

## RVR 2010, 20: Is een huurder van kantoorruimte verplicht het gehuurde zelf te exploiteren indien de door haar aangewezen (en toegestane) onderhuurd...

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

<b>Instantie:</b>	Rechtbank Zutphen (Voorzieningenrechter)	<b>Datum:</b>	30 oktober 2009
<b>Magistraten:</b>	Mr. S.A.M. Vrendenburg-Elsbeek	<b>Zaaknr:</b>	107261 / KG ZA 09-349
<b>Conclusie:</b>	-	<b>LJN:</b>	BK3434
<b>Noot:</b>	-	<b>Roepnaam:</b>	-

**Wetgeving:** BW art. 3:296 lid 1

### Essentie

Huur. Kantoorruimte. Exploitatieverplichting.

Is een huurder van kantoorruimte verplicht het gehuurde zelf te exploiteren indien de door haar aangewezen (en toegestane) onderhuurder het gehuurde niet op dezelfde wijze zal exploiteren? Lijdt verhuurder schade door de voortijdige ontruiming van het gehuurde in een bedrijfsverzamelgebouw door een beeldbepalende huurder, indien de exploitatie door huurder in het verleden ook niet heeft kunnen bijdragen aan een grotere bezettingsgraad?

### Samenvatting

Huurster (Ernst & Young) heeft een huurovereenkomst gesloten met Eurocommerce voor de duur van 10 jaar, ingaande op 1 juni 2002 en eindigende op 31 mei 2012, voor de huur van bedrijfsruimte in een bedrijfsverzamelgebouw. Huurster is de grootste gebruiker van het gebouw. Het gehuurde is per 10 juni 2002 verkocht aan NSI waardoor NSI verhuurster is geworden. De huurovereenkomst voorziet niet in een tussentijdse opzegmogelijkheid. Wel is het huurster toegestaan het gehuurde (geheel of gedeeltelijk) onder te verhuren. Ingevolge de algemene bepalingen (ROZ) is huurster verplicht het gehuurde gedurende de gehele duur van de huurovereenkomst daadwerkelijk, behoorlijk en zelf te gebruiken overeenkomstig de in de huurovereenkomst aangegeven bestemming (zijnde kantoorruimte).

Huurster heeft elders andere bedrijfsruimte gehuurd van Eurocommerce en wenst het gehuurde voortijdig, per 1 september 2009, te verlaten. Huurster is voornemens de huurprijs door te blijven betalen en het gehuurde onder te verhuren aan Eurocommerce. Verhuurster is van mening dat Eurocommerce niet aan de exploitatieverplichting kan voldoen, omdat zij geen of weinig personeelsleden in dienst heeft en de bedrijfsruimte derhalve niet kan exploiteren op dezelfde wijze als huurster. Verhuurster stelt dat zij schade lijdt indien huurster het gehuurde voortijdig verlaat en vordert nakoming van de contractuele exploitatieverplichting van huurster. De schade van verhuurster bestaat volgens huurster uit beleggingschade, aantasting goodwill van het gebouw, alsmede uit nadeel doordat zittende huurders zullen vertrekken, potentiële huurders niet zullen aanhuren en mogelijke kopers niet zullen kopen. Verhuurster stelt dat het voor het bedrijfsverzamelgebouw van belang is dat er een kwalitatief goede (beeldbepalende) huurster in het pand zit. Huurster daarentegen is van oordeel dat het bedrijfsverzamelgebouw reeds een zwakke reputatie heeft en geeft aan dat het pand sinds 2002 voor bijna 30% nooit verhuurd is geweest. Daarnaast geeft huurster aan dat de waarde en de goodwill van het gebouw al zijn gedaald door de discussie over het niet verlengen van de huur na 1 juni 2012. Huurster betwist dat het voortijdig verlaten van het gebouw een extra negatieve factor is. Partijen onderbouwen beiden hun standpunten met deskundigenrapporten. De zaak wordt, na behandeling door de voorzieningenrechter van de rechtbank Zutphen 1 april 2008, *LJN BC8393* voorgelegd aan het hof Arnhem.

Het hof (29 september 2009 (niet gepubliceerd) is van oordeel dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat Eurocommerce zal tekortschieten in de verplichting het gehuurde daadwerkelijk te gebruiken. De verhuur van kantoorruimte is de core-business van Eurocommerce zodat, aldus het hof, niet vaststaat dat Eurocommerce het gehuurde niet zal kunnen (laten) bezetten en huurster tekort zal schieten in de nakoming van haar

exploitatieverplichting. Daarnaast acht het hof het onvoldoende aannemelijk dat verhuurster (aanzienlijke) schade lijdt door dat het gehuurde niet (volledig) in gebruik is. Het hof acht daarbij van belang dat het pand al sinds 2002 voor een groot deel leeg staat en dat huurster derhalve ook in het verleden onvoldoende attractief is gebleken. Het hof wijst de gevraagde voorzieningen af.

Verhuurster stelt bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Zutphen dat er sprake is van nieuwe feiten en omstandigheden, namelijk dat huurster haar voornemen om het gehuurde te verlaten daadwerkelijk aan het uitvoeren is en zij geen huurder, onderhuurder of gebruiker heeft gevonden die haar positie in het gehuurde kan vervangen die het gehuurde geheel in gebruik kan nemen.

Voorzieningenrechter: Het is huurster op grond van de huurovereenkomst toegestaan om een derde voor te stellen die als onderhuurder/gebruiker zal optreden. Huurster heeft ter zitting verklaard dat zij op zeer korte termijn (2 november 2009) zal verhuizen naar haar nieuwe onderkomen en dat zij noch Eurocommerce een nieuwe (onder)huurder of gebruiker voor het gehuurde heeft aangedragen of op korte termijn zal aandragen. Dit betreft een nieuwe omstandigheid waarmee het hof geen rekening heeft kunnen houden. Daarnaast heeft het hof geen rekening kunnen houden met het feit dat huurster het onderhoudscontract met verhuurster voor de klimaat- en gebouwinstallaties en de beveiliging van het gebouw heeft stopgezet per 2 november 2009. Nu ook het hof van oordeel is dat na het vertrek van huurster een exploitatieverplichting van het gehuurde blijft bestaan en thans is komen vast te staan dat de exploitatie na het vertrek vooralsnog niet zal plaatsvinden, staat daarmee vast dat huurster tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen uit de huurovereenkomst. Huurster heeft daarom, gelet op het bepaalde in art. 3:296 lid 1 BW recht op nakoming van de overeenkomst. De beoordeling spitst zich vervolgens toe op de vraag of verhuurster belang bij nakoming heeft.

Verhuurster heeft in het kader van dit kort geding verschillende argumenten aangevoerd op grond waarvan zij van oordeel is dat leegstand zal leiden tot een aanzienlijk moeilijker wederverhuursituatie en dat zij bij vertrek van huurster met een aanzienlijk extra leegstandsprobleem wordt geconfronteerd. Op grond van deze nieuwe omstandigheden acht de voorzieningenrechter het aannemelijk dat verhuurster nadeel zal lijden door het reeds leegstaan van het gehuurde, te meer omdat huurster de grootste en beeldbepalende huurster van het gebouw is. Voorts overweegt de voorzieningenrechter dat het onvoldoende aannemelijk is geworden dat het in de gegeven omstandigheden onredelijk zou zijn om huurster aan haar gebruiksverplichting te houden, te meer nu huurster niet genoegzaam heeft onderbouwd dat zij zich maximaal heeft ingespannen om een nieuwe (onder)huurder of gebruiker voor het gehuurde te vinden.

Dat huurster in verband met de ontwikkelingen in de branche en het beschermen van haar rentabiliteit belang heeft bij haar vertrek uit het gehuurde kan niet tot de conclusie leiden dat zij niet aan haar gebruiksverplichting kan worden gehouden. Het belang van verhuurster bij het in gebruik blijven van het gehuurde dient te prevaleren boven het belang van huurster om het gehuurde voortijdig te verlaten. Huurster dient de gehuurde ruimten in gebruik te (laten) houden met gelijke bezetting als waarop zij dat voor haar in gang gezette verhuizing deed, waarbij opgemerkt wordt dat indien een (onder)huurder of gebruiker bij een eventueel vertrek van huurster het gehuurde direct aansluitend gaat gebruiken zonder dat daarbij leegstand ontstaat, huurster aan haar verplichtingen voldoet.

## Zie ook

---

### Zie ook:

- Voorzieningenrechter Rb. Arnhem 24 november 2008, *RVR* 2009, 18.
- Voorzieningenrechter Rb. Breda, sector kanton, 31 oktober 2007, *WR* 2008/21;
- Rb. Amsterdam, sector kanton, 24 februari 2006 (rolnr. 06-134), 30 maart 2006 (rolnr. 234 KK 065) (beiden niet gepubliceerd);
- Rb. Amsterdam, sector kanton, 24 maart 2005, KK 05-215 (niet gepubliceerd);
- *WR* 2008/21 Exploitatieverplichting door mr. A. de Fouw, *Vastgoedrecht* 2006-4, blz. 90-92;
- De exploitatieverplichting van de huurder nader beschouwd door mr. A.H.J. Bogaards, *TvHB*, 2007-4 blz. 116-119;
- De exploitatieverplichting van de huurder van bedrijfsruimte, *TvHB* 2005-3, blz. 81-85.

### Zie anders:

- HR 23 december 2005, *WR* 2006, 26;
- HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 641;

- HR 21 mei 1976, *NJ* 1977, 73;
- Hof Amsterdam 7 april 2005, *WR* 2006, 43 (hoger beroep van Rb. Amsterdam, sector kanton 24 maart 2005, KK 05-215);
- Hof Amsterdam 7 april 2005, *WR* 2006, 26;
- Rb.'s-Hertogenbosch, sector kanton, 18 november 2009, *LJNBK3768*;
- Voorzieningenrechter Rb. Groningen 21 maart 2002, *KG* 2002/109;
- Rb. Rotterdam 5 februari 2002, rolnr. 168700/KG ZA 01-1507 *Laurus/Van Nelle* (niet gepubliceerd).

## Wenk

### Wenk:

Verhuurders stellen vaak dat zij belang hebben bij de feitelijke exploitatie van het gehuurde en dat zij schade lijden indien het gehuurde leeg staat (ook al worden de huurpenningen doorbetaald). De meeste jurisprudentie over de exploitatieplicht van bedrijfsruimte heeft betrekking op winkelruimte; voor de overige (7:230a BW) bedrijfsruimte (waaronder kantoorruimte) bestaat er weinig jurisprudentie over de vraag of een huurder een exploitatieplicht heeft. Op grond van art. 7:213 BW is een van de hoofdverplichtingen van een huurder het gehuurde als een goed huurder te gebruiken. Daarnaast bepaalt art. 7:214 BW dat dit gebruik overeenkomstig het contract of de aard van de zaak dient te zijn. Deze artikelen bevatten echter geen algemene verplichting op grond waarvan de huurder verplicht is het gehuurde te exploiteren (zie ook conclusie A-G bij HR 23 december 2005, *WR* 2006, 26). Wel kan ingevolge de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II* 1987/98, 26 098, nr. 3) op art. 7:213 BW een exploitatieverplichting uit dit artikel voortvloeien, in het bijzonder wanneer de waarde van de zaak bij niet gebruik achteruit gaat. Dit is met name het geval bij winkelruimte. Van belang is dat de verhuurder zijn schade met zoveel mogelijk stukken onderbouwt. Hij dient derhalve aan te tonen dat het pand bij leegstand in waarde zal dalen en dat het van belang is dat juist deze huurder in het gehuurde blijft (bijvoorbeeld omdat hij de grootste en beeldbepalende huurder van het gebouw is).

Daarnaast vloeit een verplichting tot gebruik van het gehuurde in veel gevallen voort uit de huurovereenkomsten zelf, omdat in de meeste modelhuurovereenkomsten een exploitatieverplichting is opgenomen. Zo bepaalt art. 6.1 van de algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte 2003 van de ROZ het volgende: 'Huurder zal het gehuurde — gedurende de gehele duur van de huurovereenkomst — daadwerkelijk, geheel, behoorlijk en zelf gebruiken uitsluitend overeenkomstig de in de huurovereenkomst aangegeven bestemming.' In de jurisprudentie is het uitgangspunt dat indien een exploitatieverplichting is opgenomen in de huurovereenkomst, de huurder deze verplichting dient na te komen. Deze uitspraken bevestigen deze jurisprudentie. Huurder voldoet niet aan haar exploitatieverplichting, indien hij slechts de indruk wekt dat het gehuurde in gebruik is door bijvoorbeeld een beveiliging actief te houden, de receptie te bemannen dan wel een beperkt aantal werknemers/personen in het gehuurde actief te laten zijn; het gehuurde dient volgens de rechtbank in gebruik te blijven met een gelijke bezetting. Dat dit onder omstandigheden anders kan zijn, blijkt uit een recente uitspraak van de kantonrechter te 's-Hertogenbosch 18 november 2009, *LJNBK3768*.

Van de contractuele exploitatieverplichting kan slechts in geval van bijzondere omstandigheden worden afgeweken, bijvoorbeeld indien nakoming van de exploitatieverplichting feitelijk onmogelijk is, dan wel ingeval de huurder slechts kan nakomen door het brengen van offers die in redelijkheid niet van haar gevergd kunnen worden (zie bijv. Rb. Rotterdam 5 februari 2002, rolnr. 168700/KG ZA 01-1507 *Laurus/Van Nelle* (niet gepubliceerd) en Hof Amsterdam 7 april 2005, *WR* 2006, 26). Het lijden van verlies is op zichzelf nog niet voldoende om de huurder van zijn exploitatieverplichting te ontheffen. Tegenvallende omzetten behoren tot het ondernemersrisico van de huurder en kunnen niet worden afgewenteld op de verhuurder. Dat de huurder in verband met de ontwikkelingen in de branche en het beschermen van zijn rentabiliteit belang heeft bij zijn vertrek uit het gehuurde kan niet tot de conclusie leiden dat hij niet aan zijn gebruiksverplichting kan worden gehouden, aldus de rechtbank in deze zaak. Het belang van de verhuurder bij het in gebruik blijven van het gehuurde dient te prevaleren boven het belang van de huurder om het gehuurde voortijdig te verlaten. Als een tekortkoming in de nakoming van de exploitatieverplichting niet aan de huurder kan worden toegerekend, kan de verhuurder de nakoming niet verlangen (zie art. 6:75 BW). Verhuurder heeft dan mogelijk wel recht op schadevergoeding. (zie HR 21 mei 1976, *NJ* 1977, 73 en HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 641).

Omdat het huurster in deze uitspraken was toegestaan het gehuurde onder te verhuren aan een derde, kan zij

onder haar eigen exploitatieverplichting uit komen indien zij een derde bereid vindt het gehuurde te gebruiken. Van belang is dan echter wel dat deze derde het gehuurde op dezelfde wijze exploiteert als dat de huurder deed. Met andere woorden, zowel de bestemming als de bezettingsgraad dienen gelijk te zijn. Daarnaast dient de huurder erop bedacht te zijn dat indien de onderhuurder om wat voor reden dan ook het gehuurde voor het einde van de huurovereenkomst verlaat, hijzelf dan wel een ander het gehuurde dient te gebruiken. De exploitatieverplichting blijft immers bestaan.

Opmerkelijk is dat het hof en de voorzieningenrechter een andere mening hebben over de vraag of fysieke leegstand schade veroorzaakt. Het hof is van oordeel dat er geen extra negatief effect uit gaat van de fysieke ontruiming door huurster. Volgens het hof was het leed al geleden met de publieke aankondiging van huurster dat zij het gehuurde zal verlaten.

De voorzieningenrechter daarentegen acht het wel aannemelijk dat verhuurster nadeel zal lijden door het fysiek verlaten van het pand door huurster. Van belang acht de voorzieningenrechter daarbij dat huurster de grootste en beeldbepalende huurster van het gebouw is. Dit oordeel van de voorzieningenrechter is opmerkelijk. Zij lijkt voorbij te gaan aan hetgeen het hof heeft (vast)gesteld, namelijk dat de (beeldbepalende) huurster ook in het verleden niet of onvoldoende heeft bijgedragen aan een goede bezettingsgraad van het bedrijfsverzamelgebouw. Het gebouw staat al van meet af aan voor een groot deel leeg; huurster heeft daar geen verandering in kunnen aanbrengen. Tot slot wordt opgemerkt dat het hof Arnhem oordeelde dat onderonderhuur door de onderhuurder toegestaan was op grond van art. 7:221 BW, omdat dit niet expliciet was uitgesloten in de huurovereenkomst. Om wildgroei tegen te gaan, verdient het aanbeveling om in de huurovereenkomst waarin onderhuur wordt toegestaan c.q. niet wordt uitgesloten, expliciet onderonderhuur door de onderverhuurder uit te sluiten.

Partijen hebben ondertussen de zaak geschikt en de nog lopende juridische procedures ingetrokken.

---

## Partij(en)

NSI Kantoren BV, te Hoorn, eiseres, adv. mr. A.D. Flesseman en mr. F.T.A. Hendriks te Amsterdam, tegen

De maatschap Ernst & Young Accountants, te Rotterdam, gedaagde, adv. mr. M. van Heeren te Eindhoven.

---

## Uitspraak

### Voorzieningenrechter:

#### 1. De procedure

(...)

#### 2. De feiten

**2.1.** Ernst & Young en Eurocommerce Robex Groep BV hebben op respectievelijk 11 en 12 januari 2002 een overeenkomst (hierna: de huurovereenkomst) gesloten op grond waarvan Ernst & Young met ingang van 1 juni 2002 een deel — circa 33% — van de kantoorruimte in La Tour, ook wel genoemd 'de Ernst & Young Tower', aan de Boogschutterstraat 1a te Apeldoorn met 175 parkeerplaatsen huurt van Eurocommerce Robex Groep BV. De huurtermijn bedraagt 10 jaar en loopt derhalve in elk geval tot en met 31 mei 2012.

**2.2.** In de huurovereenkomst is onder meer het volgende bepaald:

'(...)

**1.2** Het gehuurde mag uitsluitend worden gebruikt als kantoorruimte. In afwijking van het bepaalde in art. 3.1 van de Algemene Bepalingen van deze overeenkomst zijn partijen overeengekomen dat huurder het gehuurde geheel of gedeeltelijk in huur, onderhuur of gebruik mag afstaan aan derden.

**1.3** Het is huurder niet toegestaan zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van verhuurder een andere bestemming aan het gehuurde te geven dan omschreven in 1.2. (...)'

In de Algemene Bepalingen behorende bij de huurovereenkomst is onder meer bepaald:

'(...)

2.1 Huurder dient het gehuurde — gedurende de gehele duur van de overeenkomst — daadwerkelijk, behoorlijk en zelf te gebruiken uitsluitend overeenkomstig de in de huurovereenkomst aangegeven bestemming. (...) Tevens dient hij het gehuurde te voorzien en voorzien te houden van voldoende inrichting en inventaris.

(...)'

2.3. Bij notariële akte van 10 juni 2002 is La Tour door Eurocommerce in eigendom overgedragen aan NSI.

2.4. Ernst & Young is voornemens op korte termijn te vertrekken uit het gehuurde in Apeldoorn en zich te vestigen in een door Eurocommerce ontwikkeld kantorencomplex 'La Diligence' te Zwolle.

2.5. Bij vonnis in kort geding van 1 april 2008 (hierna: het vonnis) heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank in een door NSI jegens Ernst & Young geëntameerde procedure — waarin NSI onder meer vorderde het in gebruik houden van het gehuurde door Ernst & Young — onder meer het volgende overwogen en beslist:

'(...)

#### 4.De beoordeling

4.1. Niet in geschil is dat de huurovereenkomst tussen NSI en Ernst & Young in elk geval voortduurt tot 31 mei 2012 en dat Ernst & Young op grond van de overeenkomst geen mogelijkheden heeft de overeenkomst voortijdig op te zeggen. Evenmin is tussen partijen in geschil dat op grond van art. 2.1 van de Algemene Bepalingen van de huurovereenkomst een gebruiksverplichting voor de huurder geldt op grond waarvan de huurder het gehuurde daadwerkelijk, behoorlijk en zelf dient te gebruiken overeenkomstig de in de huurovereenkomst aangegeven bestemming.

4.2. Ernst & Young heeft verklaard dat zij inmiddels overeenstemming heeft bereikt met Eurocommerce over het gaan huren van kantoorruimte in Zwolle. De opleveringsdatum van dit nieuw te bouwen kantoor staat gepland per 1 september 2009. Tegen die datum zal er dus een einde komen aan het gebruik door Ernst & Young van de door haar in het pand van NSI gehuurde ruimte. Gelet op de huurovereenkomst is dit slechts toegestaan indien Ernst & Young het gehuurde geheel of gedeeltelijk in huur, onderhuur of gebruik geeft aan een derde, die het gehuurde ook daadwerkelijk, behoorlijk en zelf zal gaan gebruiken overeenkomstig de in de huurovereenkomst aangegeven bestemming. Partijen zijn het daar ook over eens. Anders dan Ernst & Young meent is voor een dergelijk gebruik echter thans geen voorziening getroffen. Voor zover Ernst & Young zich beroept op de onder 2.9 opgenomen verklaring van Eurocommerce, gaat dit beroep niet op. NSI heeft immers — onder overlegging van een uittreksel uit het handelsregister — aangevoerd dat Eurocommerce geen personeelsleden in dienst heeft, zodat zij niet in staat zal zijn de bij Ernst & Young in gebruik zijnde ruimte, waar circa 175 personeelsleden werkzaam zijn, ook daadwerkelijk zelf in gebruik te nemen. Onder deze omstandigheden zal het door Ernst & Young uitgesproken voornemen leiden tot een tekortschieten in de nakoming van haar verplichtingen uit de met NSI gesloten huurovereenkomst. Weliswaar zal dit tekortschieten zich feitelijk eerst realiseren per 1 september 2009, dit neemt niet weg dat NSI reeds thans een spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening, aangezien zij zich er terecht op beroept niet voor onomkeerbare gevolgen gesteld te willen worden en aannemelijk is dat de publieke aankondiging van het aanstaande vertrek van de grootste en ook beeldbepalende huurder reeds thans een negatieve invloed heeft op de beleggingswaarde van het pand. De vordering tot veroordeling tot nakoming van de huurovereenkomst is dan ook toewijsbaar

(...).

(...)

#### 5.De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt Ernst & Young de door haar gehuurde bedrijfsruimte in de Ernst & Young Tower, aan de Boogschutterstraat 1a te Apeldoorn, in haar geheel in gebruik te houden conform art. 1.2 van de huurovereenkomst en art. 2.1 van de daarvan deelvormende Algemene Bepalingen en verbiedt Ernst & Young haar bedrijfsactiviteiten, zoals deze thans in de door haar gehuurde bedrijfsruimte aan de Boogschutterstraat 1a te Apeldoorn plaatsvinden, (voortijdig) in het geheel of gedeeltelijk te verplaatsen naar een andere locatie, totdat zij conform het bepaalde in art. 1.2 van de huurovereenkomst de gehuurde bedrijfsruimte, direct aansluitend aan haar vertrek en zonder daarbij leegstand in het gehuurde te laten ontstaan, geheel of gedeeltelijk in huur, onderhuur of gebruik heeft gegeven aan (een) derde(n);  
(...)'

2.6. Ernst & Young heeft tegen het vonnis hoger beroep ingesteld. Het gerechtshof heeft bij arrest van 29 september 2009 het vonnis vernietigd en daarbij onder meer het volgende overwogen:

'(...)

4.8 Art. 1.2 van de huurovereenkomst stelt geen nadere voorwaarden ten aanzien van de onderhuurder. Het hof deelt dan ook het oordeel van de voorzieningenrechter dat de huurovereenkomst geen ruimte biedt voor het stellen van eisen aan de kwaliteit of de statuur van een eventuele onderhuurder of gebruiken; in zoverre faalt de incidentele grief en dient de eis van NSI (...) te worden afgewezen. Het is Ernst & Young om die reden in beginsel toegestaan om het gehuurde aan Eurocommerce — onder dezelfde voorwaarden als waaronder Ernst & Young van NSI huurt — onder te verhuren. Anders dan de voorzieningenrechter is het hof van oordeel dat er op dit moment onvoldoende grond is om aan te nemen dat Eurocommerce zal tekortschieten in de verplichting het gehuurde daadwerkelijk te gebruiken. (...)

4.10 Naast de omstandigheid dat er voorshands onvoldoende grond is om aan te nemen dat Ernst & Young in de nakoming van de huurovereenkomst zal tekortschieten, acht het hof ook onvoldoende aannemelijk dat NSI, zoals zij heeft gesteld, (aanzienlijke) schade lijdt doordat het gehuurde (al dan niet tijdelijk gedurende de periode dat Ernst & Young aan het vertrekken is) niet (volledig) in gebruik is. (...)

4.16 Nu voorshands onvoldoende grond bestaat om aan te nemen dat Ernst & Young niet zal voldoen aan haar verplichting uit de huurovereenkomst om het gehuurde daadwerkelijk te (al dan niet door derden te laten) gebruiken en onvoldoende aannemelijk is dat NSI door een mindere bezetting of leegstand van het gehuurde (grote) schade lijdt, ziet het hof geen aanleiding om de gevraagde voorzieningen toe te wijzen op de grond dat er geen zekerheid bestaat dat Ernst & Young (volledig) aan haar verplichtingen uit de huurovereenkomst zal voldoen om het gehuurde daadwerkelijk te (laten) gebruiken.  
(...)'

2.7. Bij dagvaarding van 21 oktober 2009 heeft NSI een bodemprocedure aanhangig gemaakt en een nakomingsvordering ingesteld.

### 3. Het geschil

3.1. NSI vordert — na wijziging van eis — dat de voorzieningenrechter bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

- a. Ernst & Young zal veroordelen om de tussen partijen vigerende huurovereenkomst en daarvan deelvormende Algemene Bepalingen volledig en stipt na te komen, daaronder begrepen, doch niet uitsluitend, haar verplichtingen om:
  - de geldende huurprijs en servicekosten stipt en volledig na te (blijven) komen (ex artt. 4 en 9 van de huurovereenkomst);
  - het gehuurde uitsluitend te (laten) gebruiken als kantoorruimte zoals een goed huurder betaamt (ex art. 1.2 van de huurovereenkomst en art. 7:213 BW);
  - het gehuurde te voorzien en voorzien te houden van voldoende inrichting en inventaris (ex art. 2.1 van de Algemene Bepalingen);
  - de mondelinge en schriftelijke aanwijzingen door of namens verhuurder gegeven in het

belang van een behoorlijk gebruik van het gehuurde en van de binnen- en buitenruimten, installaties en voorzieningen van het gebouw in acht te nemen, waartoe ook de aanwijzingen met betrekking tot het onderhoud, aanzien, geluidsniveau, orde, brandveiligheid, parkeergedrag en het goed functioneren van de installaties respectievelijk het gebouw of complex waarvan het gehuurde deel uitmaakt (ex art. 2.2 van de Algemene Bepalingen);

- zorg te dragen voor al het huurdersgerelateerde onderhoud, herstel en vernieuwingen (ex art. 9.2.1 van de Algemene Bepalingen);

en Ernst & Young zal gebieden de door haar gehuurde bedrijfsruimte aan de Boogschutterstraat 1 a te Apeldoorn in haar geheel in gebruik te houden conform art. 1.2 van de huurovereenkomst en art. 2.1 van de daarvan deelluitmakende Algemene Bepalingen en verbiedt Ernst & Young haar bedrijfsactiviteiten, zoals deze thans in de door haar gehuurde bedrijfsruimte plaatsvinden, (voortijdig) in het geheel of gedeeltelijk te verplaatsen naar een andere locatie in den lande, in ieder geval totdat:

- de huurovereenkomst conform huurcontract rechtsgeldig is beëindigd tegen ultimo 31 mei 2012; of
- zij conform het bepaalde in art. 1.2 van de huurovereenkomst de gehuurde bedrijfsruimte, direct aansluitend aan haar vertrek en zonder daarbij leegstand in het gehuurde te laten ontstaan, geheel, althans grotendeels in huur, onderhuur of gebruik heeft gegeven aan (een) derde(n); of
- de rechter in de bodemprocedure bij onherroepelijk vonnis een oordeel heeft gegeven over de al dan niet gebondenheid van Ernst & Young aan de in de huurovereenkomst en Algemene Bepalingen opgenomen gebruiksverplichting;

één en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom ter hoogte van € 100.000, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, per dag of gedeelte daarvan dat Ernst & Young met deze veroordeling in gebreke blijft;

- b.** Ernst & Young zal gebieden, voor zover blijkt dat zij niet voldoet c.q. niet heeft voldaan aan het onder 2.1. en 2.2. bepaalde, alle verplichtingen uit de huurovereenkomst en de Algemene Bepalingen te hervatten en hervat te houden tot ultimo 31 mei 2012, althans, voor zover het de gebruiksverplichting betreft, totdat:

- zij conform het bepaalde in art. 1.2 van de huurovereenkomst de gehuurde bedrijfsruimte, direct aansluitend aan haar vertrek en zonder daarbij leegstand in het gehuurde te laten ontstaan, geheel, althans grotendeels in huur, onderhuur of gebruik heeft gegeven aan (een) derde(n); of
- de rechter in de bodemprocedure bij onherroepelijk vonnis een oordeel heeft gegeven over de al dan niet gebondenheid van Ernst & Young aan de in de huurovereenkomst en Algemene Bepalingen opgenomen gebruiksverplichting;

één en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom ter hoogte van € 100.000, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, per dag of gedeelte daarvan dat Ernst & Young met deze veroordeling in gebreke blijft;

- c.** Ernst & Young zal veroordelen om de tussen partijen vigerende huurovereenkomsten daarvan deelluitmakende Algemene Bepalingen, met uitzondering van de daarin (voor haar) opgenomen gebruiksverplichting, volledig en stipt na te komen, daaronder begrepen, doch niet uitsluitend, haar verplichtingen om:

- de tussen partijen geldende huurprijs en servicekosten stipt en volledig na te (blijven) komen (ex artt. 4 en 9 van de huurovereenkomst);
- het gehuurde uitsluitend te (laten) gebruiken als kantoorruimte (ex art. 1.2 van de huurovereenkomst en art. 7:213 BW);
- het gehuurde te voorzien en voorzien te houden van voldoende inrichting en inventaris (ex art. 2.1 van de Algemene Bepalingen);
- de mondelinge en schriftelijke aanwijzingen door of namens verhuurder gegeven in het belang van een behoorlijk gebruik van het gehuurde en van de binnen- en buitenruimten, installaties en voorzieningen van het gebouw in acht te nemen, waartoe ook de aanwijzingen met betrekking tot het onderhoud, aanzien, geluidsniveau, orde, brandveiligheid,

parkeergedrag en het goed functioneren van de installaties respectievelijk het gebouw of complex waarvan het gehuurde deel uitmaakt (ex art. 2.2 van de Algemene Bepalingen);

- zorg te dragen voor al het huurdersgerelateerde onderhoud, herstel en vernieuwingen (ex art. 9.2.1 van de Algemene Bepalingen);

één en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom ter hoogte van € 25.000, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, per dag of gedeelte daarvan dat Ernst & Young met deze veroordeling in gebreke blijft;

d. Ernst & Young zal veroordelen in de kosten van deze procedure.

- 3.2.** NSI heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat er sprake van nieuwe feiten en omstandigheden, waarop het hof ten tijde van het gewezen arrest onmogelijk kon participeren. NSI stelt dat als nieuw feit te gelden heeft dat thans vast staat dat Ernst & Young tekort schiet dan wel tekort zal schieten in de nakoming van haar verplichtingen uit de huurovereenkomst, nu zij haar voornemen om naar Zwolle te verhuizen daadwerkelijk aan het uitvoeren is en zij geen huurder, onderhuurder of gebruiker heeft gevonden die haar positie in het gehuurde kan vervangen en die het gehuurde in gebruik kan nemen.

NSI heeft verder aangevoerd dat Ernst & Young het onderhoudscontract voor de klimaat- en gebouwinstallaties heeft opgezegd en de beveiliging de opdracht gegeven de beveiliging van het gehuurde stop te zetten.

Voorts heeft NSI aangevoerd dat het oordeel van het hof dat niet aannemelijk is dat NSI door leegstand nadeel zal ondervinden onjuist is, aangezien zowel de rechtspraak, rechtsliteratuur en deskundigen het als feit van algemene bekendheid beschouwen dat leegstand een negatieve invloed heeft op de beleggingswaarde van het gebouw en zorgt voor een moeilijker wederverhuursituatie.

Ook hierbij zijn volgens NSI nieuwe feiten aan de orde waarop het hof onmogelijk kon anticiperen, namelijk een aanzienlijke verslechtering in de kantorenmarkt sinds begin 2009, een vermindering van de opnamecapaciteit van kantoorruimte, het reeds gedurende twee jaar nalaten door Ernst & Young van het vinden van een opvolgend (onder)huurder of gebruiker, de verklaringen van [getuigen A] en [getuigen B] dat juist in deze markt het essentieel is het gehuurde bezet te houden en dat leegstand zal leiden tot een aanzienlijk moeilijker wederverhuursituatie, en NSI bij vertrek van Ernst & Young met een aanzienlijk extra leegstandsprobleem wordt geconfronteerd en nadeel onafwendbaar is.

- 3.3.** Ernst & Young voert verweer. Zij heeft gesteld dat NSI in de onderhavige procedure niets nieuws stelt of overlegt ten opzichte van de procedure bij het hof.

Ernst & Young heeft aangevoerd dat het hof in haar arrest met twee hoofdoverwegingen dezelfde vorderingen als thans door NSI gevorderd volledig heeft afgewezen. Volgens Ernst & Young moet worden aangenomen dat het hof haar tweede overweging, betreffende het oordeel dat onvoldoende aannemelijk is dat NSI (aanzienlijke) schade zal lijden doordat het gehuurde niet (volledig) in gebruik is, gezien de zeer uitvoerige behandeling en motivering, van groot belang acht, mede gelet op de in kort geding vereiste belangenafweging. Ernst & Young heeft aangevoerd dat NSI onvoldoende belang heeft bij haar vordering, aangezien NSI in het geval dat Ernst & Young eerder dan tegen het einde van de lopende huurtermijn vertrekt geen extra schade zal lijden ten opzichte van de situatie dat Ernst & Young aankondigt dat zij de huurovereenkomst tegen het einde van de lopende termijn zal opzeggen. Een vroegtijdig vertrek uit het gehuurde zal volgens Ernst & Young geen extra schade of nadeel voor NSI met zich meebrengen.

Ernst & Young heeft subsidiair aangevoerd dat indien er al een exploitatieverplichting op haar zou rusten, dit niet inhoudt dat zij alle gehuurde verdiepingen van het gebouw in gebruik moet (laten) houden en dat dit gebruik niet met hetzelfde aantal personen hoeft te zijn. Tevens stelt Ernst & Young dat haar dan nog een redelijke termijn gegund moet worden waarbinnen zij voor een invulling van het gehuurde dient te zorgen. Voorts heeft Ernst & Young de hoogte van de gevorderde dwangsom betwist.

#### **4. De beoordeling**

- 4.1.** Het hof heeft in zijn arrest voorop gesteld dat NSI een spoedeisend belang heeft bij haar vordering om niet voor voldongen feiten te komen staan, niet geconfronteerd te worden met onomkeerbare gevolgen alsmede mogelijke beleggingsschade te voorkomen.

Niet in geschil is dat op grond van art. 2.1 van de Algemene Bepalingen behorende bij de



huurovereenkomst een gebruiksverplichting voor de huurder geldt. In samenhang met art. 1.2 van de huurovereenkomst komt het er in dit geval op neer dat het Ernst & Young is toegestaan om, als zichzelf niet meer van het gehuurde gebruik wenst te maken, een derde voor te stellen die als onderhuurder/gebruiker zal optreden. Ernst & Young heeft als zodanig Eurocommerce aangewezen. Het hof heeft geoordeeld dat het Ernst & Young in beginsel is toegestaan om het gehuurde, onder dezelfde voorwaarden als waaronder zichzelf huurt, aan Eurocommerce onder te verhuren. Het hof heeft vervolgens overwogen dat Eurocommerce weliswaar een projectontwikkelaar is en zelf geen dan wel niet veel personeelsleden in dienst heeft [zodat zij niet aan de gebruiksverplichting zal kunnen voldoen, aanvulling voorzieningenrechter.], maar dat voor Eurocommerce de verhuur van kantoorruimte core-business is, zodat niet vast is komen te staan dat Eurocommerce het gehuurde niet zal kunnen (laten) bezetten, waartoe zij wel de bevoegdheid heeft, aldus het hof.

- 4.2. Ernst & Young heeft ter zitting verklaard dat haar verhuizing naar Zwolle op zeer korte termijn (voor 2 november 2009) zal plaatsvinden en dat zij noch Eurocommerce een nieuwe (onder)huurder of gebruiker voor het gehuurde heeft aangedragen of op korte termijn zal aandragen. Dit betreft een nieuwe omstandigheid die zich na het wijzen van het arrest van het hof heeft gerealiseerd en waarmee het hof geen rekening heeft kunnen houden. Daarnaast heeft Ernst & Young het onderhoudscontract met NSI voor de klimaat- en gebouwinstallaties opgezegd en de medewerkers van het beveiligingsbedrijf en het baliepersoneel meegedeeld dat zij de werkzaamheden vanaf 2 november 2009 niet meer behoeven uit te voeren. Ook met deze nieuwe feiten heeft het hof geen rekening kunnen houden.
- 4.3. Nu ook het hof van oordeel is dat na het vertrek van Ernst & Young een exploitatieverplichting van het gehuurde blijft bestaan en thans is vast komen te staan dat de exploitatie na het vertrek vooralsnog niet zal plaatsvinden, staat daarmee vast dat Ernst & Young tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen uit de huurovereenkomst. NSI heeft daarom, gelet op het bepaalde in art. 3:296 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek, recht op nakoming van de overeenkomst, tenzij uit de wet, uit de aard van de verplichting of uit een rechtshandeling anders voortvloeit. Gelet op het debat tussen partijen spitst de beoordeling zich toe op de vraag of NSI een rechtens te respecteren belang bij nakoming heeft.
- 4.4. Naast de overweging dat ten tijde van het wijzen van het arrest onvoldoende grond bestond voor de aanname dat Ernst & Young niet zou voldoen aan de verplichting uit de huurovereenkomst om het gehuurde daadwerkelijk al dan niet door derden te laten gebruiken, heeft het hof de stelling van Ernst & Young dat NSI onvoldoende belang heeft bij haar vordering gehonoreerd en geoordeeld dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat NSI door een mindere bezetting of leegstand van het gehuurde (grote) schade lijdt.
- 4.5. NSI heeft in het kader van dit kort geding aangevoerd dat vanaf het begin van het jaar een aanzienlijke verslechtering in de kantorenmarkt waarneembaar is, dat de opnamecapaciteit van kantoorruimte sinds april 2009 radicaal verminderd is, dat zowel [getuigen A] als [getuigen B] verklaren dat juist in deze negatieve markt het essentieel is het gehuurde bezet te houden, dat leegstand zal leiden tot een aanzienlijk moeilijker wederverhuursituatie en dat NSI bij vertrek van Ernst & Young met een aanzienlijk extra leegstandsprobleem wordt geconfronteerd en nadeel onafwendbaar is, zodat NSI thans al het belang heeft om te proberen vanuit een verhuurde staat de Ernst & Young Tower weder te verhuren. Op grond van deze nieuwe omstandigheden acht de voorzieningenrechter aannemelijk dat NSI nadeel zal lijden door het thans reeds leeg staan van het gehuurde, te meer omdat Ernst & Young de grootste en beeldbepalende huurder van het gebouw is.
- 4.6. Voor zover Ernst & Young heeft willen betogen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat zij aan de huurovereenkomst wordt gehouden dan wel na haar vertrek uit het gehuurde het gebruik dient te hervatten, wordt geoordeeld als volgt. Ernst & Young is reeds in 2007, zonder NSI daarvan uit eigen beweging op de hoogte te stellen, met Eurocommerce overeengekomen dat zij in 2009 haar intrek zou nemen in het toen nog te ontwikkelen kantorencomplex 'La Diligence' te Zwolle. Gedurende de daaropvolgende periode heeft Ernst & Young, noch Eurocommerce een andere gebruiker aangewezen die in haar plaats kan treden. Overleg daarover met NSI heeft (vrijwel) niet plaatsgevonden. Ook na het wijzen van het arrest heeft Ernst & Young geen duidelijkheid verschaft omtrent haar plannen en zelfs het onderhoudscontract en de beveiliging opgezegd. Dat het in de gegeven omstandigheden onredelijk zou zijn om Ernst & Young aan haar gebruiksverplichting te

houden, is onvoldoende aannemelijk geworden, te minder nu Ernst & Young niet genoegzaam heeft onderbouwd dat zij zich maximaal heeft ingespannen om een nieuwe (onder)huurder of gebruiker voor het gehuurde te vinden.

- 4.7. Dat Ernst & Young in verband met de ontwikkelingen in de branche en het beschermen van haar rentabiliteit belang heeft bij vertrek uit het gehuurde kan, alle voorgaande omstandigheden in aanmerking genomen, niet tot de conclusie leiden dat zij niet aan haar verplichtingen uit de overeenkomst kan worden gehouden. Op grond van al het voorgaande dient het belang van NSI bij het in gebruik blijven van het gehuurde te prevaleren boven het belang van Ernst & Young om het gehuurde vroegtijdig te verlaten. Ernst & Young dient dan ook haar gebruiksverplichting uit de overeenkomst na te komen.
- 4.8. Op grond van het vorenstaande is de vordering tot veroordeling van NSI om de huurovereenkomst na te komen toewijsbaar. Ernst & Young dient de gehuurde ruimten in gebruik te (laten) houden met gelijke bezetting als waarop zij dat voor haar in gang gezette verhuizing deed, waarbij opgemerkt wordt dat indien een (onder)huurder of gebruiker bij een eventueel vertrek van Ernst & Young het gehuurde direct aansluitend gaat gebruiken zonder dat daarbij leegstand ontstaat, Ernst & Young aan haar verplichtingen voldoet.
- 4.9. De te verbeuren dwangsommen zullen worden beperkt en hieraan zal een maximum worden gesteld. Dit laat uiteraard onverlet, dat bij voortgaande overtreding van dit vonnis oplegging van hogere dwangsommen kan worden gevorderd dan wel hernieuwde oplegging van dezelfde dwangsommen. Het bedrag van zowel de dwangsom als het maximum staat in een redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde prikkelende werking van de dwangsomoplegging.
- 4.10. Ernst & Young zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van NSI worden begroot op:
  - dagvaarding € 72,25
  - vast recht € 262
  - salaris advocaat € 816Totaal € 1.150,25

## 5. De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. veroordeelt Ernst & Young om de tussen partijen vigerende huurovereenkomst en daarvan deeluitmakende Algemene Bepalingen volledig en stipt na te komen, daaronder begrepen, doch niet uitsluitend, haar verplichtingen om:
  - de geldende huurprijs en servicekosten stipt en volledig na te (blijven) komen (ex artt. 4 en 9 van de huurovereenkomst);
  - het gehuurde uitsluitend te (laten) gebruiken als kantoorruimte zoals een goed huurder betaamt (ex art. 1.2 van de huurovereenkomst en art. 7:213 BW);
  - het gehuurde te voorzien en voorzien te houden van voldoende inrichting en inventaris (ex art. 2.1 van de Algemene Bepalingen);
  - de mondelinge en schriftelijke aanwijzingen door of namens verhuurder gegeven in het belang van een behoorlijk gebruik van het gehuurde en van de binnen- en buitenruimten, installaties en voorzieningen van het gebouw in acht te nemen, waartoe ook de aanwijzingen met betrekking tot het onderhoud, aanzien, geluidsniveau, orde, brandveiligheid, parkeergedrag en het goed functioneren van de installaties respectievelijk het gebouw of complex waarvan het gehuurde deel uitmaakt (ex art. 2.2 van de Algemene Bepalingen);
  - zorg te dragen voor al het huurdersgerelateerde onderhoud, herstel en vernieuwingen (ex art. 9.2.1 van de Algemene Bepalingen);
- 5.2. gebiedt Ernst & Young de door haar gehuurde bedrijfsruimte aan de Boogschutterstraat 1 a te Apeldoorn in haar geheel in gebruik te houden conform art. 1.2 van de huurovereenkomst en art. 2.1 van de daarvan deeluitmakende Algemene Bepalingen en verbiedt Ernst & Young haar bedrijfsactiviteiten, zoals deze thans in de door haar gehuurde bedrijfsruimte plaatsvinden, (voortijdig) in het geheel of gedeeltelijk te verplaatsen naar een andere locatie in den lande, in ieder geval totdat:
  - de huurovereenkomst conform huurcontract rechtsgeldig is beëindigd tegen ultimo 31 mei 2012;

- of
- zij conform het bepaalde in art. 1.2 van de huurovereenkomst de gehuurde bedrijfsruimte, direct aansluitend aan haar vertrek en zonder daarbij leegstand in het gehuurde te laten ontstaan, geheel, althans grotendeels in huur, onderhuur of gebruik heeft gegeven aan (een) derde(n); of
  - de rechter in de bodemprocedure bij onherroepelijk vonnis een oordeel heeft gegeven over de al dan niet gebondenheid van Ernst & Young aan de in de huurovereenkomst en Algemene Bepalingen opgenomen gebruiksverplichting;
- 5.3.** gebiedt Ernst & Young, voor zover blijkt dat zij niet voldoet c.q. niet heeft voldaan aan het onder 5.1. en 5.2. bepaalde, alle verplichtingen uit de huurovereenkomst en de Algemene Bepalingen te hervatten en hervat te houden tot ultimo 31 mei 2012, althans, voor zover het de gebruiksverplichting betreft, totdat:
- zij conform het bepaalde in art. 1.2 van de huurovereenkomst de gehuurde bedrijfsruimte, direct aansluitend aan haar vertrek en zonder daarbij leegstand in het gehuurde te laten ontstaan, geheel, althans grotendeels in huur, onderhuur of gebruik heeft gegeven aan (een) derde(n); of
  - de rechter in de bodemprocedure bij onherroepelijk vonnis een oordeel heeft gegeven over de al dan niet gebondenheid van Ernst & Young aan de in de huurovereenkomst en Algemene Bepalingen opgenomen gebruiksverplichting;
- 5.4.** bepaalt dat Ernst & Young voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij in strijd handelt met het onder 5.1., 5.2. of 5.3. bepaalde, aan NSI een dwangsom verbeurt van € 15.000;
- 5.5.** bepaalt het maximum van de uit hoofde van dit vonnis te verbeuren dwangsommen op een bedrag van € 1.000.000;
- 5.6.** veroordeelt Ernst & Young in de proceskosten, aan de zijde van NSI tot op heden begroot op € 1.150,25;
- 5.7.** verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.8.** wijst het meer of anders gevorderde af.