaken van ruimte tussen schotel en laagbouw en de afgeschuinde hoeken bij de entree weer recht maken). In combinatie met een luifel met afhanginge schermen wordt de richtlijn voor windhinder bij winkelgebieden en de richtlijn voor windgevaar dan bijna nergens meer overschreden. (...)'

Het rapport geeft onder meer als conclusie aan:

**' Fase 1**

- In de oorspronkelijk geprojecteerde situatie (configuratie 11) is het windklimaat in een groot deel van het winkelcentrum als slecht voor een winkelgebied te kwalificeren. (...)

**Fase 2**

- Het nieuwe ontwerp van de schotel geeft een ongunstiger windklimaat in de winkelstraat dan de oorspronkelijke schotel. Indien echter de ruimte tussen de schotel en de laagbouw wordt dichtgemaakt ontstaat in een groot deel van het winkelgebied een gunstig windklimaat (configuratie 17).
- De afgeschuinde hoeken bij de [hof: westelijke] entree van het winkelgebied geven een aanzienlijke verslechtering van het windklimaat in het begin van de winkelstraat in vergelijking met de in fase 1 gemeten rechte hoeken. Zelfs de richtlijn voor windgevaar wordt lokaal in het winkelgebied fors overschreden. Maatregelen in de vorm van een bomenrij ter plaatse van de taxistandplaats en windafschermende voorzieningen ter plaatse van de fietsenstalling hebben geen of onvoldoende effect. Deze windafschermende voorzieningen hebben alleen lokaal effect in het gebied vóór het winkelcentrum. (...) Voor een substantiële verbetering van het windklimaat is het noodzakelijk de hoeken recht te maken (configuratie 21). (...)
- Uit de uitgevoerde metingen blijkt dat het met wat aanpassingen van het ontwerp (luifel met afhanginge schermen, schermen bij de schotel, rechte hoeken bij de entree) mogelijk is vrijwel overal in het winkelcentrum te voldoen aan de richtlijn voor winkelcentra. In combinatie met schermenachtige elementen aan de westkant van het complex kan ook vlak voor het winkelcentrum bijna overal voldaan worden aan de richtlijn voor doorloopgebieden. (...)'

- (2.3) De door TNO in genoemd rapport voorgestelde aanpassingen zijn grotendeels overgenomen door Rodamco, terwijl daarnaast enkele wijzigingen zijn doorgevoerd. Zo is de lift bij de UFO van recht onder de UFO naar opzij verplaatst. Hierdoor is de UFO van vorm veranderd (wat hoger geworden). Tussen partijen is in geschil of ook de locatie van de UFO is veranderd, volgens de aanvankelijke stellingname van Rodamco wél, maar later zegt zij van niet. Een nieuw windtunnelonderzoek is naar aanleiding van deze aanpassingen/wijzigingen niet uitgevoerd.
- (2.4) Trio Bakker Sport c.s en Watson c.s. (hierna ook huurders) hebben van Rodamco winkelruimte gehuurd in het in 2005 geopende winkelcentrum Spazio te Zoetermeer. Zij zijn (veelal) de eerste huurders van winkelruimte in Spazio. In artikel 2.1 van de (niet door iedere huurder getekende) huurcontracten is opgenomen dat de Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW (hierna: de Algemene Bepalingen) deel uitmaken van de huurovereenkomst. In artikel 9.15.2 van het huurcontract is opgenomen (kort gezegd) dat het gehuurde geen gebreken vertoont.

Artikel 3 Algemene Bepalingen houdt in:

'Er is sprake van een gebrek van het gehuurde als het gezien de staat of gezien de eigenschap

of een andere niet aan huurder toe te rekenen omstandigheid niet aan huurder het genot kan verschaffen dat huurder daarvan bij het aangaan van de huurovereenkomst mag verwachten.'

Artikel 11.5 Algemene Bepalingen houdt in:

'Verhuurder is niet aansprakelijk voor de gevolgen van gebreken, die hij niet kende of behoorde te kennen bij het aangaan van de huurovereenkomst.'

(Hierna ook: de exoneratie).

- (2.5) Enige tijd na de opening van Spazio heeft een aantal huurders (aanvankelijk tevergeefs) klachten geuit bij verhuurder wegens abnormale windhinder. Zie voor de aard van de klachten onder meer de weergave in het tussenvonnis van 19 juli 2007 (2.1 tot en met 2.4). Huurders verwijzen ter onderbouwing verder ook naar krantenartikelen. Hierin staan onder meer vermeld de opmerking van de heer [...] (van Rodamco) dat het 'op de gevel van de flat kan het zelfs ondersteboven kan regenen' en de opmerking van de winkelcentrummanager [...] (van Rodamco) dat 'het winkelpubliek op dit moment nog uit zijn hemd waait' (producties 3, 4, 5 en, 21). Daarnaast wordt gewezen op schriftelijke verklaringen van met name huurders zelf (productie 16).
- (2.6) In verband met windgevaar (dreiging windkracht 7 of hoger) is Spazio in de periode januari 2007 tot en met augustus 2009 driemaal gesloten geweest op last van de gemeente Zoetermeer. Bij Albert Nolten B.V. (aan de westzijde gelegen) is bij harde wind tot driemaal toe een glazen toegangsdeur uit de sponning geblazen.
- (2.7) In juli 2006 heeft TNO op verzoek van Rodamco opnieuw gerapporteerd. In de Inleiding is onder meer vermeld:

'(...) Nu blijkt dat er na realisatie van het winkelcentrum veel klachten zijn over windhinder. Op 30 april 2006 is ter plekke de situatie besproken. Het blijkt dat ten opzichte van de situatie die in 2001 is doorgemeten diverse aanpassingen zijn doorgevoerd, die allen een negatief effect op het windklimaat hebben: de schotel boven de winkelstraat is veel hoger (dikker) geworden, de schotel is noordwaarts verschoven waardoor deze niet meer in het midden ligt, de schotel is verlaagd, de aanbevolen schermen onder de schotel zijn alleen aan de noordkant in beperkte mate (en rond in plaats van recht) aangebracht en het scherm aan de zuidkant is zo beperkt dat het helemaal geen effect zal hebben.(...) De bij de westelijke ingang van het winkelcentrum aanbevolen maatregelen zijn ten dele uitgevoerd.(...)'

Als samenvatting wordt onder meer vermeld:

' — Uit het onderzoek blijkt dat het windklimaat in de winkelstraat in de huidige situatie in grote delen als slecht voor een winkelgebied en lokaal, bij de westelijke ingang zelfs als windgevaarlijk is te kwalificeren. (...)'

Als conclusies vermeldt het rapport onder meer:

'In de huidige situatie is er in de winkelstraat tussen ingang west en de UFO en ten oosten van de UFO sprake van een slecht windklimaat voor een slentergebied (winkelgebied). Bij de westelijke ingang van het winkelcentrum wordt de richtlijn voor windgevaar ruimschoots overtreden. De gebieden waar windhinder en windgevaar optreden blijken goed overeen te komen met de ervaringen van opdrachtgever, Gemeente en TNO.

— Het windklimaat in de winkelstraat is aanzienlijk slechter dan bij het vorige onderzoek gemeten. Dit wordt veroorzaakt door naderhand uitgevoerde aanpassingen in het ontwerp en het niet volledig implementeren van de aanbevolen maatregelen.(...)'

Tevens worden hierbij verbetervoorstellen gedaan.

- (2.8) Huurders hebben op 11 januari 2007 van beide TNO-rapporten kennis genomen, nadat deze bij conclusie van antwoord in het geding waren gebracht.
- (2.9) Rodamco heeft laatsbedoelde verbetervoorstellen van TNO opgevolgd, en wel in die zin dat inmiddels de hele winkelstraat is overkapt en aan de westzijde is voorzien van een (bij harde wind) afsluitbare ingang (met tourniquet in het midden). Dit alles is volledig gerealiseerd per eind mei 2010. Thans is er geen sprake meer van (abnormale) windhinder.'
3. Trio Bakker Sport c.s. hebben, voor zover in hoger beroep van belang en zakelijk weergegeven, wegens — als gebrek te kwalificeren — abnormale windoverlast, voor het (bij Rodamco bekende)

- risico waarvan zij tevoren niet waren gewaarschuwd, aanspraak gemaakt op huurprijsvermindering vanaf aanvang van de huurbetalingsverplichting totdat het gebrek is verholpen.
4. De kantonrechter heeft, kort gezegd, een huurprijsvermindering van 10% respectievelijk 15% toegewezen. De kantonrechter heeft daartoe bij het bestreden eindvonnis van 20 december 2007 overwogen
- (i) dat sprake is van een gebrek in het gehuurde ten aanzien van alle huurders,
  - (ii) dat Rodamco zich niet op contractuele uitsluiting van haar aansprakelijkheid kan beroepen,
  - (iii) dat het gebrek aan onderzoek door huurders niet aan huurders kan worden tegengeworpen,
  - (iv) dat 15% huurprijsvermindering voor een drietal huurders aan de westelijke ingang (Trio Bakker Sport, Albert Nolten Schoenen B.V. en Arpi Dordrecht B.V.) en 10% voor de overige huurders redelijk is.
5. Rodamco is met acht grieven tegen deze beslissing opgekomen.
- Met grieven I en IV klaagt zij erover dat de kantonrechter heeft geoordeeld dat het windklimaat in Spazio is aan te merken als gebrek, daarbij aansluitend bij de door TNO gehanteerde normen voor windhinder.
- Grievens II en III bevatten klachten over de verwerping van het beroep van Rodamco op haar contractuele exoneratie.
- Met grief V wordt geklaagd over het oordeel van de kantonrechter dat er sprake is van genotsderving die huurprijsvermindering rechtvaardigt.
- Grief VI bevat klachten over de hoogte van de toegewezen huurvermindering en het ontbreken van differentiatie per huurder.
- Grief VII bevat klachten over de duur van de huurprijsvermindering.
- Grief VIII is een algemene grief tegen de toewijzing van de vordering van Trio Bakker Sport c.s. Huurders hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

### Beoordeling

6. Het hof stelt het volgende voorop. Niet in geschil is dat Watson c.s. niet rechtstreeks rechten kunnen ontlenen aan de beslissingen in deze procedure. De uitkomst hiervan zal niet rechtens, maar wel feitelijk gevolgen voor hen hebben. Als tussenkomende partij aan de zijde van geïntimeerden zijn zij gerechtigd het hunne aan de discussie bij te dragen. Het hof zal daarom veelal van huurders spreken, waarbij in de regel zowel Trio Bakker Sport c.s. als Watson c.s. worden bedoeld. Waar nodig en nuttig zal het hof een onderscheid tussen de beide groepen huurders maken.
7. Daarnaast stelt het hof voorop dat deze procedure thans niet gaat over schadevergoeding (in de zin van artikel 7:208 BW) met de daaraan verbonden toerekenings- en causaliteitsvragen, maar om de gevorderde huurprijsvermindering in de zin van artikel 7:207 BW. Hieromtrent wordt als volgt geoordeeld.
8. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Kern van het geschil is de vraag of de gestelde windoverlast is aan te merken als een gebrek (in de zin van artikel 7:204 BW juncto artikel 3 Algemene Bepalingen) en of Rodamco een beroep op haar exoneratie toekomt (artikel 11.5 Algemene Bepalingen).

### Gebrek?

9. Niet is in geschil dat de open winkelstraat in Spazio te kampen had met windhinder. Rodamco erkent zelf dat het windklimaat niet ideaal was. Dit alléén is echter onvoldoende om van een gebrek in voormelde zin te kunnen spreken.
10. Naar het oordeel van het hof is echter méér aan de hand geweest, en wel zoveel méér dat genoegzaam is komen vast te staan dat er met een zekere regelmaat sprake was van ernstige en soms zeer ernstige windhinder, die in een enkel geval zelfs tot windgevaar leidde.
- Het hof wijst in dit verband naar de niet, althans niet voldoende gemotiveerd, betwiste feitelijkheden zoals kort genoemd in rechtsoverwegingen 2.5 en 2.6 van dit arrest, alsmede naar het TNO-rapport van 2006. In dit rapport komt TNO onder meer tot de bevinding dat diverse, op het windklimaat een negatieve uitwerking hebbende, aanpassingen zijn doorgevoerd (onbetwist de dikkere en verlaagde schotel en de van de aanbevelingen afwijkende schermen daarbij). Als conclusie meldt TNO (kort gezegd) dat sprake is van een slecht windklimaat voor een slentergebied, met zo nu en dan windgevaar bij de westelijke ingang, dat sprake was van een aanzienlijke verslechtering ten opzichte van 2001 en dat de gebieden waar windhinder en windgevaar optreden goed overeen blijken te komen met de ervaringen van

opdrachtgever, Gemeente en TNO.

11. Weliswaar betoogt Rodamco dat TNO is uitgegaan van de foute premisse dat de UFO enigszins was verplaatst, maar wat hier ook van zij, dit doet, zonder nadere deugdelijke verklaring/toelichting die ontbreekt, niet af aan de genoemde andere — verder niet weersproken — bevindingen van TNO in 2006. Ook is hiermee niet afdoende verklaard dat het nodig/gewenst is gebleken om alsnog de hele winkelstraat te overkappen en te voorzien van een afsluitbare entree aan de westzijde van de winkelstraat. De door Rodamco aangezwengelde discussie over de door TNO gehanteerde windhinder- en windgevaarnormen enerzijds en de (latere) NEN-normen anderzijds maakt dit niet anders, nu toepassing van beide normeringen blijkt van (te) forse windgevoeligheid van Spazio. Ontegenzeggelijk heeft deze te forse windgevoeligheid van Spazio tot genotsderving bij huurders, in de vorm van directe schade aan het gehuurde (kapotte deuren/ramen en beplating), moeilijkere en onprettigere toegankelijkheid van het winkelcentrum (slentergebied) en in een enkel geval tot afsluiting van Spazio geleid. Er is geen enkele aanwijzing dat deze staat en/of eigenschap van Spazio en van de daaraan gelegen winkelruimten (de door Rodamco te leveren prestaties) aan huurders is toe te rekenen. Hetgeen Rodamco daaromtrent, onder meer met verwijzing naar het arrest *Amicitia* (HR 01-02-2008, *NJ* 2008,85, *LJN*: BB8098), anderszins heeft gesteld, wordt verworpen. Anders dan in de zaak 'Amicitia' is in het huidige geval geen sprake van een bewuste (voor huurders tevoren kenbare) ontwerpkeuze die fout is uitgevallen, maar blijktens het navolgende van een kennelijke constructiefout, die niet valt aan te merken als een aan huurders toe te rekenen omstandigheid.
12. Huurders hebben gesteld dat zij tevoren hierover niet zijn geïnformeerd door Rodamco en dat zij deze genotsbeperking wegens de (door hen genoemde abnormale) windgevoeligheid van Spazio bij het aangaan van de huurovereenkomst niet hoefden te verwachten. Rodamco heeft erkend dat zij de huurders tevoren niet heeft geïnformeerd over het TNO-onderzoek 2001, maar heeft gesteld dat een open winkelstraat in het westen van het land nu eenmaal last heeft van wind, zoals men ook last heeft van regen en kou. Deze laatste stelling wordt verworpen, nu er blijktens het voorgaande geen sprake was van een voor het westen van Nederland 'normale' situatie. In dit verband verdient overigens nog opmerking dat Rodamco weliswaar heeft aangevoerd ervan overtuigd te zijn dat als een willekeurig aantal winkelstraten in het westen van het land zouden worden getest, op diverse plaatsen overschrijdingen van de NEN-normen zou worden geconstateerd, maar deze losse bewering heeft zij op geen enkele manier geconcretiseerd, zodat daaraan voorbij zal worden gegaan.
13. Daarnaast heeft Rodamco betoogd dat enkele individuele huurder pas later — bijvoorbeeld Bakker Sport pas op 14 februari 2006 — het huurcontract hebben getekend (inclusief artikel 9.15.2 dat het gehuurde geen gebreken vertoont) en dat de windproblematiek toen al ruimschoots bekend was. De betreffende huurder wist daarom, aldus nog steeds Rodamco, wat zij kon verwachten en heeft daarmee afstand gedaan van de gebrekenregeling. Hiermee zet Rodamco de wereld op zijn kop. De vergelijking met de 'non-conformiteitsjurisprudentie' dringt zich op, waarbij van de verkoper wordt gevergd dat hij hem bekende gebreken meldt zelfs tegenover de onvoorzichtige, te weinig onderzoekende, koper. Nu Rodamco met haar betoog in feite erkent dat zij in ieder geval begin 2006 weet had van de windhinderproblematiek, en nu Rodamco niet alleen toen maar ook voorheen heeft gezwegen over het (de) windhinderonderzoek(en) van TNO en over Rodamco's kennelijke beduchtheid voor windproblematiek, komt Rodamco reeds hierom geen beroep toe op artikel 9.15.2 van het huurcontract. Daarenboven geldt bij voorafgaande bekendheid bij verhuurder de dwingendrechtelijke regeling van artikel 7:209 BW, zoals de kantonrechter al heeft overwogen. Voorts verdient opmerking dat huurders blijktens genoemd artikel in het huurcontract kennelijk slechts tekenen voor de afwezigheid van gebreken in de gehuurde winkelruimte, niet voor de afwezigheid van genotsbeperkende eigenschappen in de gehele door verhuurder te leveren prestatie. Deze prestatie omvat, naar het hof uit de stellingname van partijen begrijpt, mede de kwaliteit van het slentergebied daaromheen, de A-locatie Spazio.
14. Rodamco heeft in dit verband ook nog aangevoerd dat gedifferentieerd moet worden naar individuele huurders, omdat de ene huurder meer last van de wind ondervond dan de andere. Ook dit betoog wordt verworpen. Het hof zal hier later verder op ingaan.

15. De slotsom van dit onderdeel is dat er wel degelijk sprake is van een gebrek (in de zin van artikel 7:204 BW juncto artikel 3 Algemene Bepalingen).

#### Exoneratie?

16. Rodamco beroept zich subsidiair op haar contractuele exoneratie. Zij stelt daartoe dat zij het gebrek (abnormale windhindergevoeligheid) bij het aangaan van de huurovereenkomsten niet kende of behoorde te kennen. Evenals de rechtbank, verwerpt het hof dit beroep. Daartoe wordt als volgt overwogen.
17. Voorop wordt gesteld dat op Rodamco de stelplicht (en bij betwisting de bewijslast) rust van dit bevrijdende verweer.

Vast staat dat Rodamco aanleiding heeft gezien voor het tevoren doen verrichten van een windhinderonderzoek, dat TNO in haar rapport van 2001 heeft gewaarschuwd voor de windhindergevoeligheid van het winkelcentrum met zijn vier torens en winkelstraat op het westen en een aantal aanpassingen aan het ontwerp heeft geadviseerd (dichtmaken van ruimte tussen schotel en laagbouw en de afgeschuinde hoeken bij de entree weer recht maken, in combinatie met een luifel met afhangende schermen). Daarnaast staat vast dat TNO in dit rapport heeft gewaarschuwd dat op het eerste gezicht relatief kleine ontwerpwijzigingen (een ander ontwerp van de schotel, afgeschuinde hoeken bij de entree) tot een aanzienlijke verslechtering van het windklimaat leiden ten opzichte van de in fase 1 geformuleerde uitgangspunten voor een gunstig windklimaat. Voorts blijkt uit het rapport van TNO uit 2006 (met uitzondering wellicht van het daar genoemde verplaatsen van de UFO waarover discussie bestaat) dat Rodamco niet alle aanbevelingen heeft uitgevoerd en daarnaast ook nog enkele aanpassingen heeft doorgevoerd (zie rechtsoverweging 2.7). TNO schrijft in haar rapport van 2006: 'Op 30 april 2006 is ter plekke de situatie besproken. Het blijkt dat ten opzichte van de situatie die in 2001 is doorgemeten diverse aanpassingen zijn doorgevoerd, die allen een negatief effect op het windklimaat hebben: de schotel boven de winkelstraat is veel hoger (dikker) geworden, de schotel is noordwaarts verschoven waardoor deze niet meer in het midden ligt, de schotel is verlaagd, de aanbevolen schermen onder de schotel zijn alleen aan de noordkant in beperkte mate (en rond in plaats van recht) aangebracht en het scherm aan de zuidkant is zo beperkt dat het helemaal geen effect zal hebben.(...) De bij de westelijke ingang van het winkelcentrum aanbevolen maatregelen zijn ten dele uitgevoerd.(...)

18. Het komt er dus op neer
- (i) dat Rodamco in 2001 wist van de windhindergevoeligheid van het winkelcentrum,
  - (ii) dat Rodamco in 2001 was geadviseerd om een aantal aanbevelingen uit te voeren,
  - (iii) dat Rodamco toen was gewaarschuwd dat kleine wijzigingen grote gevolgen konden hebben,
  - (iv) dat Rodamco niet alle aanbevelingen heeft uitgevoerd, alsmede
  - (v) dat daarenboven nog aanpassingen hebben plaatsgevonden,
  - (vi) dit alles zonder een en ander opnieuw te laten doorrekenen c.q. te testen.

Hier heeft Rodamco onvoldoende tegenover gesteld. Rodamco voert weliswaar aan dat zij, gelet op de slechts geringe aanpassingen en wijzigingen er redelijkerwijs niet op bedacht hoefde te zijn dat deze serieuze windhinderconsequenties zouden hebben, maar dit betoog wordt verworpen. Rodamco was immers niet alleen door TNO gewaarschuwd voor de (algemene) windhindergevoeligheid van het ontwerp maar ook nog expliciet voor de gevolgen van kleine veranderingen (zie iii). In de gegeven omstandigheden waar Rodamco op eigen gezag (naar het hof begrijpt ten onrechte) heeft aangenomen dat het met de (kleine) aanpassingen en wijzigingen niet zo'n vaart zou lopen, is het door Rodamco gestelde ontoereikend om daaraan de conclusie te verbinden dat zij het gebrek (de abnormale windhindergevoeligheid) ook niet behoorde te kennen.

19. Rodamco heeft nog betoogd dat zij niet bedacht hoefde te zijn op het uitblijven van de (door de gemeente te plaatsen) bommenrij en schermen vóór de westelijke ingang. Nu de hierboven (in rechtsoverweging 17 kort) beschreven aanpassingen en wijzigingen — het betwiste verplaatsen van de schotel laat het hof hierbij buiten beschouwing — geen betrekking hebben op deze bommenrij en deze schermen, mist dit betoog relevantie. Dit geldt temeer, nu Rodamco heeft aangevoerd dat het uitblijven van deze voorzieningen de windhinder niet kunnen hebben veroorzaakt.
20. De slotsom van dit onderdeel is dat het beroep van Rodamco op de overeengekomen exoneratie niet opgaat.

#### De genots- en huurprijzvermindering



21. Uitgangspunt is dus dat er sprake is van door een gebrek veroorzaakte genotsbeperking die een evenredige huurprijsvermindering rechtvaardigt. Nu Trio Bakker Sport c.s. van hun kant geen incidenteel hoger beroep hebben ingesteld tegen de hoogte van de toegewezen huurprijsvermindering, is de bovengrens van de vermindering de hoogte van de door de kantonrechter toegewezen huurprijsvermindering, te weten 10% en in drie gevallen 15%. Rodamco acht dit veel te veel. Zij gaat uit van hoogstens 4 à 6%, terwijl zij meer differentiatie tussen de diverse huurders op zijn plaats acht. Hieromtrent wordt als volgt geoordeeld.
22. Voor (verdere) differentiatie tussen de huurders ziet ook het hof geen grond. Niet in geschil is dat Spazio een zogenaamd slentergebied is, waar het voor potentiële kopers 'goed toeven' moet zijn. Blijkens het voorgaande gaat het hof ervan uit dat de windhinder in een groot deel van Spazio al snel onaangenaam en in extreme situaties zelfs gevaarlijk werd. Hier hadden uiteraard alle huurders — ook de huurders die in de betrekkelijke luwte of in de loop vanuit de parkeergarage zaten — in het slentergebied last van, zij het dat de huurders bij de westelijke ingang met name ook werden geconfronteerd met genotsbeperking door directe schade en overlast aan de gehuurde winkelruimte (zie voorbeeld Albert Nolten). Hier heeft de kantonrechter rekening mee gehouden door drie huurders ter plaatse een hogere huurprijsvermindering (5% extra) toe te kennen.
- De door de abnormale windoverlast veroorzaakte genotsbeperking geeft recht op evenredige huurprijsvermindering. Deze is uit de aard van de zaak niet mathematisch vast te stellen en kan niet gelijkgesteld worden met schadevergoeding in de zin van artikel 7:208 BW. Blijkens het voorgaande volgt het hof niet de redenering van Rodamco (in de memorie van grieven 145–149) en gaat het hof, evenals de kantonrechter, uit van eenzelfde benadering van de huurders in Spazio. De door de kantonrechter toegewezen huurprijsvermindering van 10% (en 15% voor eerderbedoelde drie huurders) wordt in overeenstemming geacht met de vastgestelde genotsvermindering.

#### **De periode van huurprijsvermindering**

23. Inmiddels staat tussen Rodamco en Trio Bakker Sport c.s. vast dat het gebrek per eind mei 2010 is verholpen en dat na 1 juni 2010 geen aanspraak meer wordt gemaakt op huurprijsvermindering. In zoverre slaagt de daarop gerichte grief VII.

#### **Slotsom**

24. De slotsom van het voorgaande is dat de grieven falen, met dien verstande dat de huurprijsvermindering (slechts) gelding heeft tot 1 juni 2010. De grieven hoeven verder niet afzonderlijk te worden besproken. Beslist zal worden als na te melden. Aan bewijslevering wordt niet toegekomen, nu er geen concrete relevante feiten te bewijzen zijn aangeboden. Voor een deskundigenbericht wordt geen grond gezien. Hierbij past een proceskostenveroordeling ten laste van Rodamco, die van het incident daaronder begrepen.

#### **Beslissing**

Het hof:

- bekrachtigt de bestreden vonnissen, met uitzondering van het eindmoment van de huurverminderingverplichting; vernietigt daarom het laatste deel van alinea 1 van het dictum in het bestreden vonnis van 20 december 2007 en doet in zoverre opnieuw recht dat in plaats van 'tot aan de dag waarop een goedkeurende verklaring van TNO wordt overgelegd waaruit blijkt dat Rodamco de door TNO geadviseerde maatregelen ter beperking van de windproblematiek heeft uitgevoerd' wordt gelezen: 'tot 1 juni 2010';
- veroordeelt Rodamco in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Trio Bakker Sport c.s. tot op heden begroot op € 254 aan verschotten en € 18.320 aan salaris advocaat en aan de zijde van Watson c.s. tot op heden begroot op € 262 aan verschotten en € 18.320 aan salaris advocaat;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.