

vergoeding, dan zal deze vraag alsnog beantwoord moeten worden. Wel lijkt het dus altijd goed voor de huurder, om bij het (tijdelijk) verlaten van een gehuurde ruimte, schriftelijk met de verhuurder op te maken wat de reden is van de (tijdelijke) verlating. Op die manier voorkomt de huurder (met het oudste recht) dat daarover achteraf een geschil ontstaat.

A. de Fouw²⁰

22. Hof 's-Gravenhage

13 september 2011

LJN BR6994

Beherend vennoot 1 en beherend vennoot 2 van de commanditaire vennootschap X / STICHTING [...],
(*vooral nog geen cassatie ingesteld*)

Samenvatting

Er is in beginsel geen verplichting voor een verhuurder om aan de huurder toe te staan het gehuurde onder te verhuren nu de huurovereenkomst een onderhuurverbod kent. Dit zou anders kunnen zijn als de verhuurder geen redelijke grond zou hebben gehad om een bepaalde onderhuurder te weigeren. In casu zijn ter zake van potentiële onderhuurders niet de nodige bescheiden aangeleverd waaruit een betrouwbaar beeld van hun financiële geïntegriteit of over hun houdbaarheid en kaliber kan worden afgeleid.

Gerechtshof

1. *beherend vennoot 1 van de commanditaire vennootschap X*

wonende te [woonplaats], en

2. *beherend vennoot 2 van de commanditaire vennootschap X*

wonende te [woonplaats],

beiden volgens de appeldagvaarding voormalig beherend vennoot van de commanditaire vennootschap X, gevestigd te Spijkenisse,

appellanten,

1 en 2 hierna te noemen: [appellanten],

advocaat: mr. H.L. Verweel.

tegen

STICHTING [...],

gevestigd te Amstelveen,

geïntimeerde,

hierna te noemen: [geïntimeerde],

advocaat: mr. J. Ph. Van Lochem.

(...)

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de kantonrechter in het bestreden vonnis in rechtsoverweging 2 (2.1 tot en met 2.10) weergegeven feiten staan niet ter discussie, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

2. Zakelijk weergegeven en voor zover thans van belang gaat het geschil om het volgende.

(2.1) De commanditaire vennootschap X (hierna: het Timmerbedrijf), met als beherend vennoten [appellanten], heeft sinds 2001 van (de rechtsvoorgangster van) [geïntimeerde] gehuurd de in een winkelcentrum aldaar gelegen winkelruimte aan het [adres] te [plaats] (hierna: het gehuurde). Na vijf jaar is de huurovereenkomst voortgezet tot en met 30

november 2011. De huurprijs was laatstelijk € 1.556,04 per maand.

(2.2) Het Timmerbedrijf heeft de huurovereenkomst opgezegd tegen 1 augustus 2008. [geïntimeerde] heeft deze opzegging aanvaard met dien verstande dat zij het Timmerbedrijf wel heeft gehouden aan haar huurverplichtingen tot 30 november 2011.

(2.3) Bij, inmiddels onherroepelijk, vonnis in kort geding van 23 december 2008 zijn het Timmerbedrijf en [appellanten] onder meer veroordeeld het gehuurde gedurende de looptijd van de huurovereenkomst in gebruik te houden en voor het publiek geopend te houden gedurende de normale openingstijden, zulks op straffe van een dwangsom met een maximum van € 50.000,--.

(2.4) Bij het thans bestreden vonnis zijn het Timmerbedrijf en [appellanten] (als beherend vennoten) onder meer, voor zover thans aan de orde,

(a) hoofdelijk veroordeeld tot schadevergoeding, bestaande uit de huurpenningen vanaf dat moment (16 maart 2010) tot dat [geïntimeerde] met een derde onder tenminste dezelfde voorwaarden een huurovereenkomst met betrekking tot het gehuurde heeft gesloten (naar het hof begrijpt: uiterlijk tot en met 30 november 2011, de datum waarop de huurovereenkomst in ieder geval eindigt).

(b) Daarnaast is voor recht verklaard dat het Timmerbedrijf en [appellanten] de vorenbedoelde maximale dwangsom van € 50.000,-- hebben verbeurd.

(2.5) Op 17 augustus 2010 zijn het Timmerbedrijf en de (naar het hof begrijpt toenmalige) beherend vennoot [...] B.V. failliet verklaard. De curator in deze faillissementen heeft de onderhavige procedure niet overgenomen. Vervolgens hebben [appellanten] als voormalig beherend vennoten de appelprocedure voortgezet.

3. [appellanten] klagen met hun grieven over de beslissingen (a) en (b). De overige beslissingen in het bestreden vonnis (met betrekking tot de ontruiming van het gehuurde en de huurbetalingsverplichting tot 16 maart 2010) zijn thans niet aan de orde.

4. [geïntimeerde] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zij heeft primair betoogd dat [appellanten] niet-ontvankelijk zijn in hun hoger beroep, nu de grieven niet voldoen aan het kenbaarheidsvereiste. Dit betoog faalt. Zoals uit het hierna volgende blijkt, is voldoende duidelijk waarover [appellanten] klagen.

Beoordeling van de grieven I en II (veroordeling a)

5. Uitgangspunt is dat [appellanten] als toenmalig beherend vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst. Dit staat niet ter discussie.

Zij vinden het echter niet juist dat zij (het Timmerbedrijf en [appellanten] als beherend vennoten) ná 16 maart 2010 nog schadevergoeding ter hoogte van de huurpenningen moeten betalen (beslissing a). Met de grieven I en II klagen zij over het andersluidende oordeel van de kantonrechter. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

6. Het gaat in dit geval om huur bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW, waarbij de overeengekomen huurtermijn van vijf jaar eenmaal is verlengd, en wel tot en met 30 november 2011. Het Timmerbedrijf heeft de huurovereenkomst tussen-

20. Anneloes de Fouw is werkzaam als advocaat bij BRICKS Advocaten te Amsterdam.

tijds opgezegd tegen 1 augustus 2008. De verhuurster [geïntimeerde] heeft de opzegging wél aanvaard, maar niet tegen 1 augustus 2008. Zij is immers tot het einde van de tweede huurtermijn (tot 30 november 2011) dan wel tot het moment dat zij aan een derde kon verhuren, aanspraak blijven maken op de huurpenningen. Dit betekent dat de huurovereenkomst ná 1 augustus 2008 is blijven doorlopen. Het gevolg hiervan is dat het Timmerbedrijf in beginsel gehouden is te blijven voldoen aan haar verplichtingen uit huurovereenkomst, kort gezegd (i) het betalen van de huur en (ii) het gebruiken van het gehuurde conform de bestemming. Over dit (impliciete) oordeel van de kantonrechter wordt ook niet geklaagd.

7. Wél vinden [appellanten] blijkens hun toelichting op grief I het in strijd met de redelijkheid en billijkheid dat zij de resterende huursommen - na de ontbinding van de huurovereenkomst (wegens tekortkoming van het Timmerbedrijf) in de vorm van schadevergoeding ter hoogte van de huurpenningen - moeten blijven betalen, nu [geïntimeerde] geweigerd heeft haar medewerking te verlenen aan een onderhuursituatie.

Deze stelling van [appellanten] wordt verworpen. Er is er in beginsel geen verplichting voor [geïntimeerde] om aan het Timmerbedrijf toe te staan het gehuurde onder te verhuren, nu de huurovereenkomst een onderhuurverbod kent.

Dit zou anders kunnen zijn indien [geïntimeerde] geen redelijke grond zou hebben gehad om een bepaalde onderhuurder te weigeren. De kantonrechter heeft in dit verband onder meer overwogen (in rechtsoverweging 5.4 bestreden vonnis): "*Gesied noch gebleken is dat door deze (hof: door het Timmerbedrijf aangedragen) potentiële onderhuurders de nodige bescheiden zijn aangeleverd waaruit een betrouwbaar beeld van hun financiële gegoedheid kan worden afgeleid.*" [appellanten] hebben dit in hoger beroep (bij de toelichting op grief I) niet weersproken, zodat het hof ervan uitgaat dat deze gegevens toen niet zijn aangeleverd. Nu [geïntimeerde] als verhuurder niet de beschikking had over relevante financiële gegevens van potentiële onderhuurders valt haar niet tegen te werpen dat zij deze onderhuurders heeft geweigerd. Dit laatste wordt niet anders door de stelling van [appellanten] dat ingeval van onderhuur hun verplichtingen blijven bestaan.

De subsidiaire stelling van [appellanten] bij grief I dat de kantonrechter hen ten onrechte niet tot het bewijs terzake heeft toegelaten, wordt verworpen. Onbetwist staat immers vast dat omtrent de firma [...] en de stichting [...] (als potentiële onderhuurders) geen bewijs van financiële gegoedheid is overgelegd aan [geïntimeerde], noch gegevens over de hoedanigheid en het kaliber van de voorgestelde onderhuurders (conclusie van repliek in conventie tevens houdende akte wijziging van eis en van antwoord in reconventie onder 19). [geïntimeerde] als verhuurster is jegens het Timmerbedrijf als huurster niet verplicht (in het kader van schadebeperking) bij financieel onvermogen van huurster een onderhuurder te accepteren, zonder acht te slaan op diens financiële gegoedheid, hoedanigheid en kaliber. Dit geldt des te meer, nu [geïntimeerde] een winkelcentrum exploiteert. De beleggingswaarde hiervan wordt, volgens de onweersproken stellingen van [geïntimeerde], immers mede bepaald door dit soort factoren (het werkelijke niveau van de exploitanten). Nu aan [geïntimeerde] deze gegevens niet zijn verschaft heeft zij de voorgestelde onderhuurders reeds hierom niet hoeven te accepteren. Het bewijsaanbod van het Timmerbedrijf en [appellanten] in eerste aanleg, zakelijk in-

houdende de bereidheid van genoemde potentiële onderhuurders om een onderhuurovereenkomst aan te gaan, heeft de kantonrechter, als niet relevant, mogen passeren. Uit het voorgaande vloeit voort dat de grieven I en II, welke laatstgenoemde grief naast grief I geen zelfstandige betekenis heeft, falen.

Beoordeling van de grieven III en IV (veroordeling b)

8. Deze grieven betreffen de verklaring voor recht dat de door de voorzieningenrechter opgelegde dwangsommen zijn verbeurd. Met grief III wordt geklaagd over het oordeel van de kantonrechter, inhoudende (i) dat het Timmerbedrijf niet heeft voldaan aan haar verplichting (zie rechtsoverweging 2.3 in dit arrest) om het gehuurde gedurende de looptijd van de huurovereenkomst in gebruik te houden en voor het publiek geopend te houden gedurende de normale openingstijden, (ii) dat de betwistingen van het Timmerbedrijf niet voldoen aan de wettelijke stelplecht en (iii) dat de maximale dwangsommen zijn verbeurd. Bij de toelichting op deze grief verwijzen [appellanten] slechts naar bepaalde door hen in eerste aanleg ingenomen, stellingen.

Nu deze stellingen van het Timmerbedrijf door de kantonrechter zijn besproken en vervolgens zijn verworpen, is zonder nadere toelichting - deze ontbreekt - niet duidelijk geworden op welke gronden de beoordeling van de kantonrechter wordt aangevallen. Het hof is het eens met de beslissingen van de kantonrechter op dit punt (Hoge Raad, 18-10-1991, LJV: ZC0376; NJ 1991,821). Grief III faalt dan ook. 9. Grief IV betreft de door het Timmerbedrijf bepleite matiging van de dwangsommen, die door de kantonrechter is geweigerd. Nu deze grief blijkens de summier toelichting voortbouwt op voormelde verworpen grieven, deelt deze grief ook dit lot.

Beoordeling van de grieven V en VI

10. Deze grieven missen zelfstandige betekenis en falen eveneens.

Slotsom

11. De slotsom is dan ook dat het bestreden vonnis, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen, moet worden bekrachtigd. Hierbij past een proceskostenveroordeling ten laste van [appellanten].

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de Rechtbank Rotterdam, sector kanton, locatie Brielle, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen;
- veroordeelt [appellanten] in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van [geïntimeerde] tot op heden begroot op € 263,- aan verschotten en € 894,- aan salaris advocaat;

- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

(...)

Commentaar

Huurder huurde een winkelruimte in een winkelcentrum. De huurovereenkomst kende een verbod tot onderverhuur. De verhuurder gunde de huurder geen ontheffing van dat verbod, ondanks het verzoek van huurder daartoe. Toen de huurovereenkomst werd ontbonden (in verband met een tekortkoming van de huurder) werden de beherend vennoten onder meer veroordeeld tot voldoening van de huurdering

van de verhuurder. (Deze huurdering werd berekend vanaf de datum van ontbinding tot het einde van de huurovereenkomst of zoveel eerder als de verhuurder een nieuwe huurovereenkomst had gesloten met een derde onder gelijklopende condities). Volgens de beherend vennoten was deze veroordeling onredelijk en in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Immers, als de verhuurder zijn medewerking zou hebben verleend aan de door de huurder gewenste onderverhuur, zou de huurder – kennelijk – geen tekortkoming zijn te verwijten en zou de ontbinding van de huurovereenkomst niet aan de orde zijn geweest. De beherend vennoten haalden tot twee keer toe bakzeil. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep kregen zij geen gelijk.

Uit het arrest volgt dat de huurder heeft verzuimd de verhuurder documentatie te overleggen a) waaruit een betrouwbaar beeld van de financiële gegoedheid van de voorgestelde onderhuurder kon worden afgeleid en b) over de hoedanigheid en het kaliber van de voorgestelde onderhuurder. Kortom: de verhuurder wist – aldus het arrest – niet met wat voor partij hij te maken zou krijgen in zijn winkelcentrum. Was het, dit gezegd hebbende, in deze casus nu werkelijk zo onredelijk dat de verhuurder de huurder geen ontheffing gaf van het onderhuurverbod? Mijns inziens allerminst. Het is namelijk niet ondenkbaar dat de verhuurder geenszins een redelijke grond zou hebben gehad om de huurder te houden aan het onderhuurverbod, als de huurder deugdelijke informatie zou hebben overgelegd toen de aanvraag tot ontheffing werd gedaan. Ondanks dat voor de verhuurder in beginsel geen verplichting bestond om de verzochte onderverhuur toe te staan (zie r.o. 7).

En juist die overweging van het gerechtshof maakt dit arrest interessant, gelet op het huidige economische tij; een tijd dat veel huurders het financiële water aan de lippen doet staan, zodat creativiteit in de nakoming van de huurdersverplichtingen welhaast een 'must' is. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zou voor de huurder in dit verband een uitkomst kunnen zijn.²¹

Het is bepaald niet nieuw dat de redelijkheid en billijkheid in bepaalde omstandigheden een beperkende werking (art. 6:248 lid 2 BW) kunnen hebben.²² Bij de toepassing van deze beperkende werking zal de rechter wel de nodige terughoudendheid dienen te betrachten.²³

Echter, een succesvol beroep op deze beperkende werking, zal niet slagen als er met nonchalance een beroep op wordt gedaan. Een dergelijke houding miskent namelijk het karakter van de toetsing welke plaatsvindt zodra een partij hierop een beroep doet. Reeds in 1967 heeft de Hoge Raad²⁴ uitgemaakt dat een succesvol beroep op deze derogerende werking afhangt van tal van omstandigheden zoals: de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest. Het is aan de partij die zich beroept op deze beperking om, deugdelijk gemotiveerd, omstandigheden aan te voeren welke onderbouwen dat van de huurder in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij trouw dient te zijn aan het gegeven woord.²⁵ Daarbij past niet een onverschillige houding.

De les die iedere huurder of verhuurder dient te trekken uit het onderhavige arrest, is dat als een partij met succes een

beroep wil (trachten te) doen op deze derogerende werking, hij dit beroep deugdelijk motiveert. Want laat hij dit achterwege, dan zal hij van een koude kerntis thuis komen, net als de beherend vennoten in deze casus en dan is de beperkte opening die de wetgever heeft geboden – en welke een uitkomst kan bieden in de huidige economische sfeer – verloren tot een gemiste kans.

I.C.K. Mol²⁶

21. Zie ook Hof 's-Gravenhage 13 september 2011, *LJN* BT2248 (Super de Boer / ING) waarin het gerechtshof zich ook gesteld ziet voor de vraag of de verhuurder ten onrechte een verzoek tot onderverhuur heeft afgewezen. Die kwestie staat thans voor compartitie.
22. Zie voor een huursituatie waarin de beperkende werking werd aangenomen de kwestie waarover de Voorzieningenrechter 's-Hertogenbosch oordeelde bij uitspraak van 18 november 2009, *WR* 2010, 39, *TvHB* 2010, nr. 1 (TMW Pramerica / ABN AMRO). Daarin werd overwogen dat het niet redelijk was – gelet op de omstandigheden van het geval – om de huurder te houden aan de gebruiksverplichtingen, zodat een 'afgeslankte' gebruiksverplichting aanvaardbaar werd geacht. Een huurcasus waarin de derogerende werking niet werd aangenomen is Voorzieningenrechter Rechtbank Zutphen 30 oktober 2009, *WR* 2010, 13 (NSI / Ernst & Young) waarin de huurder betoogde dat zij ontheven zou moeten worden van haar contractuele gebruiksverplichting, nu de redelijkheid en billijkheid zich daartegen zouden verzetten. De beperkende werking werd niet aangenomen nu onvoldoende aannemelijk was geworden – de huurder had daartoe te weinig onderbouwd – dat nakoming onredelijk was. Zie ook 'Over leegstand, voortijdige huurbeëindiging, onderhuur en het staken van de exploitatie', van F.C. Borst in *TvHB* 2009, p. 4-7.
23. Zie Valk, 2011 (*T&C Burgerlijk Wetboek*), art. 6:248 BW, aant. 4.
24. Zie HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (Saladin / HBU).
25. HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 714; *BR* 1986, 690 m.nt. W.M. Kleijn (Antenneverbod Smilde).
26. Ivette Mol is werkzaam bij VMBS Advocaten BV te Eindhoven.