

Jurisprudentiebespreking

prof. mr. A.W. Jongbloed en mr. N. Eeken*

5. Hof Arnhem

17 november 2009

WR 2010, 21, LJN BL5943

Hoger beroep van Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 24 november 2008 (TvHB 2009, 2, NJ 2009, 143 en WR 2009, 22)

Lidmar Properties I / de Staat der Nederlanden (Rijksgebouwendienst)

Samenvatting

Een huurder van kantoorruimte wenst vóór de einddatum van de huurovereenkomst het gehuurde te verlaten. De huurbetalingen tot einde huurovereenkomst worden door huurder gegarandeerd. In de huurovereenkomst is geen gebruiksverplichting opgenomen. De vraag of de huurder toch een gebruiksverplichting heeft, wordt voorshands, anders dan in eerste aanleg, ontkennend door het hof beantwoord. Hierbij is naar het oordeel van het hof doorslaggevend of het niet-gebruik schade aan het gehuurde tot gevolg heeft. Het hof komt tot de slotsom dat onder de gegeven feiten en omstandigheden (beleggings)schade of ander nadeel als gevolg van leegstand of een vroegtijdig vertrek onvoldoende aannemelijk is.

Gerechtshof

de Staat der Nederlanden (Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, de Rijksgebouwendienst),

gevestigd te Den Haag,

appellant,

advocaat: mr. T.M. van Dijk

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Lidmar Properties I B.V.,

gevestigd te Oisterwijk,

geïntimeerde,

advocaat: mr. F.A.M. Knüppe

(...)

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep in conventie

4.1 De eerste grief van de Staat keert zich tegen rov 5.1 van het bestreden vonnis waarin de voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat Lidmar een spoedeisend belang bij de gevorderde voorziening heeft. Deze grief faalt. De Staat heeft Lidmar laten weten het voornemen te hebben het kantoorgebouw eerder dan oktober 2011 te verlaten. Dat voornemen is bovendien in een publicatie van 9 september 2008 in Dagblad De Gelderlander openbaar gemaakt. Aldus is de dreiging dat de door Lidmar ongewenste onomkeerbare gevolgen intreden reëel. De spoedeisendheid van de gevraagde voorziening is daarmee gegeven.

4.2 De grieven twee, drie en vier keren zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat het de Staat niet vrij staat het kantoorgebouw voor oktober 2011 te verlaten. Deze grieven slagen. Het hof overweegt als volgt.

4.3 In de huurovereenkomst is niet expliciet opgenomen de verplichting tot gebruik van het gehuurde. Het hof is van oordeel dat een verplichting tot gebruik in dit geval niet behoort tot de verplichtingen van de huurder zich als goed huurder te gedragen, zoals bedoeld in art. 7:213 van het Burgerlijk Wetboek. Daarbij neemt het hof de volgende omstandigheden in aanmerking.

4.4 Lidmar heeft bepleit dat het gehuurde in waarde zal dalen na ontruiming door de Staat. Zij heeft deskundigenrapportages in het geding gebracht waarin zulks wordt voorzien. De Staat heeft daartegenover deskundigenrapportages in het geding gebracht waarin wordt geconcludeerd dat er geen waardedaling door leegstand zal zijn.

4.5 Ter adstructie van haar stelling dat de waarde van het pand achteruit gaat, stelt Lidmar in de eerste plaats dat het pand bij leegstand minder aantrekkelijk wordt voor opvolgende huurders. Het hof is van oordeel dat dit onvoldoende aannemelijk is geworden. Het volgende is van belang.

4.6 Het kantoorgebouw is sinds 1966 in gebruik bij Rijkswaterstaat. Onbetwist is dat het verouderd is. Nadat de Staat het heeft verlaten, zal het ingrijpend moeten worden gerenoveerd. Ter zitting verklaarde de heer Daemen, directeur van Lidmar, dat voor de periode na oktober 2011 een nieuwe huurder gezocht zal worden. De heer Daemen gaf voorts te kennen dat het bij het vroegtijdige verlaten van het gebouw door de Staat niet mogelijk is reeds met de renovatie te beginnen, omdat die renovatie moet worden afgestemd op het programma van eisen van de nieuwe huurder.

4.7 Tegen die achtergrond is onaannemelijk dat de aantrekkelijkheid van het gebouw voor opvolgende huurders door het vroegtijdige vertrek van de Staat zal afnemen. De geïntimeerde huurder zal zich een oordeel moeten vormen over de mogelijkheden van het gebouw na renovatie. Aldus zal de nieuwe huurder hoe dan ook van de huidige toestand van het gebouw moeten abstraheren. Dat hij over de potentie van het gebouw minder positief gestemd zal zijn als het gebouw leeg staat dan wanneer Rijkswaterstaat er nog is gehuisvest, is daarom niet waarschijnlijk. Bedacht zij dat het zal gaan om een professionele partij, van wie een rationele inschatting van de potentie van het gebouw verwacht kan worden.

4.8 De door Lidmar in het geding gebrachte deskundigenrapportages brengen het hof niet tot een andersluidende opvatting. Die rapportages benadrukken dat leegstand in het algemeen een drukkend effect heeft op de waarde van een pand, maar motiveren onvoldoende dat een drukkend effect ook optreedt in het bijzonder in de onderhavige situatie, waarin sprake is van een verouderd gebouw dat ingrijpend gerenoveerd zal worden. Bovendien is, blijkens hun motiveringen, bij de deskundigen het oordeel omtrent de waardedaling in belangrijke mate ingegeven, niet door de leegstand als zodanig, maar doordat een gebouw aan waarde verliest

* Ton Jongbloed is verbonden aan de Universiteit Utrecht en raadsheerplaatsvervanger bij het Gerechtshof te Leeuwarden, Nathalie Eeken is advocaat bij Houthoff Buruma N.V. te Amsterdam. Beiden zijn ook redacteur van dit blad.

doordat er bij afwezigheid van een huurder geen huurinkomsten meer zijn. Dat argument kan hier geen rol spelen, omdat de huurbetaling tot oktober 2011 verzekerd is.

4.9 Naast de verminderde aantrekkelijkheid voor huurders door de leegstand noemt Lidmar nog een aantal andere punten die waardedaling bewerkstelligen.

4.10 De publieke aankondiging in de media van de Staat omtrent zijn vertrek en zijn openlijke afkeuring van het pand heeft een directe negatieve invloed op de beleggingswaarde van het object en er zullen in de (verhuur)markt vragen worden opgeworpen over de positie, kwaliteit en geschiktheid van het object. Te dien aanzien overweegt het hof dat de bedoelde schade, wat van het bestaan daarvan ook zij, wordt veroorzaakt door het vertrek van de Staat als zodanig en niet door het eerdere vertrek voor 2010 in plaats van in oktober 2011. De schade door het vertrek van de Staat als zodanig is in de onderhavige procedure van geen belang, omdat de bevoegdheid tot dat vertrek vast staat.

4.11 Voorts voert Lidmar aan dat leegstand (in zijn algemeenheid sneller) leidt tot verval, verloedering en kraak(risico) en dat het pand onder de huidige polisvoorwaarden niet verzekerd is. Te dien aanzien overweegt het hof dat Lidmar onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat in het onderhavige geval het risico op verval, verloedering en kraken door het treffen van adequate voorzorgsmaatregelen niet weggenomen kan worden en dat zij onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat herverzekering redelijkerwijze niet mogelijk is.

4.12 Naast de kwestie van de schade aan het pand door het vroegtijdige vertrek van de Staat is tussen partijen onderwerp van debat de betekenis van Allonge II van december 2005 bij de huurovereenkomst. Krachtens Allonge II is met ingang van 19 oktober 2009 de huurovereenkomst verlengd met twee jaar, in plaats van de zes jaar die in de huurovereenkomst uit 1999 is opgenomen.

4.13 Volgens Lidmar mocht zij er gegeven Allonge II op vertrouwen dat de Staat het gebouw tot oktober 2011 feitelijk in gebruik zou houden, nu met deze Allonge tegemoet is gekomen aan de behoefte aan flexibiliteit van de Staat.

4.14 Het hof kan Lidmar hierin niet volgen. De primaire verplichting van de huurder is het betalen van de huurprijs. Vanwege die verplichting wilde de Staat de huurovereenkomst in plaats van met zes jaar nog slechts met twee jaar verlengen. Zo voorkwam de Staat dat hij zijn mogelijke verhuisplannen verhandeld zou zien door een voortdurende verplichting tot betaling van huurpenningen. Voor een verder gaande verwachting dan dat de Staat inderdaad de huurpenningen tot oktober 2011 zal blijven voldoen, biedt Allonge II geen grond.

4.15 Met het slagen van de grieven twee, drie en vier is ook het slagen van de grieven zeven en acht gegeven.

5. De motivering van de beslissing in hoger beroep in reconventie

5.1 Grief zes richt zich tegen de overwegingen 6.1 t/m 6.3 van het bestreden vonnis, waarin de voorzieningenrechter overweegt dat de reconventionele vordering van de Staat niet voor toewijzing in aanmerking komt. Aan de voorzieningenrechter werd gevraagd Eurocommerce voorlopig te machtigen de plaats van de Staat in de huurovereenkomst met Lidmar in te nemen, dan wel Lidmar te veroordelen tot onderhuur door c.q. in gebruikgeven aan Eurocommerce.

5.2 In zijn toelichting op grief zes betoogt de Staat dat hij krachtens art. 6.2 van de huurovereenkomst na voorafgaan-

de toestemming van de verhuurder bevoegd is het gehuurde onder te verhuren, een andere huurder in de plaats te stellen danwel afstand te doen van het gehuurde. De verhuurder mag een daartoe strekkend verzoek niet op onredelijke gronden weigeren. De Staat betoogt dat, nu het hem moet worden toegestaan het pand niet te gebruiken, Lidmar ook niet kan verlangen dat de opvolgende derde het pand gebruikt. Een op het door de derde voorgenomen niet gebruiken van het pand gestoelde weigering door Lidmar is onredelijk.

5.3 De grief faalt om de volgende reden. De vraag of Lidmar de in art. 6.2 van de huurovereenkomst bedoelde toestemming moet geven, is een andere dan de in het kader van de conventionele vordering besproken vraag of een verplichting tot gebruik van het gehuurde bestaat. Wat betreft de verplichting tot gebruik van het gehuurde is doorslaggevend of het niet-gebruik schade aan het gehuurde tot gevolg heeft. Bij beantwoording van de vraag of het onthouden van toestemming in de zin van art. 6.2 onredelijk is, is sprake van een ruimer criterium en kunnen ook andere omstandigheden dan de vraag naar het ontstaan van schade een (beslissende) rol spelen.

5.4 Naar het oordeel van het hof is het aannemelijk dat Eurocommerce, een projectontwikkelaar, het pand voor een belangrijk deel onderbezet zal laten en is dat een omstandigheid waaraan Lidmar overwegende betekenis mag toekennen bij zijn beslissing al dan niet toestemming te verlenen. Het is naar het voorlopig oordeel van het hof niet onredelijk toestemming te onthouden.

Slotsom

Grief 6 slaagt, de andere grieven falen. Het vonnis in conventie zal worden vernietigd en de vordering van Lidmar dient alsnog te worden afgewezen. Het vonnis in reconventie zal worden bekrachtigd. Het hof zal Lidmar veroordelen in de kosten van de procedure in eerste aanleg in conventie (...) en zal de proceskosten in appel als volgt compenseren, nu partijen over en weer ieder op enig punt in het ongelijk worden gesteld.

(...)

Dit arrest is gewezen door mrs. Fokker, Van der Poel en Smeehuijzen (...).

Commentaar

Het Hof Arnhem heeft kort achter elkaar twee arresten gewezen over de gebruiksverplichting van een huurder. Beide betrof een kort geding procedure. De eerste uitspraak d.d. 29 september 2009 is, samen met het vervolg daarop van de Voorzieningenrechter Rechtbank Zutphen d.d. 30 oktober 2009 (NSI/Ernst & Young) is in een eerdere aflevering van dit tijdschrift¹ door prof. A.W. Jongbloed van commentaar voorzien. De tweede uitspraak betreft de zaak Lidmar Properties (hierna: 'Lidmar') tegen de Staat (Rijksgebouwendienst). Op 17 november 2009 heeft het Arnhemse hof in deze zaak een arrest gewezen. Hoewel deze kwesties in de basis fundamenteel anders zijn (in de zaak NSI/Ernst & Young gold als uitgangspunt een contractuele gebruiksverplichting en in de zaak Lidmar - de Staat was geen expliciete gebruiksverplichting in de huurovereenkomst opgenomen), zijn ook raakvlakken in de overwegingen van het hof

1. Zie *TvHB* 2009, nr. 6, p. 260 t/m 263.

waar te nemen. Ook de feiten in beide kwesties vertonen enkele overeenkomsten.

De feiten in de onderhavige kwestie zijn als volgt. De Staat huurt met ingang van 19 oktober 1999 een kantoorgebouw in Arnhem van ruim 14.000 m². De Staat was vanaf 1966 eigenaar van het kantoorgebouw en Rijkswaterstaat is sindsdien de feitelijke gebruiker. De huurovereenkomst is ingegaan op 19 oktober 1999 en aangegaan voor een eerste huurperiode van tien jaar. In de huurovereenkomst is geen (expliciete) gebruiksverplichting opgenomen. In december 2005 zijn partijen een allonge aangegaan, waarin is vastgelegd dat in afwijking van de in de huurovereenkomst opgenomen huurperiode van zes jaar, de huurovereenkomst zal worden verlengd met twee jaar en derhalve zal lopen tot en met 18 oktober 2011, waarna de huurovereenkomst voor onbepaalde tijd zal worden voortgezet. De reden hiervan was dat de Staat meer flexibiliteit wenste. De Staat wenst echter vervolgens toch eerder te vertrekken. Eurocommerce zou een nieuw kantoorpand voor de Staat gaan ontwikkelen dat de Staat zou gaan huren. In september 2008 verschijnt in een plaatselijk dagblad het bericht dat de Staat vóór 2010 weg wil uit haar huidige pand (van Lidmar) en wenst te vertrekken naar het nieuwe pand dat Eurocommerce ontwikkelt. Eurocommerce is bereid de huurovereenkomst van de Staat over te nemen. De Staat verzoekt Lidmar om akkoord te gaan met een indeplaatsstelling of onderverhuur, welk verzoek Lidmar afwijst. Lidmar start vervolgens een kort geding waarin zij in conventie een verbod tot staking van de exploitatie en een gebod tot het blijven gebruiken van het pand vordert. De Staat vordert in reconventie Lidmar te veroordelen om mee te werken aan een indeplaatsstelling, althans aan onderverhuur c.q. ingebruikgeving aan Eurocommerce. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem wijst bij vonnis in kort geding d.d. 24 november 2008² de vorderingen in conventie toe en de vorderingen in reconventie af. De voorzieningenrechter achtte voldoende aannemelijk dat een vroegtijdig vertrek tot waardevermindering van het pand en (beleggings)schade voor Lidmar zal leiden, tenzij het kantoorgebouw grotendeels door een derde in gebruik wordt genomen.³ Omdat onvoldoende aannemelijk is dat Eurocommerce zelf het kantoorgebouw daadwerkelijk in gebruik zal gaan nemen, worden de reconventionele vorderingen afgewezen. De Staat gaat van dit vonnis (zowel in conventie als in reconventie) in hoger beroep.

De kernvraag van dit geschil is of de Staat, ondanks het feit dat in de huurovereenkomst geen expliciete gebruiksverplichting is opgenomen, toch gehouden is tot gebruik van het kantoorgebouw. Lidmar wees in dit kader op de contractuele bestemming in de huurovereenkomst⁴ en op de art. 7:213 BW (goed huurderschap) en 7:214 BW (gebruik volgens bestemming).

Is een huurder op grond van de wet gehouden tot gebruik van de verhuurde zaak? In het arrest van de Hoge Raad d.d. 23 december 2005⁵ is deze vraag in beginsel ontkennend beantwoord. De Hoge Raad en Advocaat-Generaal Huydecoper komen tot het uitgangspunt dat er geen algemene verplichting in het huurrecht is te vinden op grond waarvan de huurder het gehuurde dient te exploiteren. Een dergelijke verplichting is niet te lezen in de art. 7:213 en 7:214 BW. In dit kader wordt verwezen naar de memorie van toelichting op het nieuwe huurrecht,⁶ waarin wordt vermeld dat er voor een schuldeiser geen verplichting bestaat om van zijn rechten gebruik te maken, maar dat een dergelijke verplichting

onder bijzondere omstandigheden kan worden aangenomen, bijvoorbeeld wanneer de waarde van het object bij niet-gebruik achteruit gaat. Daarbij noemt de wetgever de winkel (die goodwill verliest) of een paard (dat in een goede conditie moet blijven).⁷

Ook het hof geeft aan dat voor de vraag of de Staat een gebruiksverplichting heeft, doorslaggevend is of het niet-gebruik schade aan het gehuurde tot gevolg heeft.⁸ Het hof komt tot de conclusie dat schade of ander nadeel als gevolg van leegstand of een vroegtijdig vertrek in dit geval niet aannemelijk is. De volgende omstandigheden spelen daarbij een doorslaggevende rol. Lidmar had in de eerste plaats gesteld dat het pand bij leegstand minder aantrekkelijk zou worden voor opvolgende huurders. Het hof achtte deze stelling niet aannemelijk. Het pand is verouderd (het pand is sinds 1966 in gebruik bij Rijkswaterstaat) en dient gerenoveerd te worden. Lidmar had aangegeven dat de renovatie zal moeten worden afgestemd op het programma van eisen van de nieuwe huurder. Op basis hiervan oordeelde het hof dat het dan niet uitmaakt of het pand leeg staat of in gebruik is, omdat de potentiële huurder hoe dan ook van de huidige toestand van het gebouw zal moeten abstraheren.⁹ In de tweede plaats had Lidmar gesteld dat leegstand tot beleggingsschade van het pand zal leiden. Kennelijk had Lidmar in dit kader rapportages van vastgoeddeskundigen overgelegd waaruit deze stelling in zijn algemeenheid bleek, maar was het voor het hof onvoldoende duidelijk waarom dat ook zou gelden voor het onderhavige pand dat verouderd is en ingrijpend gerenoveerd moet worden en waarbij de huurinkomsten tot einde huurcontract waren gegarandeerd.¹⁰ Ik acht dit oordeel juist, omdat de discussie over de vraag of leegstand tot schade leidt in iedere zaak concreet moet worden beoordeeld en omdat naar mijn mening het geen gegeven is dat leegstand in iedere situatie tot schade zal leiden. Aldus overigens ook de voorzieningenrechter in onderhavige zaak in eerste aanleg. De voorzieningenrechter overwoog: *‘De voorzieningenrechter wil niet uitsluiten dat het niet gebruiken van een kantoorruimte steeds onder alle omstandigheden voor de verhuurder tot schade zal leiden. Wanneer bijvoorbeeld een beperkt aantal vierkante meters in een verzamelkantoor gehuurd wordt, kunnen de gevolgen van gedeeltelijke leegstand zo beperkt zijn dat geen of geen noemenswaardige schade ontstaat.’*¹¹ Ook in de zaak NSI/Ernst & Young had het Hof Arnhem geoordeeld dat het niet voldoende aannemelijk is dat leegstand tot (beleggings)scha-

2. *TvHB* 2009, 2; *NJ* 2009, 143 en *WR* 2009, 22.

3. Zie r.o. 5.4, laatste alinea, laatste zin.

4. In de huurovereenkomst is in artikel 6 lid 1 bepaald: *‘Huurder is gerechtigd het gehuurde als een goed huurder te gebruiken als kantoorruimte c.a.’*

5. *RvdW* 2006, 27; *WR* 2006, 26; *LJN* AU4784.

6. *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 23.

7. Het arrest van de Hoge Raad van 23 december 2005 en de exploitatieverplichting van de huurder is besproken door Bogaards in dit tijdschrift, *TvHB* 2007, nr. 4: *‘De exploitatieverplichting van de huurder nader beschouwd.’*

8. Zie r.o. 5.3.

9. Zie r.o. 4.7.

10. Zie r.o. 4.8.

11. Zie r.o. 5.4, tweede zin Vzr. Rb. Arnhem 24 november 2008, *TvHB* 2009, 2.

de zal leiden.¹² In die zaak betrof het huur van 6 van 20 kantoorverdiepingen. In de derde plaats had Lidmar gesteld dat de publieke aankondiging in de media omtrent het vertrek en de openlijke afkeuring van het pand een directe negatieve invloed op de beleggingswaarde van het pand heeft. Hierover oordeelde het hof dat bedoelde schade wordt veroorzaakt door het vertrek als zodanig en niet door het eerdere vertrek. Schade als gevolg van het vertrek als zodanig is naar het oordeel van het hof niet van belang, omdat de bevoegdheid tot dat vertrek vast staat (lees: een huurder is bevoegd de huurovereenkomst op te zeggen en dan te vertrekken). Ook in de zaak NSI / Ernst&Young is deze discussie gevoerd.¹³ Als een huurder, en zeker een A1-huurder, de huurovereenkomst tegen het einde van de huurperiode opzegt, zal dit de beleggingswaarde van een pand nadelig beïnvloeden, omdat de beleggingswaarde van een pand (met name) wordt bepaald door de verwachting van positieve inkomensstromen uit verhuur of verkoop in de toekomst. Voor deze schade is een huurder niet aansprakelijk omdat hij bevoegd is de huurovereenkomst op te zeggen. Dan kan vervolgens de vraag worden gesteld of een eerder vertrek dan nog tot extra schade zal leiden. Dat hoeft mijns inziens niet altijd het geval te zijn. Tot slot werd door Lidmar nog aangevoerd dat leegstand tot verval en verloedering zal leiden en dat het pand onder de huidige polisvoorwaarden niet verzekerd was. Het hof oordeelde daarover kort. Het achtte het onvoldoende aannemelijk dat door het treffen van adequate voorzorgsmaatregelen het risico op verval, verloedering en kraken niet weggenomen kan worden en dat herverzekering redelijkerwijze niet mogelijk is.¹⁴ De vorderingen van Lidmar werden alsnog afgewezen.

De Staat was ook in hoger beroep gegaan van het oordeel van de voorzieningenrechter in reconventie. In reconventie stond centraal het verzoek van de Staat om Eurocommerce in haar plaats als huurder te stellen, of het pand aan Eurocommerce in onderhuur of gebruik te mogen geven. De Staat meende dat nu van haar niet kan worden verlangd dat zij het gehuurde moet blijven gebruiken, dit ook geldt voor een onderhuurder en dat Lidmar haar toestemming hiervoor alsnog moet geven. Ondanks het feit dat het hof de Staat gelijk gaf voor wat betreft het niet moeten blijven gebruiken van het pand door de Staat, bekrachtigde het hof de afwijzing in reconventie. Het hof oordeelde dat voor wat betreft de vraag of de Staat een gebruiksverplichting heeft, doorslaggevend is of het niet-gebruik schade aan het gehuurde tot gevolg heeft, maar dat bij beantwoording van de vraag of het onredelijk is dat Lidmar haar toestemming tot indeplaatsstelling of onderverhuur onthoudt een ruimer criterium moet worden gehanteerd, waarbij ook andere omstandigheden (dan enkel het ontstaan van schade) een (beslissende) rol kunnen spelen.¹⁵ Deze toestemming had Lidmar, aldus het hof, mogen weigeren, omdat aannemelijk is dat Eurocommerce (zijnde een projectontwikkelaar) het pand niet zal gebruiken, althans voor een belangrijk deel onbezet zal laten. Leegstand is met andere woorden wél een argument om deze toestemming als verhuurder te mogen weigeren. In de huurovereenkomst was opgenomen dat onderverhuur na voorafgaande toestemming van verhuurder is toegestaan en dat verhuurder deze toestemming niet op onredelijke gronden zal onthouden. Als dit laatste niet in de huurovereenkomst zou zijn opgenomen, zal de toets zijn, of het onthouden van de toestemming naar maatstaven van redelijkheid

en billijkheid onaanvaardbaar is c.q. of verhuurder geen enkel rechtens te respecteren belang heeft bij zijn onthouding. Ik kan mij voorstellen dat over de overwegingen van het hof in onderhavig arrest verschillend kan worden gedacht. Ik denk hierbij vooral aan het oordeel van het hof dat een pand van deze omvang bij een vroegtijdig vertrek niet minder aantrekkelijk wordt voor opvolgende huurders, omdat een renovatie toch moet worden afgestemd op het programma van eisen van een nieuwe huurder. Maar ook de overwegingen van het hof dat Lidmar onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat in het onderhavige geval het risico op verval, verloedering en kraken door het treffen van adequate voorzorgsmaatregelen niet weggenomen kan worden en dat herverzekering redelijkerwijs niet mogelijk is, zijn kort door de bocht en (helaas) niet nader gemotiveerd.

Zowel de onderhavige zaak als de zaak NSI/Ernst & Young heeft de nodige media-aandacht gekregen en de meningen hierover in vastgoed Nederland zijn verdeeld. Leidt leegstand van een bedrijfspand tot schade? Een vraag waarover lang gediscussieerd kan worden met wellicht ook verschillende antwoorden. Ik meen in ieder geval dat deze discussie niet in zijn algemeenheid moet worden gevoerd, maar dat telkens per concreet geval en telkens onder de gegeven feiten en omstandigheden beoordeeld moet worden of leegstand daadwerkelijk tot (beleggings)schade zal leiden. Dat is naar mijn mening namelijk niet per definitie het geval en dit zal, met andere woorden, aangetoond moeten worden waarbij niet met algemene stellingen (aldus ook het Hof Arnhem) kan worden volstaan. Het kan mijns inziens daarbij verschil uitmaken of sprake is van verhuur van een winkelruimte in een winkelstraat, verhuur van een winkelruimte in een winkelcentrum (van dezelfde verhuurder), verhuur van één groot kantoorgebouw of van enkele verdiepingen van een kantoorverzamelgebouw. Ook andere feiten en omstandigheden kunnen hierbij een rol spelen, zoals bijvoorbeeld in de zaak NSI tegen Ernst & Young.¹⁶ Omstandigheden die naar het oordeel van Ernst & Young van belang waren, waren onder meer de volgende. Het litigieuze kantoorgebouw 'La Tour' had vanaf de oplevering altijd substantiële leegstand van circa 30-40% gekend en veel wisselende huurders. Ernst & Young had met andere woorden niet de aantrekkingskracht die haar werd toebedeeld. NSI had La Tour van Eurocommerce gekocht met een huurgarantie van vijf jaar. Het risico van (gedeeltelijke) leegstand was daarmee gedurende vijf jaar door NSI afgekocht. Leegstand c.q. de aanwezigheid van niet-verhuurde verdiepingen was destijds kennelijk geen reden voor NSI om 'La Tour' niet te kopen. La Tour was (overigens naar het oordeel van de deskundigen van beide partijen) een gebouw met een zwakke marktpositie. Mede aan de hand van deze omstandigheden oordeelde het Hof Arnhem in deze zaak dat niet aannemelijk is dat bij een vroegtijdig vertrek door Ernst & Young zittende huurders zullen vertrekken, potentiële huurders niet zullen aanhuren en potentiële kopers niet zullen kopen.¹⁷ Het

12. Hof Arnhem 29 september 2009, *WR* 2010, 12, r.o. 4.10 en de motivering in r.o. 4.14 t/m 4.15.

13. Hof Arnhem 29 september 2009, *WR* 2010, 12, r.o. 4.14.

14. Hof Arnhem 29 september 2009, *WR* 2010, 12, r.o. 4.11.

15. Zie r.o. 5.3.

16. De auteur van dit commentaar was de behandelend advocaat van Ernst & Young in de zaak tegen NSI.

17. Hof Arnhem 29 september 2009, *WR* 2010, 12, r.o. 4.15.

hof had in die zaak ook geoordeeld dat onvoldoende aanneemelijk is dat NSI (beleggings)schade door een vroegtijdig vertrek zal leiden.¹⁸ Dit oordeel van het hof is overigens later in een nieuw door NSI aangespannen kort geding door de Voorzieningenrechter Rechtbank Zutphen¹⁹ gepasseerd. Ernst & Young werd door deze voorzieningenrechter alsnog tot exploitatie veroordeeld. Ernst & Young is van dit vonnis in kort geding in hoger beroep gegaan, maar tot een uitspraak door (weer) het Hof Arnhem zal het niet komen; de zaak is inmiddels tussen partijen geschikt.

Ik rond af. In de onderhavige zaak was in de huurovereenkomst geen expliciete gebruiksverplichting opgenomen. Voor de vraag of dan toch een gebruiksverplichting moet worden aangenomen, is, aldus het Hof Arnhem, doorslaggevend of het niet-gebruik schade aan het gehuurde tot gevolg heeft. Dit volgt ook uit de parlementaire geschiedenis en het arrest van de Hoge Raad van 23 december 2005. Onder de door het hof genoemde omstandigheden achtte hij deze (beleggings)schade c.q. dit nadeel niet aanneemelijk en wees daarom de vorderingen van Lidmar alsnog af. Zoals gezegd, een uitspraak waarover verschillend kan worden gedacht. In ieder geval blijkt uit de zaken Lidmar/de Staat en NSI/Ernst & Young, ondanks de verschillende uitgangspunten, dat het moeten blijven exploiteren van kantoorruimte niet een gegeven is en dat dit afhankelijk zal zijn van de huurovereenkomst en alle feiten en omstandigheden van het geval.²⁰ Ik vermoed dat dit niet de laatste zaak zal zijn over de gebruiksverplichting van een huurder van bedrijfsruimte, dus we wachten verdere jurisprudentie hierover af.²¹

M. van Heeren²²

-
18. Hof Arnhem 29 september 2009, *WR* 2010, 12, r.o. 4.14.
 19. Vrz. Rb. Zutphen, 30 oktober 2009, *WR* 2010, 13.
 20. Ook op andere gronden kan een vordering tot voortzetting van de exploitatie c.q. een verbod tot staking stranden, bijvoorbeeld bij een verliesgevende exploitatie. Zie in dit kader o.a. Vrz. Rb. Utrecht 6 februari 2003, *KG* 2003, 83 en Hof Amsterdam 7 april 2005, *WR* 2006, 43.
 21. Zie in dit kader ook Vrz. Rb. 's-Hertogenbosch, sector kanton, locatie 's-Hertogenbosch 18 november 2009 *TvHB* 2010, 1 (TMW / ABN AMRO) met commentaar van prof. A.W. Jongbloed. In die kwestie strandde de vordering van verhuurder tot hervatting van de exploitatie. Van doorslaggevend belang daarbij was dat onder de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet van ABN AMRO kon worden gevergd dat zij het kantoorgebouw weer in gebruik zal nemen en dat ABN AMRO voldoende maatregelen had getroffen als tegemoetkoming aan de gerechtvaardigde belangen van de verhuurder.
 22. Mark van Heeren is werkzaam als advocaat bij Holland Van Gijzen advocaten en notarissen LLP te Eindhoven.