

RCR 2025/4

## Uitleg huurgarantie bij verkoop bedrijfspand. Is sprake van een (relevante) leemte in de afspraken tussen partijen, die op grond van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid moet worden opgevuld?

HR 15-11-2024, ECLI:NL:HR:2024:1663

Instantie	Hoge Raad
Datum	15 november 2024
Magistraten	Mrs. T.H. Tanja-van den Broek, H.M. Wattendorff, A.E.B. ter Heide, F.R. Salomons, K. Teuben
Zaaknummer	23/02859
Conclusie	A-G mr. T. Hartlief
JCDI	JCDI:ADS995503:1
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht / Algemeen Verbintenissenrecht / Overeenkomst
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2024:1663, Uitspraak, Hoge Raad, 15-11-2024 ECLI:NL:PHR:2024:711, Conclusie, Hoge Raad (Parket), 28-06-2024
Wetingang	Art. 6:2, 6:248 lid 1 BW

### Essentie

Verbintenissenrecht. Uitleg huurgarantie bij verkoop bedrijfspand. Leemte.

Is sprake van een (relevante) leemte in de afspraken tussen partijen, die op grond van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid moet worden opgevuld?

### Samenvatting

Westinvest heeft in 2000 een kantoorgebouw gekocht van HPG. Volgens de koopovereenkomst bestond een verband tussen de hoogte van de huurprijzen en de koopprijs. HPG heeft een huurgarantie gegeven voor de leegstaande kantoorruimte. In dit kader hebben HPG (als huurder) en Westinvest (als verhuurder) een huurovereenkomst gesloten, met een looptijd tot 31 maart 2009. Volgens die huurovereenkomst huurt HPG de leegstaande ruimten tegen een bepaalde gegarandeerde minimumhuurprijs. Onderhuur is toegestaan met goedkeuring van Westinvest, waarbij HPG een eventueel verschil tussen de onderhuurprijs en de minimumhuurprijs aan Westinvest moet vergoeden.

Vanaf 2005 bestaat tussen partijen discussie over de hoogte van de huurprijs van met derden te sluiten onderhuurovereenkomsten. Dit speelde vooral bij onderhuurovereenkomsten waarvan de looptijd zou aflopen na de garantieperiode. De marktconforme huurprijzen lagen toen veel lager dan de minimumhuurprijs. Westinvest wilde alleen goedkeuring verlenen voor onderverhuur door HPG als ook na de garantieperiode de minimumhuurprijs zou gelden. Vanaf 1 december 2005 heeft HPG geen (huur)bedrag meer aan Westinvest betaald uit hoofde van de huurgarantie.

Westinvest vordert in rechte nakoming van de huurgarantie. De kantonrechter constateert dat geen afspraken zijn gemaakt over (onder)huurovereenkomsten waarvan de looptijd zou aflopen na de garantieperiode, en dat dit moet worden opgelost aan de hand van de algemene norm van art. 6:2 lid 1 BW. Volgens de kantonrechter hebben Westinvest en HPG ieder in vergelijkbare mate bijgedragen aan het feit dat niet werd verhuurd. Om die reden vermindert de kantonrechter de vordering van Westinvest met de helft van de hypothetische huuropbrengst van HPG.

In hoger beroep wordt het vonnis bekrachtigd door het Hof Amsterdam. Daarna volgt cassatie. De Hoge Raad vernietigt het arrest wegens onvoldoende motivering. Na verwijzing oordeelt het Hof Den Haag dat Westinvest op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid geen aanspraak heeft op het volledige bedrag onder de huurgarantie. Het hof vindt de door de kantonrechter toegepaste matiging redelijk en bekrachtigt het vonnis. Er volgt opnieuw cassatie. Volgens Westinvest zou het hof niet hebben mogen aanvullen op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), aangezien het hof volgens Westinvest heeft geoordeeld dat geen sprake is van een leemte.

A-G Hartlief concludeert tot vernietiging van het arrest van het hof (ECLI:NL:PHR:2024:711). Volgens Hartlief is daarvoor "in de kern het volgende redengevend. Het hof is allereerst ten onrechte en/of onbegrijpelijk tot aanvulling van de rechtsverhouding tussen [verweerster 1] en Westinvest op de voet van de redelijkheid en billijkheid overgegaan, nu het hof tegelijkertijd geen (relevante) leemte aanwezig heeft geacht. (...)" (randnummer 4.2).

HR: De Hoge Raad volgt Hartlief niet. Hij verwerpt het (principale) cassatieberoep. Waar het gaat om het oordeel over een leemte en de mogelijkheid tot aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid, overweegt de Hoge Raad samengevat het volgende: "Het oordeel van het hof (in rov. 7.3) dat het geen leemte aanwezig acht in de koopovereenkomst of de huurovereenkomst, ziet uitsluitend op de vraag op wie van partijen binnen de huurgarantietermijn het risico van onverhuurbaarheid en dalende huurprijzen rustte. Het oordeel van het hof dat (in zoverre) geen leemte aanwezig is, belette het hof dus niet om de vraag hoe Westinvest met haar goedkeuringsbevoegdheid moest omgaan bij huurovereenkomsten die zowel tijdens de huurgarantietermijn als daarna zouden lopen, te beantwoorden aan de hand van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). De klacht faalt derhalve." (r.o. 3.1.4) en "De gedachtegang van het hof moet aldus worden verstaan dat het op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een medewerkingsplicht van Westinvest heeft aangenomen (...)" "Bij die stand van zaken behoeft het hof niet te beoordelen wat concreet van Westinvest gevegd kon worden, om het oordeel dat Westinvest is tekortgeschoten in die medewerkingsplicht begrijpelijk te doen zijn." (r.o. 3.2.4)

## Verwant oordeel

### Zie ook:

- HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, *RCR* 2018/45, *NJ* 2018/98 (*Goglio/SMQ*);
- HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, met conclusie A-G L. Timmerman (ECLI:NL:PHR:2013:BZ3749), *RCR* 2013/64, *RAV* 2013/83, *RF* 2013/61, *NJ* 2014/415 (*Koersplandewegkwijt*);
- Hof Amsterdam 16 juli 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1980, *RCR* 2024/80;
- Hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:647;

- Rb. Noord-Nederland 16 augustus 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3801, *Prg.* 2023/283;
- T.H.M. van Wechem en M. Wallart, 'Aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid: waar liggen de grenzen?', *VrA* 2005/2, p. 61 e.v.;
- R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2022, met name hoofdstuk 5, par. 9.2 en 9.3.

## Wenk

Volgens de A-G heeft het hof de rechtsregel van art. 6:2 lid 1 BW/art. 6:248 lid 1 BW onjuist toegepast, door vast te stellen dat er geen (relevante) leemte is maar toch tot aanvulling over te gaan. Op dat punt lopen conclusie en arrest uiteen: de Hoge Raad leest in de uitspraak van het hof namelijk wél een door het hof vastgestelde leemte die het hof dus mocht aanvullen. Volgens de Hoge Raad heeft het hof alleen waar het gaat om de vraag, op wie van partijen binnen de huurgarantietermijn het risico van onverhuurbaarheid en dalende huurprijzen rustte, geoordeeld dat geen sprake is van een leemte. Hoe de Hoge Raad tot die lezing is gekomen, staat niet in het arrest. Enigszins verrassend is het wel. Het hof heeft immers expliciet aangegeven dat het geen leemte aanwezig acht in de koopovereenkomst of de huurovereenkomst (Kopje: "Geen leemte"; r.o. 7.3 "Het hof acht geen leemte in de koopovereenkomst of de huurovereenkomst aanwezig (...)"). Bovendien heeft het hof zich gebaseerd op art. 6:2 BW (r.o. 7.18) en niet, zoals de Hoge Raad, op art. 6:248 lid 1 BW (r.o. 3.4.1). Die insteek van het hof is een aanwijzing dat het hof niet heeft willen aanvullen vanwege een contractuele leemte, maar aan de hand van waardering van een gedragsnorm.

De Hoge Raad gaat niet in op de vraag of aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) mag als aangenomen wordt dat geen sprake is van een leemte in de overeenkomst. In zoverre biedt het arrest geen nieuwe inzichten. Het arrest roept wel de vraag op of de Hoge Raad vindt dat rechters minder terughoudend hoeven te zijn bij toepassing van het eerste lid van art. 6:2 en art. 6:248 BW of dat de Hoge Raad heeft willen voorkomen dat deze zaak opnieuw terugverwezen zou moeten worden.

Het procesverloop laat zien dat op hetzelfde feitencomplex soms meerdere leerstukken kunnen passen, met elk een ander beoordelingskader. De voor de hand liggende route resulteert niet altijd in het gewenste resultaat. Daar ligt ook nadrukkelijk een taak voor de procesadvocaat.

Een vraag die in dit kader opkomt, is of de uitkomst anders zou zijn geweest als het verweer van HPG niet langs de band van de *aanvullende*, maar die van de *derogerende* werking van de redelijkheid en billijkheid zou zijn beoordeeld. Over het algemeen wordt namelijk aangenomen dat de toets van lid 2 zwaarder is dan de toets van lid 1, ondanks dat volgens de parlementaire geschiedenis "geen wezenlijk verschil bestaat tussen de in beide leden gebezigde maatstaven" (MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p.66-67). Wellicht had Westinvest dan haar hele vordering toegewezen kunnen krijgen. Zelfs als de drempel van onaanvaardbaarheid genomen zou worden, zou dat niet zonder meer betekenen dat de vordering van Westinvest volledig zou (moeten) worden afgewezen. Ook met toepassing van art. 6:248 lid 2 BW kan matiging plaatsvinden.

Deze zaak illustreert het belang om bij het uitwerken van afspraken ook de uitvoering van de hierin gemaakte afspraken voor ogen te houden. In dit geval zou dan de mogelijkheid van onderhuurovereenkomsten die de overeengekomen huurtermijn zouden overschrijden, wellicht al in de voorfase aan de orde zijn gekomen.

## Partij(en)

Arrest in de zaak van

Westinvest Gesellschaft Für Investment-fonds MBH, te Düsseldorf, Duitsland, eiseres tot cassatie, verweerster

in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep, advocaat: B.F.L.M. Schim,

tegen

1. [Verweerster 1] B.V.,
2. [Verweerster 2] B.V.,
3. [Verweerder 3], België,

verweerders in cassatie, eisers in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep, hierna gezamenlijk: [verweerders], advocaat: D. Rijpma.

## **Uitspraak**

### **Hoge Raad:**

#### **1. Procesverloop**

Voor het verloop van het geding tot dusver verwijst de Hoge Raad naar:

- a. zijn arrest in de zaak 15/03609, ECLI:NL:HR:2016:2748 van 2 december 2016;
- b. het arrest in de zaak 200.305.560/01 van het gerechtshof Den Haag van 25 april 2023.

Westinvest heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

[Verweerders] hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor Westinvest mede door L. Jamalov.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

#### **2. Uitgangspunten en feiten**

##### **2.1**

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Op 31 oktober 2000 heeft Westinvest, een Duitse bankinstelling die beleggingsfondsen beheert, van [verweerster 1] (als projectontwikkelaar/verkoper) het [kantoorgebouw] gekocht. Hierbij zijn partijen uitgegaan van een bruto aanvangsrendement (BAR) van ten minste 7% van de koopprijs.
- (ii) In art. 20 lid 2 van de tussen partijen gesloten koopovereenkomst (hierna: de koopovereenkomst) is bepaald dat [verweerster 1] de leegstaande ruimte van het kantoorgebouw in nauw overleg met Westinvest en met goedkeuring van Westinvest aan derden te huur zal aanbieden op basis van een aantal uitgangspunten. Tot die uitgangspunten behoort (art. 20 lid 2, onder c, koopovereenkomst) dat dit gebeurt tegen een jaarlijks te indexerende minimum netto huurprijs van f 385,-- p/m<sup>2</sup> per jaar voor kantooruimte.

- (ii) In art. 20 lid 3 van de koopovereenkomst heeft [verweerster 1] aan Westinvest een huurgarantie
- i) verleend voor de op de datum van levering leegstaande kantoorruimte, opslagruimte en parkeerplaatsen voor een periode van vijf jaren (voor 30% van de kantoorruimte) respectievelijk tien jaren (voor 70% van de kantoorruimte) op basis van de minimum huurprijs van f 385,- p/m2 per jaar (hierna: de garantiehurprijs).
  
- (i) Art. 20 lid 4 van de koopovereenkomst bepaalt dat [verweerster 1] ervoor kan kiezen om, in plaats van
- v) het voldoen van betalingen uit hoofde van de huurgarantie, de leegstaande kantoorruimte zelf te huren tegen de garantiehurprijs.
  
- (v) Op 27 maart 2002 is het kantoorgebouw geleverd en de koopprijs betaald. De koopprijs is op de datum van levering bepaald op € 37.639.666,81 op grond van een in de koopovereenkomst opgenomen berekeningswijze. Daarbij was sprake van een verband tussen de hoogte van de huurprijzen en de koopprijs. Op dat moment was 50% van het kantoorgebouw overeenkomstig art. 20 lid 2 van de koopovereenkomst door [verweerster 1] namens Westinvest voor tien jaar verhuurd aan PeopleSoft B.V. (hierna: PeopleSoft).
  
- (v) Op dezelfde dag zijn partijen in een addendum bij de koopovereenkomst onder meer het volgende
- i) overeengekomen:  
“Artikel 4 Huurovereenkomst WestInvest/[verweerster 1]  
(1) In afwijking van de artikel 20 (2) sub b, (3), (4) (...) van de Overeenkomst komen partijen het volgende (nader) overeen:  
a) de huurovereenkomst die [verweerster 1], ter vervanging van de huurgarantie met Westinvest op de datum van juridische levering sluit, wordt aangegaan voor de duur van 7 jaar (...)”
  
- (v) Ter uitvoering van art. 4 van het addendum bij de koopovereenkomst hebben partijen op de
- ii) hiervoor onder (v) genoemde leveringsdatum een huurovereenkomst (hierna: de huurovereenkomst) gesloten voor de periode van 1 april 2002 tot en met 31 maart 2009 (hierna: de huurgarantietermijn of de garantieperiode). De door [verweerster 1] verschuldigde huurprijs was een jaarlijks te indexeren huurprijs van € 1.310.362,29 per jaar, overeenkomend met een huurprijs van € 187,42 p/m2 per jaar. [Verweerster 1] had de goedkeuring van Westinvest nodig voor het sluiten van (onder)huurovereenkomsten.
  
- (v) Westinvest is in 2003 akkoord gegaan met de door [verweerster 1] aangedragen
- iii) (onder)huurder TUI. De met TUI overeengekomen huurprijs kwam overeen met de toen geldende marktprijs en was bijna € 22 p/m2 per jaar lager dan de huurprijs van € 187,45 p/m2 per jaar die [verweerster 1] aan Westinvest moest betalen onder de huurovereenkomst. De huurovereenkomst met TUI zou - behoudens de optietermijn van vijf jaar met ingang van 5 oktober 2008 - nog binnen de garantieperiode aflopen. [Verweerster 1] was tegenover Westinvest gehouden de door TUI betaalde huurprijs aan te vullen tot de garantiehurprijs.
  
- (i) PeopleSoft is in januari 2005 overgenomen door Oracle Corporation (hierna: Oracle), waarna
- x) het personeel van PeopleSoft naar een andere locatie is verplaatst. Oracle heeft vervolgens met toestemming van Westinvest het door PeopleSoft gehuurde deel van het kantoorgebouw onderverhuurd aan derden tegen een huurprijs die aanzienlijk beneden de garantiehurprijs lag.
  
- (x) Vanaf 2005 is de hoogte van de huurprijs van met derden te sluiten (onder)huurovereenkomsten een punt van discussie geweest tussen [verweerster 1] en Westinvest. Dat hield ermee verband dat marktconforme huurprijzen op dat moment aanzienlijk lager lagen dan de garantiehurprijs en dat zich de situatie ging voordoen dat huurovereenkomsten aangegaan zouden (moeten) worden met een looptijd langer dan tot 31 maart 2009 (de einddatum van de huurgarantie / huurovereenkomst met [verweerster 1])

wegens de in dit segment gebruikelijke huurperiodes van (ten minste) vijf en tien jaar.

- (x i) [Verweerster 1] heeft in 2005 Nedeximpo voorgesteld als onderhuurder. Nedeximpo was bereid om tegen een huurprijs van € 175,-- p/m<sup>2</sup> per jaar voor vijf jaar een verdieping van het gebouw te huren. Het antwoord van Westinvest bevatte onder meer de vraag of [verweerster 1] bereid was ook voor de periode na 31 maart 2009 het verschil ten opzichte van de garantiehurprijs aan te zuiveren. [Verweerster 1] is daar niet op ingegaan. De huurovereenkomst met Nedeximpo is niet tot stand gekomen.
- (x ii) Westinvest stelde zich op het standpunt dat zij slechts was gehouden om goedkeuring te verlenen voor onderhuurovereenkomsten geïnitieerd door [verweerster 1], indien de onderhuurovereenkomsten voldeden aan de voorwaarden neergelegd in art. 20 lid 2 van de koopovereenkomst, waaronder de garantiehurprijs (zie hiervoor onder (iii)).
- (x iii) Vanaf 1 december 2005 heeft [verweerster 1] geen (huur)bedrag uit hoofde van de huurgarantie / de huurovereenkomst meer aan Westinvest betaald.

## 2.2

In deze procedure gaat het om de nakoming van de huurgarantie die nader is uitgewerkt in de huurovereenkomst. Westinvest heeft in verband daarmee diverse vorderingen ingesteld tegen [verweerders]. De kantonrechter heeft die vorderingen grotendeels toegewezen. Het hof Amsterdam heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. De Hoge Raad heeft de uitspraak van het hof Amsterdam vernietigd bij arrest van 2 december 2016.<sup>[1.]</sup> De Hoge Raad heeft het geding verwezen naar het gerechtshof Den Haag (hierna: het hof) ter verdere behandeling en beslissing.

## 2.3

Het hof<sup>[2.]</sup> heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Daartoe heeft het, samengevat, het volgende overwogen.

Het hof acht geen leemte aanwezig in de koopovereenkomst of de huurovereenkomst. Vast staat dat de huurovereenkomst met [verweerster 1] een invulling was van de huurgarantie. Hierbij heeft [verweerster 1] zich verbonden om de bij de levering niet verhuurde ruimten (50% van het gebouw) voor zeven jaar te huren tegen de garantiehurprijs. [Verweerster 1] mocht daarbij na toestemming van Westinvest onderverhuren. Voor zover in de betreffende zeven jaar de garantiehurprijs niet zou worden behaald, zou [verweerster 1] het tekort aanvullen tot de garantiehurprijs. Deze constructie brengt met zich mee dat het risico van onverhuurbaarheid en dalende huurprijzen binnen de garantietermijn bij [verweerster 1] is gelegd. Westinvest wist zich immers contractueel verzekerd van vaste (huur)inkomsten gedurende die jaren, terwijl een dalende huurmarkt in zoverre alleen [verweerster 1] aanging. Hierin ziet het hof geen leemte. De tekst van de overeenkomst is helder en wijst erop dat partijen het risico van de (on)verhuurbaarheid gedurende de eerste zeven jaar bij [verweerster 1] hebben gelegd. (rov. 7.3)

Bij de uitvoering van de overeenkomsten zijn partijen gestuit op de complicatie dat de door [verweerster 1] af te sluiten (onder)huurovereenkomsten op een gegeven moment de looptijd van de huurovereenkomst gingen overschrijden. Deze complicatie heeft zich voorgedaan omdat commerciële huur als deze veelal wordt aangegaan voor een termijn van vijf tot tien jaar. (rov. 7.4)

[Verweerster 1] heeft zich niet contractueel jegens Westinvest verbonden om ervoor te zorgen dat zittende huurders vanaf 1 april 2009 de inmiddels niet meer marktconforme (hogere) garantiehurprijs zouden gaan betalen en evenmin om zelf alsdan een lagere huur aan te zuiveren tot de garantiehurprijs. In feite is dit echter wél de consequentie van de eisen die Westinvest bleek te stellen aan de (vanaf midden 2005) door [verweerster 1] aangedragen onderhuurders. (rov. 7.7)

Vast staat immers:

- (i) dat Westinvest ondanks de (zeker na 2002) fors dalende huur(prijs)markt en de toenemende leegstand van kantoorgebouwen in de praktijk slechts bereid is gebleken om incidenteel lagere huurprijzen te accepteren mits de betreffende huurovereenkomst de einddatum 31 maart 2009 niet zou overschrijden;
- (ii) dat deze bereidheid bij Westinvest begon te ontbreken, althans dat Westinvest uiterst terughoudend en langzaam in haar reacties bleek, toen huurovereenkomsten deels buiten de huurgarantietermijn in beeld kwamen;
- (ii) dat Westinvest in haar communicatie met [verweerster 1] veelal als voor haar acceptabele huurprijs
- i) een bedrag overeenkomend met de geïndexeerde huurprijs uit de huurovereenkomst van tenminste € 198,-- p/m<sup>2</sup> per jaar is blijven noemen, terwijl dit bedrag ver boven de toen geldende markthuurprijs lag;
- (i) dat Westinvest voor huurovereenkomsten die na de einddatum 31 maart 2009 zouden doorlopen, in
- v) feite van [verweerster 1] vergde dat zij ervoor zorgdroeg (al dan niet door incentives van de zijde van [verweerster 1], zoals stapsgewijze verhoging, huurprijsvrije periodes) dat de huurinkomsten aan het eind van de garantietermijn, wanneer het risico van verhuur op Westinvest zou overgaan, tenminste € 198,-- p/m<sup>2</sup> per jaar zouden bedragen, dit ondanks het feit dat de markthuurprijs inmiddels aanzienlijk lager lag;
- (v) dat Westinvest niet schroomde om in het geval van de door [verweerster 1] in 2005 voorgestelde huurder Nedeximpo (die bereid was om € 175,-- p/m<sup>2</sup> per jaar te betalen) aan [verweerster 1] te verzoeken om ook na afloop van de garantietermijn de huurprijs te blijven suppleren. Weliswaar stelt Westinvest dat dit een onderhandelingsvoorstel was maar uit de formulering ervan is dit niet kenbaar. En gelet op het standpunt van Westinvest - dat er op neerkomt dat [verweerster 1] instond voor de garantiehuur, ook voor contracten die door zouden lopen na de garantietermijn - is het ook niet waarschijnlijk dat Westinvest bereid zou zijn geweest om hierover te onderhandelen.

(rov. 7.8)

Het standpunt van Westinvest dat in de huurgarantie besloten ligt dat [verweerster 1] het risico heeft aanvaard dat zich geen huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuurprijs te betalen, wordt verworpen. (rov. 7.9)

[Verweerster 1] heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij geen/nauwelijks huurders kon vinden die vanaf 2005 bereid waren om de garantiehuurprijs te betalen, ook niet met de door Westinvest genoemde 'incentives'. Deze incentives waren redelijkerwijs niet toereikend om het grote verschil met de markthuurprijzen te overbruggen, zodat een (onder)huurder niet bereid was om vanaf 1 april 2009 de aanzienlijk hogere garantiehuurprijs te gaan betalen. Bovendien kon Westinvest niet van [verweerster 1] verlangen dat zij deze 'incentives' zou verstrekken om de (onder)huurder te bewegen voor de periode na 31 maart 2009 een huur gelijk aan de garantiehuurprijs te accepteren. [Verweerster 1] droeg het financiële risico van onverhuurbaarheid tegen de garantiehuurprijs immers alleen binnen de huurgarantietermijn. (art. 7.10)

Voor [verweerster 1] was het daarom vanaf midden 2005 aanzienlijk moeilijker geworden om geschikte onderhuurders te vinden en zo haar huurlasten te verlichten, zoals tussen partijen was beoogd. (art. 7.11)

Anderzijds is het begrijpelijk dat Westinvest jegens beleggers gehouden was om de beleggingswaarde van de gekochte kantoorruimte zoveel mogelijk veilig te stellen, en dat zij daarom per 1 april 2009 geen huurders wilde hebben die onder de garantiehuurprijs zouden huren. Per 1 april 2009 zou de huurovereenkomst met [verweerster 1] immers eindigen en zouden de door [verweerster 1] aangetrokken onderhuurders rechtstreeks bij Westinvest gaan huren. Vanaf dat moment zou Westinvest met de lagere marktprijzen worden geconfronteerd. Dit dilemma speelde hiervóór niet, omdat vóór 1 april 2009 een lagere huurprijs van de onderhuurders door [verweerster 1] werd aangezuiverd. (art. 7.12)

Westinvest heeft in dit verband gesteld zij niet eenzijdig over lagere huurprijzen kon beslissen en dat zij op

grond van Duitse beleggingswetgeving toestemming nodig had van gespecialiseerde Duitse taxateurs, *Gutachters*, voor afwijking van de garantiehuurprijs. Westinvest heeft voorts gesteld dat aanvaarding van een lagere huurprijs dan de garantiehuurprijs zou leiden tot een neerwaartse aanpassing van de beleggingswaarde van het kantoorgebouw, terwijl bij het door de *Gutachters* gehanteerde waarderingssysteem onverhuurd oppervlak geen negatief effect voor de waarde had. (rov. 7.13)

Het gerechtshof Amsterdam heeft in dit verband als volgt geoordeeld. “*Dat Westinvest op grond van Duitse beleggingswetgeving toestemming van gespecialiseerde Duitse taxateurs, zogenaamde Gutachters, moest hebben voor afwijking van de garantiehuur, komt in de verhouding met [verweerster 1] voor rekening en risico van Westinvest.*” Dit oordeel is in cassatie niet aangevochten, zodat het hof hiervan uitgaat.

Overigens hoefde [verweerster 1] redelijkerwijs niet te verwachten dat afwijking van de garantiehuurprijs buiten de huurgarantietermijn aan zulke strenge eisen was verbonden als Westinvest heeft betoogd. In ieder geval valt dit maar in beperkte mate aan [verweerster 1] tegen te werpen. (rov. 7.14)

Dit geldt temeer nu Westinvest tegenover het verweer van [verweerster 1] onvoldoende heeft toegelicht waarom (i) de onderhuurovereenkomsten afgesloten door Oracle en (ii) huurder TUI sinds 2003 kennelijk niet op doorslaggevende bezwaren van de *Gutachters* stuitten, hoewel deze (onder)huurovereenkomsten deels buiten de huurgarantietermijn konden doorlopen en de (onder)huurprijs beneden de garantiehuurprijs lag. (rov. 7.15)

Tot slot verdient aandacht dat Westinvest niet heeft toegelicht hoe het verloop van de verhuur is geweest vanaf 1 april 2009. Weliswaar heeft zij betoogd dat in het door de taxateurs gehanteerde waarderingssysteem onverhuurd oppervlak geen negatief effect had voor de beleggingswaarde van het kantoorgebouw, maar aldus is voor het hof niet inzichtelijk geworden hoe lang deze ‘papieren waarderingmethode’ stand kon houden. (7.16) *Slotsom ten aanzien van de uitvoering van de huurgarantie*

De door Westinvest aangevoerde belangen verdienen al met al aanzienlijke relativering, terwijl zij bovendien maar in beperkte mate [verweerster 1] aangaan. (rov. 7.17)

Bij de uitvoering van de huurgarantie heeft zich een complicatie voorgedaan, namelijk voor zover de onderhuur zich uitstrekte buiten de garantieperiode. In het licht van de verplichting van partijen om zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW) valt, gelet op de wederzijdse belangen waarbij die van [verweerster 1] zwaarder wegen, aan Westinvest tegen te werpen dat zij zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen voormelde complicatie zich voordeed. In dit verband laat het hof meewegen, zoals hiervoor is vastgesteld (i) dat het kantoorgebouw was bedoeld voor de verhuur, (ii) dat het risico van leegstand en dalende markthuren voor zeven jaar was afgedekt door de huurgarantie/huurovereenkomst maar niet méér dan dat, (iii) dat de opzet van de afspraken tussen partijen was dat [verweerster 1] met onderhuur haar huurlasten aanzienlijk zou verminderen en (iv) dat zij daarbij de medewerking van Westinvest nodig had. (rov. 7.18)

Westinvest heeft zich bij de van haar te vergen medewerking de gerechtvaardigde belangen van [verweerster 1] tegenover die van haarzelf onvoldoende aangetrokken. Daardoor heeft Westinvest [verweerster 1] wezenlijk beperkt in haar mogelijkheden om onderhuurovereenkomsten te sluiten waarmee zij de huurprijs die zij aan Westinvest moest betalen in ieder geval gedeeltelijk had kunnen terugwinnen. (rov. 7.19)

In voormelde omstandigheden heeft Westinvest geen aanspraak op het volledige bedrag onder de huurgarantie maar is op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid reductie van de aanspraken op zijn plaats. Het hof acht de reductie met 50% aangebracht door de kantonrechter en het gerechtshof Amsterdam redelijk en sluit zich daarbij aan. (7.21)

### **3. Beoordeling van het middel in het principaal beroep**

#### **3.1.1**

Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen de verwerping van het betoog van Westinvest dat in de huurgarantie besloten ligt dat [verweerster 1] het risico heeft aanvaard dat zich geen huurder aandient die ook na het einde van de huurgarantietermijn bereid is de garantiehuurprijs te betalen. Onderdeel 1.1 klaagt dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting of onvoldoende is gemotiveerd. Het hof heeft volgens het onderdeel miskend dat voor deze door Westinvest bepleite risicoverdeling rechtens niet vereist is dat [verweerster 1] een verbintenis op zich heeft genomen om ervoor te zorgen dat zittende huurders vanaf 1 april 2009 de garantiehuurprijs zouden betalen of om dan een lagere huur aan te zuiveren tot het garantieniveau, althans dat het ontbreken van een dergelijke verbintenis van [verweerster 1] onverlet laat dat [verweerster 1] het financieel risico draagt of kan dragen dat geen huurder bereid is de garantiehuurprijs te betalen na 31 maart 2009. Onderdeel 1.2 klaagt dat het oordeel in elk geval onvoldoende gemotiveerd is in het licht van de gemotiveerde stelling van Westinvest dat de huurgarantie ertoe strekt de beleggingswaarde van het kantoorgebouw en het overeengekomen bruto aanvangsrendement van minstens 7% te garanderen.

### 3.1.2

De klacht van onderdeel 1.1 kan wegens gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het hof heeft zijn verwerping van het hiervoor in 3.1.1 weergegeven betoog van Westinvest op meer gebaseerd dan de overweging dat op [verweerster 1] niet een verbintenis rustte die inhield dat zij de huurovereenkomsten die zouden doorlopen na de garantieperiode moest aangaan tegen de garantiehuurprijs. Het hof heeft kennelijk, en tegen de achtergrond van het partijdebat niet onbegrijpelijk, geoordeeld dat voor de door Westinvest gestelde risicoverdeling ook overigens onvoldoende aanknopingspunten bestaan. Daarbij heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk verworpen de stelling van Westinvest dat de huurgarantie tot strekking had ook na afloop van de huurgarantietermijn de beleggingswaarde van het kantoorgebouw in stand te houden, zodat die stelling niet kon bijdragen aan de conclusie dat tussen partijen de door Westinvest gestelde risicoverdeling gold. Het hof heeft (in rov. 7.14) overwogen dat [verweerster 1] redelijkerwijs niet behoefde te verwachten dat afwijking van de garantiehuur buiten de garantietermijn aan zulke strenge eisen was verbonden als Westinvest heeft betoogd en dat de door Westinvest in verband met de beleggingswaarde aangevoerde belangen maar in beperkte mate [verweerster 1] aangaan. Dit oordeel komt erop neer dat de door Westinvest gestelde strekking van de huurgarantie om ook na afloop van de huurgarantietermijn de beleggingswaarde van het kantoorgebouw en het bruto aanvangsrendement waarop de koopprijs was gebaseerd in stand te houden, voor [verweerster 1] niet kenbaar was en daarom onvoldoende gewicht in de schaal legt bij de door Westinvest bepleite uitleg van de huurgarantie. Dit oordeel is in het licht van de gedingstukken, waaronder de gemotiveerde betwisting door [verweerster 1] van de stelling van Westinvest dat het begrip bruto aanvangsrendement ook ziet op de periode na afloop van de huurgarantietermijn, niet onbegrijpelijk. De klacht van onderdeel 1.2 faalt daarom eveneens.

### 3.1.3

Onderdeel 1.4 klaagt dat het hof, voor zover het heeft geoordeeld dat geen sprake is van een leemte in de koop- en huurovereenkomst, in het bijzonder niet ten aanzien van de verdeling van het financiële risico met betrekking tot (onder)huurovereenkomsten die doorlopen na de huurgarantietermijn, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de koopovereenkomst/huurovereenkomst aan te vullen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Het onderdeel betoogt dat een overeenkomst alleen in het geval dat daarin een leemte is geconstateerd, kan worden aangevuld op grond van de redelijkheid en billijkheid.

### 3.1.4

Het oordeel van het hof (in rov. 7.3) dat het geen leemte aanwezig acht in de koopovereenkomst of de huurovereenkomst, ziet uitsluitend op de vraag op wie van partijen binnen de huurgarantietermijn het risico van onverhuurbaarheid en dalende huurprijzen rustte. Het oordeel van het hof dat (in zoverre) geen leemte aanwezig is, belette het hof dus niet om de vraag hoe Westinvest met haar goedkeuringsbevoegdheid moest omgaan bij huurovereenkomsten die zowel tijdens de huurgarantietermijn als daarna zouden lopen, te beantwoorden aan de hand van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). De klacht faalt derhalve.

### 3.2.1

Onderdeel 2.1 bevat de klacht dat het hof met zijn oordelen in rov. 7.10-7.19, op grond waarvan het hof in rov. 7.21 concludeert dat Westinvest geen aanspraak heeft op het volledige bedrag onder de huurgarantie en dat een reductie met 50% van de aanspraak van Westinvest op zijn plaats is, heeft miskend dat de rechtsgevolgen die op de voet van art. 6:2 lid 1 BW en/of art. 6:248 lid 1 BW voortvloeien uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, (mede) moeten worden beoordeeld naar de aard en strekking van de overeenkomst. Het hof heeft immers nagelaten enige kenbare betekenis eraan toe te kennen dat de huurgarantie ertoe strekt de beleggingswaarde van het kantoorgebouw en het overeengekomen bruto aanvangsrendement van tenminste 7% te garanderen, en dat de huurovereenkomst uitsluitend ter uitvoering van deze huurgarantie is aangegaan, aldus de klacht. Het onderdeel klaagt voorts dat voor zover het hof dit niet heeft miskend, het dat oordeel nader had moeten motiveren in het licht van de aard en strekking van de huurgarantie en de ter uitvoering daarvan gesloten huurovereenkomst.

### 3.2.2

Deze klachten falen omdat het hof de stelling van Westinvest dat de aard en strekking van de huurgarantie waren om ook na de garantieperiode de beleggingswaarde en het bruto aanvangsrendement in stand te houden, kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft verworpen (zie hiervoor in 3.1.2).

### 3.2.3

Onderdeel 2.2 klaagt dat de oordelen van het hof (in rov. 7.18 en 7.19)

- dat Westinvest zich te afhoudend, traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld met betrekking tot onderhuurovereenkomsten waarvan de looptijd zich uitstrekte buiten de garantieperiode,
- dat Westinvest zich bij de van haar te vergen medewerking de gerechtvaardigde belangen van [verweerster 1] tegenover die van haarzelf onvoldoende heeft aangetrokken, en
- dat Westinvest daardoor [verweerster 1] wezenlijk heeft beperkt in haar mogelijkheden om onderhuurovereenkomsten te sluiten waarmee zij de huurprijs die zij aan Westinvest moest betalen in ieder geval gedeeltelijk had kunnen terugwinnen, iedere nauwkeurigheid en concretisering ontberen. Het hof beperkt zich ten onrechte tot deze vage, in algemene bewoordingen gestelde overwegingen, aldus de klacht.

### 3.2.4

De gedachtegang van het hof moet aldus worden verstaan dat het op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een medewerkingsplicht van Westinvest heeft aangenomen, die inhoudt dat Westinvest zich bij de uitoefening van haar goedkeuringsbevoegdheid mede moest laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van [verweerster 1] om (onder)huurovereenkomsten te kunnen aangaan teneinde haar garantieverplichtingen te beperken. Het oordeel van hof in rov. 7.8 (zie hiervoor in 2.3) komt erop neer dat Westinvest ten onrechte in feite onverkort heeft vastgehouden aan de garantiehurprijs voor door [verweerster 1] voorgestelde (onder)huurovereenkomsten die zich mede uitstrekten over de periode na afloop van de garantiehurtermijn. Dat oordeel is tegen de achtergrond van de gedingstukken niet onbegrijpelijk. Bij die stand van zaken behoefde het hof niet te beoordelen wat concreet van Westinvest gevergd kon worden, om het oordeel dat Westinvest is tekortgeschoten in die medewerkingsplicht begrijpelijk te doen zijn. Hierop stuit de hiervoor in 3.2.3 weergegeven klacht af.

### 3.2.5

Onderdeel 2.5.1 is gericht tegen het oordeel van het hof (in rov. 7.14) dat in de eerste cassatie niet is

aangevochten het oordeel van het hof Amsterdam dat het in de verhouding met [verweerster 1] voor rekening en risico komt van Westinvest dat zij op grond van Duitse beleggingswetgeving toestemming van gespecialiseerde Duitse taxateurs moest hebben voor afwijking van de garantiehuur.

Deze klacht kan wegens gebrek aan belang niet tot cassatie leiden omdat de overweging van het hof (in rov. 7.14, slot) dat [verweerster 1] redelijkerwijs niet behoefde te verwachten dat afwijking van de garantiehuur buiten de huurgarantietermijn aan zulke strenge eisen was verbonden, zijn oordeel dat Westinvest die omstandigheid niet aan [verweerster 1] kan tegenwerpen, zelfstandig kan dragen.

### 3.2.6

Onderdeel 2.5.2 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 7.14 dat [verweerster 1] redelijkerwijs niet behoefde te verwachten dat afwijking van de garantiehuur buiten de garantietermijn aan zulke strenge eisen was gebonden als Westinvest heeft betoogd. Volgens het onderdeel is dit oordeel onbegrijpelijk, onder meer omdat het onverenigbaar is met het vaststaande feit dat art. 20 lid 2 (aanhef) van de koopovereenkomst [verweerster 1] verplichtte de goedkeuring van Westinvest te vragen voor het sluiten van (onder)huurovereenkomsten, waarbij de daarvoor geldende uitgangspunten zijn bepaald.

Deze klacht faalt, omdat het hof kennelijk het standpunt van [verweerster 1] heeft gevolgd dat partijen met het sluiten van het addendum (zie hiervoor in 2.1 onder (vi)) en de huurovereenkomst in zoverre zijn afgeweken van art. 20 lid 2 van de koopovereenkomst dat de garantiehuurprijs voor door [verweerster 1] met derden te sluiten (onder)huurovereenkomsten, niet langer gold. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk nu [verweerster 1] uit hoofde van de huurovereenkomst een huurprijs gelijk aan de garantiehuurprijs verschuldigd was en een met derden overeengekomen lagere huurprijs moest aanvullen tot de garantiehuurprijs.

### 3.3

De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

### 3.4

Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

## 4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het principale beroep;
- veroordeelt Westinvest in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerders] begroot op € 7.115,-- aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Westinvest deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Dit arrest is gewezen door de raadsheren T.H. Tanja-van den Broek, als voorzitter, H.M. Wattendorff, A.E.B. ter Heide, F.R. Salomons en K. Teuben, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer A.E.B. ter Heide op 15 november 2024.

## Conclusie

## Conclusie A-G mr. T. Hartlief:

### 1. Feiten

#### 1.1

In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.<sup>[1.]</sup>

#### 1.2

[Verweerster 1] is een Nederlandse projectontwikkelaar en ontwikkelt in die hoedanigheid onder meer kantoorgebouwen ten behoeve van de commerciële vastgoedmarkt.<sup>[2.]</sup> [Verweerster 2] is enig aandeelhouder van [verweerster 1]. [Verweerder 3] is enig aandeelhouder en bestuurder van [verweerster 2] en tevens enig bestuurder van [verweerster 1].<sup>[3.]</sup>

#### 1.3

Op 31 oktober 2000 heeft WestInvest, een Duitse bankinstelling die beleggingsfondsen beheert, van [verweerster 1] (als projectontwikkelaar/verkoper) het [kantoorgebouw] gekocht. Hierbij zijn partijen uitgegaan van een bruto aanvangsrendement van ten minste 7% van de koopprijs.

#### 1.4

In artikel 20 lid 2 (aanhef) van de koopovereenkomst ten aanzien van het [kantoorgebouw] (hierna: 'de koopovereenkomst') is bepaald dat [verweerster 1] de leegstaande ruimte van het kantoorgebouw in nauw overleg met WestInvest en met goedkeuring van WestInvest aan derden te huur zal aanbieden op basis van een aantal uitgangspunten. Tot die uitgangspunten behoort onder meer (artikel 20 lid 2 onder c.) dat dit gebeurt tegen een bepaalde jaarlijks te indexerende netto minimumhuurprijs van fl. 385 p/m<sup>2</sup> per jaar voor kantoorruimte. In artikel 20 lid 3 van de koopovereenkomst verleent [verweerster 1] aan WestInvest een huurgarantie voor de op de datum van oplevering leegstaande kantoorruimte, opslagruimte en parkeerplaatsen voor een periode van vijf jaren (voor 30% van de kantoorruimte) respectievelijk tien jaren (voor 70% van de kantoorruimte) op basis van de minimumhuurprijs van fl. 385 p/m<sup>2</sup> per jaar. Artikel 20 lid 4 van de koopovereenkomst bepaalt dat [verweerster 1] kan kiezen om, in plaats van het voldoen van betalingen uit hoofde van de huurgarantie, de leegstaande kantoorruimte zelf te huren tegen de minimumhuurprijs van fl. 385 p/m<sup>2</sup> per jaar.

#### 1.5

De juridische levering van het kantoorgebouw en betaling van de koopprijs hebben op 27 maart 2002 plaatsgevonden. De koopprijs is op de datum van levering bepaald op € 37.639.666,81 op grond van een in de koopovereenkomst opgenomen berekeningswijze. Daarbij was sprake van een verband tussen de hoogte van de huurprijzen en de koopprijs. Op de datum van levering was 50% van het kantoorgebouw conform artikel 20 lid 2 van de koopovereenkomst door [verweerster 1] namens WestInvest voor tien jaar verhuurd aan PeopleSoft B.V. (hierna: 'PeopleSoft').

#### 1.6

Op dezelfde dag is in een addendum bij de koopovereenkomst (hierna: 'het addendum') overeengekomen dat [verweerster 1] ter vervanging van de huurgarantie van artikel 20 lid 3 van de koopovereenkomst een huurovereenkomst met WestInvest sluit ten aanzien van het niet verhuurde deel van het kantoorgebouw voor een duur van zeven jaar. Deze huurovereenkomst (hierna: 'de huurovereenkomst') is gesloten voor de periode

van 1 april 2002 tot en met 31 maart 2009 voor een jaarlijks te indexerende huurprijs van € 1.310.362,29 per jaar (overeenkomend met een huurprijs van € 187,42 p/m<sup>2</sup> per jaar). [Verweerster 1] had nog wel op grond van artikel 20 lid 2 (aanhef) van de koopovereenkomst de goedkeuring van WestInvest nodig voor het sluiten van (onder)huurovereenkomsten.

### 1.7

WestInvest is in 2003 akkoord gegaan met de door [verweerster 1] aangedragen (onder)huurder TUI. De met TUI overeengekomen huurprijs (van toen € 172 per m<sup>2</sup> per jaar) kwam overeen met de toen geldende marktprijs maar was bijna € 22 per m<sup>2</sup> per jaar lager dan de (geïndexeerde) huurprijs van € 187,45 p/m<sup>2</sup> per jaar die [verweerster 1] aan WestInvest moest betalen onder de huurovereenkomst.<sup>[4.]</sup> Hierbij heeft meegewogen dat de huurovereenkomst (overigens behoudens de optietermijn van vijf jaar met ingang van 5 oktober 2008) nog binnen de garantieperiode afliep en [verweerster 1] gehouden was het verschil tot het garantieniveau te suppleren.

### 1.8

PeopleSoft is in januari 2005 overgenomen door Oracle Corporation (hierna: 'Oracle'), waarna het personeel van PeopleSoft naar een andere locatie is verplaatst. Oracle heeft vervolgens met toestemming van WestInvest het door PeopleSoft gehuurde deel van het kantoorgebouw onderverhuurd aan derden tegen een huurprijs die aanzienlijk beneden de € 187,42 p/m<sup>2</sup> lag die [verweerster 1] aan WestInvest moest betalen (namelijk voor prijzen rond de € 120 p/m<sup>2</sup> per jaar).

### 1.9

Vanaf 2005 is de hoogte van de huurprijs van met derden te sluiten huurovereenkomsten een punt van discussie geweest tussen [verweerster 1] en WestInvest. Dat hield ermee verband dat marktconforme huurprijzen op dat moment aanzienlijk lager lagen (namelijk tussen de € 150 en € 175 p/m<sup>2</sup> per jaar) dan de tussen partijen overeengekomen (geïndexeerde) huur van inmiddels omstreeks € 199 p/m<sup>2</sup> per jaar en dat zich de situatie ging voordoen dat huurovereenkomsten aangegaan zouden (moeten) worden met een looptijd langer dan tot en met 31 maart 2009 (de einddatum van de huurgarantie/huurovereenkomst met [verweerster 1]) wegens de in dit segment gebruikelijke huurperiodes van (ten minste) vijf en tien jaar.

### 1.10

[Verweerster 1] heeft in 2005 Nedeximpo voorgesteld als onderhuurder (voor een periode van vijf jaar). Nedeximpo was bereid om tegen een huurprijs van € 175 p/m<sup>2</sup> per jaar voor vijf jaar een verdieping van het kantoorgebouw te huren. Het antwoord van WestInvest bevatte onder meer de vraag of [verweerster 1] bereid was ook voor de periode na 31 maart 2009 het verschil ten opzichte van de huurprijs verschuldigd door [verweerster 1] onder de huurovereenkomst aan te zuiveren. [Verweerster 1] is daar niet op ingegaan. De huurovereenkomst met Nedeximpo is niet tot stand gekomen.

### 1.11

WestInvest stelde zich op het standpunt dat zij slechts was gehouden om goedkeuring te verlenen voor onderhuurovereenkomsten geïnitieerd door [verweerster 1], indien de onderhuurovereenkomsten voldeden aan de voorwaarden neergelegd in artikel 20 lid 2 van de koopovereenkomst, waaronder de minimumhuurprijs. Volgens WestInvest maakte de koopovereenkomst daarin geen onderscheid tussen onderhuurovereenkomsten met een looptijd die eindigde vóór 1 april 2009 en onderhuurovereenkomsten met een looptijd die eindigde na die datum. Vanaf 1 december 2005 heeft [verweerster 1] geen (huur)bedrag uit hoofde van de huurgarantie/huurovereenkomst meer aan WestInvest betaald.

## 1.12

Daarna hebben nog contacten plaatsgevonden tussen partijen, onder meer over (a) andere mogelijke huurders, (b) de hoogte van de huurprijs per m<sup>2</sup>, gelet op de structureel dalende huurprijzen, en (c) de eventuele afkoop van de huurgarantie. Dit heeft niet tot resultaat geleid.

## 2. Procesverloop

### Eerste aanleg<sup>[5.]</sup>

#### 2.1

WestInvest heeft [verweerders] op 16 januari 2009 voor de rechtbank Amsterdam gedagvaard. WestInvest heeft in verband met de niet-nakoming van de huurgarantie/huurovereenkomst sinds 1 december 2005 bij de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: 'de kantonrechter') hoofdelijke veroordeling van [verweerders] gevorderd tot betaling van in hoofdsom een bedrag van € 4.628.840,99.

#### 2.2

De kantonrechter heeft deze vordering bij vonnis van 2 december 2010 toegewezen tot een bedrag van € 3.575.000, met wettelijke handelsrente.<sup>[6.]</sup> Het meerdere (namelijk € 1.053.840,99) heeft de kantonrechter afgewezen, met de volgende redenering.

#### 2.3

Als eerste uitgangspunt heeft te gelden dat [verweerster 1] contractueel verplicht is om de overeengekomen huurprijs van € 1.310.362,29 per jaar tot 1 april 2009 te voldoen. Daarom is begrijpelijk dat WestInvest [verweerster 1] wilde houden aan het gegarandeerde huurprijsniveau. Tussen partijen staat vast dat de huurovereenkomst dezelfde strekking had als de huurgarantie. [Verweerster 1] zou het kantoorgebouw niet zelf betrekken maar had de vrijheid de leegstaande delen van het gebouw onder te verhuren met het oogmerk om lasten uit de ingeroepen garantie zoveel mogelijk te beperken. Wezenlijke uitvoeringsproblemen waren er niet voor zover onderhuren werden aangegaan die geheel binnen de garantietermijn vielen. Weliswaar moest WestInvest hiervoor toestemming geven, maar zij had de zekerheid dat [verweerster 1] instond voor de huuropbrengst.

#### 2.4

Wezenlijke problemen ontstonden wel bij onderverhuur voor een termijn die gedeeltelijk buiten de garantietermijn zou gaan vallen, omdat het aangaan van een dergelijke huurovereenkomst ook onder de verantwoordelijkheid van WestInvest zou gaan vallen. De garantiebepalingen en huurovereenkomst bevatten geen specifieke bedingen hoe hiermee om te gaan. [Verweerster 1] heeft erkend dat zij deze complicaties niet heeft voorzien, terwijl WestInvest niet heeft betwist dit niet onder ogen te hebben gezien:

"4.6. De garantiebepalingen en de huurovereenkomst bevatten geen specifieke bedingen over de voormelde samenwerking en over de verdeling van de verantwoordelijkheden. De vraag is of partijen de genoemde complicaties bij het aangaan van de huurovereenkomst hebben voorzien. Desgevraagd tijdens de comparitie hebben [verweerders] volmondig erkend daarmee geen rekening te hebben gehouden. WestInvest heeft niet betwist dat niet onder ogen te hebben gezien. Naar het oordeel van de kantonrechter kan daarom de Haviltex-norm hier geen toepassing vinden. Als partijen deze complicaties niet hebben voorzien bij het aangaan van de overeenkomst, bestaat er ook geen grond om oplossingen (alleen) in de uitleg van de bedingen en de bedoelingen van partijen daarbij te zoeken. Als kader van de beoordeling wordt derhalve de algemene norm van art. 6 lid 2<sup>[7.]</sup> BW genomen. (...)"

#### 2.5

Begrijpelijk is dat WestInvest om beleggingsredenen [verweerster 1] wilde houden aan het gegarandeerde huurprijsniveau. WestInvest kon er echter niet aan voorbijgaan dat de markt (in 2005/2006) er slechter voorstond dan in 2002 was voorzien en dat zij haar prijsbeleid daarom vanaf april 2009 (na afloop van de garantietermijn) moest herzien, wilde zij leegstand inperken. Partijen moesten met elkaar samenwerken waar het ging over de voorwaarden waaronder nieuwe (onder)huurovereenkomsten, die doorliepen na de garantietermijn, werden aangeboden. Tussen WestInvest en [verweerster 1] bestond geen verbintenis die

WestInvest verplichtte om door [verweerster 1] voorgedragen (onder-)huurders tegen lagere huren dan het garantiebedrag te aanvaarden. De overeenkomst had betrekking op de door [verweerster 1] verstrekte garantie voor de afgesproken huuropbrengst, waarop de koopsom mede was gebaseerd. Ook anderszins heeft WestInvest niet gehandeld op een wijze die niet passend was binnen de contractuele verhouding met [verweerster 1].

## 2.6

De kantonrechter heeft daarna geoordeeld over de wijze waarop partijen eind 2005, begin 2006 met de onvoorziene situatie van na 1 april 2009 doorlopende huren en met hun belangen daarbij dienden om te gaan: “4.14. Een en ander is echter wel van belang voor de beoordeling van de wijze waarop partijen eind 2005, begin 2006 met de onvoorziene situatie van na 1 april 2009 doorlopende huren en met hun belangen dienaangaande behoorden om te gaan. Geoordeeld wordt dat WestInvest zich daarin te rigide heeft opgesteld. Dat verwijt is niet alleen gegrond op de omstandigheid dat zij voor de periode vanaf april 2009 geen lagere huur dan het garantiebedrag wilde aanvaarden, maar vooral daarop dat zij jegens [verweerster 1]<sup>[8.]</sup> geen open oog heeft getoond voor de gewijzigde marktomstandigheden en de daaraan verbonden complicaties, die hun schaduw vooruitwierpen vóór april 2009. Dientengevolge maakte zij overleg onmogelijk en blokkeerde zij noodzakelijke compromissen.

4.15. Anderzijds droeg ook [verweerster 1] toen de verplichting om naar oplossingen te blijven zoeken en om rekening te houden met de belangen van WestInvest. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft [verweerster 1] dat in onvoldoende mate gedaan. In de eerste plaats heeft zij zonder toereikende grond de aanzienlijke huurverplichtingen vanaf 1 januari 2006 geheel onbetaald gelaten, zelfs nog vóór haar aankondiging bij brief van 15 februari 2006. In de tweede plaats heeft zij de relatie met WestInvest in het gesprek van 18 mei 2006 en in de faxbrief van 29 mei 2006 ernstig onder druk gezet door voorstellen over de afkoop van haar verplichtingen direct te verbinden aan een dreigende betalingsonmacht en zelfs aan een faillissement. WestInvest mocht erop vertrouwen dat [verweerster 1] onverkort aan de overeengekomen verplichtingen zou voldoen. Begrijpelijk is dat zij dat vertrouwen na deze argumentatie zijdens [verweerster 1] verloor. Vast staat dat er na de faxbrief van 29 mei 2006 geen contacten tussen partijen over de invulling van de (onder-)huur zijn geweest. De geschillen zijn verder geëscaleerd: WestInvest wenste inzage in de boeken van [verweerster 1], [verweerster 1] gaf die niet naar de wensen van WestInvest en de discussie eindigde in procedures en beslagen. Geoordeeld moet worden dat [verweerster 1] aan het stranden van de samenwerking met de bovengenoemde handelingen in beduidende mate heeft bijgedragen.”

## 2.7

Over de vraag in welke mate verwijtbare gedragingen van partijen eraan hebben bijgedragen dat het kantoorgebouw niet verder werd verhuurd en [verweerster 1] dus niet een minder zware last uit de garantie te dragen had, heeft de kantonrechter geoordeeld dat de omvang van het toe te rekenen nadeel over en weer niet nauwkeurig kan worden vastgesteld en daarom, in de woorden van de kantonrechter, begroot moet worden op de voet van de art. 6:97-6:99 BW in verbinding met art 6:101 BW:

“4.16. Zoals in de rov. 4.2 en 4.4 is overwogen, geldt als eerste uitgangspunt voor de beoordeling van het geschil dat [verweerster 1] de garantie op zich had genomen om de volle overeengekomen huur over de periode van 2002 tot 2009 te voldoen. Het tweede uitgangspunt is dat partijen zich bij de uitvoering van de overeenkomsten naar redelijkheid en billijkheid behoorden te gedragen. Het laatste leidt tot een van de kernvragen in dit geding, te weten in welke mate de verwijtbare gedragingen van partijen eraan hebben bijgedragen dat het gebouw niet verder werd verhuurd en [verweerster 1] dus een minder zware last uit de garantie te dragen had.

4.17. De laatstgenoemde causaliteitsvraag heeft geen eenvoudig te bepalen antwoord. Aan het verwijt van [verweerders] dat WestInvest onvoldoende aan de verhuur heeft meegewerkt, ligt de veronderstelling ten grondslag dat het gebouw wél verhuurd zou zijn als WestInvest lagere huurprijzen had toegestaan. Die veronderstelling kan echter niet zonder meer worden gevolgd en is bovendien maar ten dele relevant. In de eerste plaats heeft [verweerster 1] wel aangevoerd serieuze kandidaten te hebben gehad (zoals de Belastingdienst en AFM), maar zij heeft dat onvoldoende onderbouwd. De enkele lijst met potentiële huurders vanaf mei 2004 (prod. 20 bij conclusie van dupliek) zegt daaromtrent te weinig. Bovendien is niet aangevoerd onder welke condities ten aanzien van huurprijs en -termijn verhuur zou hebben plaatsgevonden. Uit de verklaring van 6 oktober 2010 van [bedrijfsmakelaar]<sup>[9.]</sup> kan niet worden opgemaakt dat alleen door toedoen

van WestInvest geen huurovereenkomst met Achmea tot stand is gekomen. Van WestInvest kon niet worden verlangd dat zij met ieder geboden huurniveau zou instemmen. Voor haar gold ook het beginsel van contractvrijheid. Voorts had zij achterliggende belangen bij het behoud van de beleggingswaarde van het gebouw. Ook was haar horizon voor verhuur langer dan de garantieperiode van [verweerster 1]. In de tweede plaats is het gebouw ook nu nog niet geheel verhuurd, terwijl WestInvest lagere huurprijzen vraagt. In de derde plaats laat de veronderstelling onverlet dat [verweerster 1] bij een meer succesvolle verhuur tegen lagere huurprijzen ook had moeten suppleren, al was die verplichting dan beperkter geweest.

4.18. De bovenstaande vraag dient bovendien te worden gekoppeld aan een tweede causaliteitsvraag. Het gebouw is in de periode van 2006 tot 2009 maar voor een deel verhuurd geweest. Aangenomen is al dat dat mede met de hoge, door WestInvest verlangde huurprijs van doen had. Daarnaast is echter ook de samenwerking tussen partijen onmogelijk geworden. Aannemelijk is dat de verhuur van leegstaande gedeelten van het gebouw daardoor niet is bevorderd. Die omstandigheid dient eveneens in een bepaalde mate aan ieder der partijen toegerekend te worden.

4.19. Het bovenstaande brengt met zich mee dat de omvang van het toe te rekenen nadeel over en weer niet nauwkeurig kan worden vastgesteld en daarom begroot moet worden op de voet van de art. 6:97-6:99 jo. 6:101 BW. (...)"

2.8

De kantonrechter heeft vervolgens uitgaande van een door toedoen van beide partijen gemiste hypothetische (onder)huuropbrengst van ruim € 2 miljoen de helft daarvan voor rekening van WestInvest gelaten (in de woorden van de kantonrechter hierna ook: 'de restant-vordering' of 'de reductie'):

"4.19. (...) De kantonrechter gaat daarbij uit van de volgende aanname over de verhuur van het gebouw als het tegen lagere huurprijzen te huur was aangeboden.

4.20. Het marktonderzoek van 31 mei 2006 van [A] is opgesteld ten behoeve van overleg tussen WestInvest en [verweerster 1]. Het beschrijft de bestaande en de geplande vloeroppervlakte van kantoren, de toen bestaande leegstand (19,9% in Amsterdam en directe omstreken, 35% in Amsterdam-West) en de geldende markthuren in de belangrijkste delen van de regio. Ook biedt het een gedetailleerde vergelijking met concurrerende gebouwen in de directe omgeving. Op basis van die gegevens adviseerde [A] een huurprijs van € 160,00 voor huren van 5 jaar en van € 175,00 voor een looptijd van 10 jaar, zij het met "incentives" (bedoeld zijn huurvrije perioden of kortingen anderszins) van tenminste 20%. Onvoldoende bestreden is dat WestInvest sedert (ongeveer) 2009 ruim de helft van het gebouw verhuurt tegen een huurprijs van ca. € 175,00, ook met een huurvrije periode. Tenslotte staat vast dat Nedeximpo aan [verweerster 1] in mei 2005 een huurprijs van € 175,00 (exclusief huurvrije periode ter hoogte van 20%) heeft voorgesteld.

4.21. In het onderstaande wordt verder uitgegaan van een haalbare huurprijs van het gemiddelde tussen € 175,00 en € 160,00 per m<sup>2</sup>, zijnde € 167,50. Dat is een bruto huurprijs, zonder de huurvrije periodes die een korting van omstreeks 20% inhouden. Omdat de garantiehuur van € 198,00 een netto bedrag betreft, moet ook van een (hypothetische reken-) nettohuur worden uitgegaan. Van een brutohuur van € 167,50 resteert na aftrek van 20% een bedrag van € 134,00.

4.22. Op basis van deze gegevens hanteert de kantonrechter de aanname dat bij een samenwerking waarin wel rekening werd gehouden met de wederzijdse belangen, over de periode van 1 januari 2006 tot 1 april 2009 tweederde van het aan [verweerster 1] verhuurde deel van het gebouw verhuurd had kunnen worden tegen een netto huurprijs van € 134,00 per m<sup>2</sup> per jaar. Het percentage is gebaseerd op de door [A] in het gebied genoemde leegstand en de huidige verhuurde oppervlakte. Met die aanname is onvoldoende relevant in welke mate het gebouw in de voornoemde periode feitelijk is verhuurd. In dit geding gaat het immers om het door [verweerster 1] gehuurde deel van het gebouw. Het overige deel en de daaruit door WestInvest gegenereerde huren zijn in de relatie tussen [verweerster 1] en WestInvest onvoldoende relevant.

4.23. Onweersproken is dat de overeengekomen betalingsverplichting van [verweerster 1], in ronde getallen € 4,6 mio. bedroeg, zoals berekend in productie 44 bij conclusie van dupliek in reconventie. Uitgaande van het bovenstaande zou [verweerster 1] tweederde van het onder haar gehuurde deel van het gebouw hebben kunnen verhuren tegen een huurprijs van € 134,00 per m<sup>2</sup>. Dat zou met zich meebrengen dat zij

huurinkomsten had kunnen verwerven ter hoogte van € 2,05 mio: tweederde van € 4,6 mio. is € 3.06 mio, ad 134/198 is € 2,05 mio. De servicekosten zijn van ondergeschikt belang en zijn in deze rekensom meegenomen. Daaruit vloeit voort dat de betalingsverplichting van [verweerster 1] verminderd zou moeten worden tot € 2.55 mio., indien WestInvest voldoende rekening had gehouden met de belangen van [verweerders]

4.24. Er is echter niet op die wijze verhuurd; daarop ziet de tweede, in rov. 4.17 genoemde causaliteitsvraag. Naar zijn aard is ook deze vraag niet concreet te beantwoorden, reden waarom daarin eveneens een billijkheidsoordeel dient te worden gegeven. Naar het oordeel van de kantonrechter hebben WestInvest en [verweerster 1] ieder in vergelijkbare mate bijgedragen aan het feit dat niet werd verhuurd: zie daaromtrent de rov. 4.14 en 4.15. Bij dit oordeel wordt ook betrokken dat de koopsom mede is bepaald op grond van de door [verweerster 1] gegarandeerde huuropbrengst.

4.25. Op grond van het bovenstaande dient de hypothetische huuropbrengst van 2,05 mio. met de helft te worden verminderd tot € 1,025 mio. [Verweerster 1] draagt daarmee een betalingsverplichting van € 2,55 mio. plus € 1,025 mio. is € 3,575 mio., te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de onderscheiden vervaldata, met dien verstande dat de rente berekend dient te worden over (afgerond) driekwart van die termijnen, in overeenstemming met het toegewezen deel van de hoofdsom, zijnde 3.575/4.600.”

2.9

De kantonrechter heeft ook [verweerster 2] en [verweerder 3] aansprakelijk geacht voor het in rov. 4.25. van zijn vonnis genoemde bedrag, nu zij onrechtmatig hebben gehandeld tegenover WestInvest (rov. 4.26.-4.32.).

### **Hoger beroep vóór verwijzing<sup>[10.]</sup>**

2.10

[Verweerders] hebben op 1 maart 2011 bij het hof Amsterdam principaal hoger beroep ingesteld. WestInvest heeft incidenteel appel ingesteld. Het hof Amsterdam heeft als volgt overwogen en geoordeeld.<sup>[11.]</sup>

2.11

[Verweerders] zijn door het hof niet-ontvankelijk verklaard in hun principale hoger beroep. Dit principale hoger beroep is in de onderhavige cassatieprocedure niet meer aan de orde.

2.12

WestInvest heeft in haar incidentele appel met negentien grieven geklaagd over de afwijzing van haar restantvordering. WestInvest heeft daartoe samengevat gesteld in haar eerste algemene grief, die mede dient ter motivering van haar afzonderlijke grieven, dat [verweerster 1] gehouden is de in de huurovereenkomst overeengekomen huur gedurende zeven jaar na leveringsdatum te betalen en dat de in het vonnis toegekende reductie van de betalingsverplichting van [verweerders] niet in stand kan blijven. Volgens WestInvest kan rechtens niet van haar worden verlangd een lager huurprijsniveau te aanvaarden dan tussen partijen is overeengekomen, ook niet voor zover de (onder)huurovereenkomst(en) met de door [verweerster 1] aangedragen derden nog zouden doorlopen na afloop van de garantietermijn.

2.13

Bij arrest van 14 april 2015 heeft het hof Amsterdam het vonnis van de kantonrechter op het punt van de reductie bekrachtigd:

“3.5. De kantonrechter heeft vastgesteld dat, indien het gaat om door [verweerster 1] met derden te sluiten (onder)huurovereenkomsten die een duur hebben die de in de huurovereenkomst bepaalde duur van zeven jaren, tot 1 april 2009, overschrijdt, de koopovereenkomst een leemte bevat, die moet [worden, A-G] opgevuld met de redelijkheid en billijkheid. Vervolgens heeft de kantonrechter een berekening gemaakt van het nadeel dat is ontstaan doordat [verweerster 1], wegens het onthouden van (tijdig gegeven) toestemming daarvoor van de zijde van Westinvest, geen (onder)huurovereenkomsten met derden heeft kunnen sluiten, met gevolg dat [verweerster 1] de (onder)huurinkomsten daaruit niet in mindering heeft kunnen brengen op de aan Westinvest te betalen huursom. Tenslotte heeft de kantonrechter vastgesteld dat dit nadeel door toedoen van beide partijen, ieder voor een gelijk deel, is ontstaan en heeft hij, zo begrijpt het hof, voor het aandeel dat door toedoen van Westinvest is ontstaan, de vordering van Westinvest naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht en de vordering voor dit deel afgewezen.

Tegen deze wijze van beoordelen van het geschil zijn geen bezwaren geuit. Het hof, onder meer ziende dat partijen inderdaad de consequenties van de genoemde (onder)verhuur aan derden in het licht van de tussen hen overeengekomen huurgarantie onvoldoende onder ogen hebben gezien, sluit zich hierbij aan. De kern van het door Westinvest ingestelde hoger beroep betreft de vraag of het oordeel van de kantonrechter, dat het nadeel, zoals hiervoor beschreven, voor 50% door toedoen van Westinvest is ontstaan, juist is. Volgens Westinvest valt haar geen verwijt te maken zodat haar vordering geheel moet worden toegewezen. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

3.6. Uitgangspunt is dat Westinvest en [verweerster 1] verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid, en met name rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Wat betreft de houding van [verweerster 1] ten opzichte van Westinvest is in dit verband het volgende van belang.

Westinvest heeft aan [verweerster 1] de koopprijs van € 37.639.666,81, berekend overeenkomstig artikel 5 van de koopovereenkomst, bij de oplevering van het kantoorgebouw op 27 maart 2002 voldaan. Hierbij is ingevolge artikel 5 lid (1) sub f van de koopovereenkomst het prijspeil van de huurprijzen per 1 januari 2000 leidend geweest. Het staat tussen partijen vast dat ten tijde van de levering de kantorenhuurmarkt onder druk stond. Volgens [verweerders] was begin 2002 de leegstand op de kantorenmarkt in Amsterdam de grens van 400.000 m2 gepasseerd en stopten de huurprijzen in 2001/2002 met stijgen, hoewel van “echt dalen” nog niet kon worden gesproken. Volgens Westinvest was de leegstand ultimo 2001 circa 1.000.000 m2 en zijn de huurprijzen reeds begin 2001 gaan dalen. De verslechtering van de kantorenhuurmarkt heeft zich voortgezet - volgens [verweerders] lag een marktconforme huurprijs in 2005 tussen € 150,- en € 175,- per m2, terwijl de garantiehuur toen € 199,- per m2 bedroeg. Gelet op een en ander, zou de (beleggings)waarde van het kantoorgebouw ten opzichte van de betaalde koopprijs, gebaseerd op het prijspeil van de huurprijzen per 1 januari 2000, aanzienlijk afnemen na 31 maart 2009, de datum waarop de huurovereenkomst eindigde. Niet gesteld of gebleken is dat [verweerster 1] desondanks bereid was voor de periode nadien op enige wijze tegemoet te komen aan de belangen van Westinvest.

3.7. Ten aanzien van de houding van Westinvest ten opzichte van [verweerster 1] is het volgende van belang. [Verweerster 1] verwijt Westinvest dat Westinvest het [verweerster 1] de facto onmogelijk maakte om (onder)huurders aan te trekken indien de huurovereenkomsten zouden doorlopen na 31 maart 2009 door [verweerster 1] lange tijd in het ongewisse te laten en door [verweerster 1] uitsluitend toestemming tot (onder)verhuur te geven onder onacceptabele voorwaarden, waarvoor zij verwijst naar de hierboven onder 2.7 tot en met 2.13 weergegeven feiten. Ook het hof is van oordeel dat door het vasthouden aan de garantiehuur, zoals volgt uit de e-mail van Westinvest aan [verweerster 1] van 3 maart 2006, die naar onbetwist is (aanzienlijk) hoger lag dan de markthuur en die in redelijkheid door [verweerster 1] van aspirant (onder)huurders niet bedongen kon worden, het sluiten van huurovereenkomsten die door zouden lopen na 31 maart 2009 uitgesloten was. Daardoor is [verweerster 1], die wel moest voldoen aan de overeengekomen huurgarantie, onredelijk benadeeld. Westinvest heeft geen feiten en omstandigheden, bijvoorbeeld bijzondere kenmerken van het gebouw die afwijking naar boven van de markthuur zouden kunnen rechtvaardigen, gesteld, die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. De stelling van Westinvest dat “(n)iet ondenkbaar was (...) bovendien dat de huurmarkt in de daaropvolgende 2 of 3 jaar nog zou herstellen en in 2009 de markthuur weer tot op het niveau van de garantiehuur zou zijn gestegen”, wordt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, als louter hypothetisch gepasseerd. Bovendien vermeldt de stelling niet hoe in de gegeven omstandigheden op enige wijze met de belangen van [verweerster 1] rekening werd gehouden. Een goede grond voor het door Westinvest vasthouden aan de garantiehuur is niet door haar gegeven, waarbij in aanmerking is genomen dat een na 31 maart 2009 onverhuurd kantoorgebouw niet nagestreefd zal worden door een redelijk handelend verhuurder, zodat [verweerster 1] hiermee bij het aangaan van de overeenkomst in redelijkheid geen rekening heeft hoeven te houden. Voorts verwijt [verweerster 1] Westinvest terecht dat zij veel tijd heeft genomen om haar standpunt te bepalen, hetgeen de werkzaamheden voor [verweerster 1] (verder) bemoeilijkten. Dat Westinvest op grond van Duitse beleggingswetgeving toestemming van gespecialiseerde Duitse taxateurs, zogenaamde Gutachters, moest hebben voor afwijking van de garantiehuur, komt in de verhouding met [verweerster 1] voor rekening en risico van Westinvest.

3.8. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de mate waarin Westinvest heeft bijgedragen - in de woorden

van de kantonrechter - “aan het feit dat niet werd verhuurd”, in vergelijking met de onder 3.6 besproken houding van [verweerster 1], door de kantonrechter terecht op 50% is gesteld.”

## **Eerste cassatieberoep<sup>[12.]</sup>**

2.14

Uw Raad heeft het cassatieberoep van WestInvest tegen het arrest van het hof Amsterdam laten slagen:<sup>[13.]</sup> "3.3 De onderdelen 1.1-1.3 richten zich met verschillende motiveringsklachten tegen de tweede alinea van rov. 3.5 van het arrest van het hof. Onderdeel 1.1 klaagt dat het hof ten onrechte heeft overwogen dat geen bezwaren zijn geuit tegen de wijze waarop de kantonrechter het geschil heeft beoordeeld en dat de kern van het hoger beroep van WestInvest de vraag betreft of de kantonrechter met juistheid heeft geoordeeld dat het nadeel dat [verweerster 1] heeft geleden doordat zij geen (onder)huurovereenkomsten kon sluiten met derden, voor 50% is ontstaan door toedoen van WestInvest. Onderdeel 1.2 klaagt dat het hof ten onrechte heeft overwogen dat partijen inderdaad de consequenties van de genoemde (onder)verhuur aan derden in het licht van de tussen hen overeengekomen huurgarantie onvoldoende onder ogen hebben gezien. Onderdeel 1.3 bevat een voortbouwende klacht erop neerkomende dat met het slagen van de onderdelen 1.1 en 1.2 ook de grondslag ontvalt aan de oordelen van het hof in rov. 3.6-3.9 en het dictum. De klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.4 WestInvest heeft in de memorie van grieven - kort gezegd - gesteld dat de risicoverdeling die uit de huurgarantie voortvloeide, was beoogd, dat van een verplichting tot samenwerking of van een leemte in de koopovereenkomst geen sprake was en dat zij geen andere huurprijs behoefde te aanvaarden binnen de termijn van de huurgarantie dan de gegarandeerde huurprijs, ook niet indien het verhuur betrof die zou doorlopen na de termijn van de huurgarantie. Het hof heeft deze grieven en de daarin besloten stellingen in zijn rov. 3.4 weergegeven. De overwegingen waartegen de onderdelen 1.1 en 1.2 zich richten, zijn in het licht van deze stellingen evenwel onvoldoende gemotiveerd. Het hof kon niet volstaan met de enkele constatering dat het een leemte zag, maar had ten minste nader moeten aanduiden waaruit valt af te leiden dat partijen de consequenties van de genoemde (onder)verhuur aan derden in het licht van de tussen hen overeengekomen huurgarantie onvoldoende onder ogen hebben gezien. De gegrondbevinding van de onderdelen 1.1 en 1.2 brengt mee dat ook het daarop voortbouwende onderdeel 1.3 slaagt.”

2.15

Uw Raad heeft het arrest van het hof Amsterdam vernietigd en de zaak vervolgens ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het hof Den Haag. De verdere klachten, gericht tegen rov. 3.6-3.9 in het arrest van het hof Amsterdam, heeft Uw Raad buiten behandeling gelaten (rov. 3.5).

## **Hoger beroep ná verwijzing**

2.16

Na verwijzing heeft het hof Den Haag het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd en geoordeeld dat WestInvest geen aanspraak kan maken op de restant-vordering (zie randnummer 2.8 hiervoor).<sup>[14.]</sup> Daartoe heeft het hof Den Haag als volgt overwogen en geoordeeld.

2.17

Het hof heeft bij zijn beoordeling de kern van het geschil na verwijzing vooropgesteld:

“3. *Feitelijke achtergrond*

3.1 In dit geschil is alleen het incidenteel hoger beroep van Westinvest aan de orde, en wel voor zover het de gedeeltelijke afwijzing betreft van haar vordering uit hoofde van een door [verweerster 1] verstrekte huurgarantie. (...)

(...)

## **7 Beoordeling na verwijzing**

### *Algemeen*

(...)

7.2 Gelet op de grieven van Westinvest zal het hof de restant-vordering van € 1.053.840,99 opnieuw beoordelen, met dien verstande dat een leemte in de overeenkomst op basis van de redenering van het gerechtshof Amsterdam niet is komen vast te staan. Westinvest klaagt met haar grieven I tot en met XVIII over de afwijzing ervan door de kantonrechter. Dit geschil wordt aldus in volle omvang aan het hof voorgelegd.”

2.18

Hierna heeft het hof geoordeeld dat geen sprake is van een leemte in de koopovereenkomst of de huurovereenkomst en heeft het hof de kern van de huurovereenkomst weergegeven:

“*De grieven I tot en met XVIII falen*

*Geen leemte*

7.3 Het hof acht geen leemte in de koopovereenkomst of de huurovereenkomst aanwezig en overweegt hiertoe als volgt. Vast staat dat de huurovereenkomst met [verweerster 1] een invulling was van de huurgarantie. Hierbij heeft [verweerster 1] zich verbonden om de bij oplevering in 2002 niet verhuurde ruimten (50% van het gebouw) voor zeven jaar te huren (van 1 april 2002 tot 1 april 2009) tegen een huurprijs van € 1.310.362,29 per jaar. [Verweerster 1] mocht daarbij na toestemming van Westinvest onderverhuren. Voor zover in de betreffende zeven jaar het door [verweerster 1] gegarandeerde huurniveau niet zou worden behaald, zou [verweerster 1] het tekort aanvullen tot het garantieniveau. Deze constructie brengt met zich mee dat het risico van onverhuurbaarheid en dalende huurprijzen *binnen de garantietermijn* bij [verweerster 1] is gelegd. Westinvest wist zich immers contractueel verzekerd van vaste (huur)inkomsten gedurende die jaren, terwijl een dalende huurmarkt in zoverre alleen [verweerster 1] aanging. Hierin ziet het hof geen leemte. De tekst van de overeenkomst is helder en wijst erop dat partijen het risico van de (on)verhuurbaarheid *gedurende de eerste zeven jaar* bij [verweerster 1] hebben gelegd. Dit geldt temeer, nu de overeenkomst met juridische bijstand is gesloten door grote professionele partijen, van wie verwacht mag worden dat zij oog hebben voor mogelijk goede en kwade kansen.”

2.19

Vervolgens heeft het hof overwogen dat partijen op de complicatie zijn gestuit dat de door [verweerster 1] af te sluiten (onder)huurovereenkomsten op een gegeven moment de looptijd van de huurovereenkomst gingen overschrijden:

“*Terechte reductie*

7.4 Bij de uitvoering van de overeenkomsten zijn partijen gestuit op de complicatie dat de door [verweerster 1] af te sluiten (onder)huurovereenkomsten op een gegeven moment de looptijd van de huurovereenkomst gingen overschrijden. Deze complicatie heeft zich voorgedaan, omdat commerciële huur als deze veelal wordt aangegaan voor een termijn van vijf tot tien jaar, met eventueel een optiemogelijkheid. Westinvest betwist niet dat deze termijnen gebruikelijk zijn.”

2.20

Vanwege deze complicatie heeft het hof onderzocht wat de afspraken tussen partijen precies inhouden en geoordeeld dat Westinvest meer vergde van [verweerster 1] dan waartoe [verweerster 1] contractueel verplicht was. Het hof heeft het standpunt van Westinvest dat in de huurgarantie besloten ligt dat [verweerster 1] het risico heeft aanvaard dat zich geen huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen, verworpen:

“7.5 In het licht van deze complicatie is van belang om nader te onderzoeken wat de afspraken tussen partijen precies inhouden.

*Binnen de garantietermijn van zeven jaren*

7.6 Partijen hebben het *financiële risico* van onverhuurbaarheid *binnen* de garantietermijn tegen de minimum huurprijs bij [verweerster 1] gelegd door de afgesproken ‘aanzuivering’ van de minimum huurprijs gedurende die termijn. Niet méér dan dat.

*Buiten de garantietermijn*

7.7 *Buiten* de garantietermijn hebben partijen geen afspraken gemaakt. Westinvest zegt zelf dat de situatie na afloop van de garantietermijn niet relevant is. De overeenkomst bestrijkt alleen de periode daarvóór. [Verweerster 1] hoefde vanaf 1 april 2009 niet te zorgen voor huurders en, voor zover er (nog) huurders waren, was zij niet verantwoordelijk voor de hoogte van de alsdan geldende huurprijzen. In ieder geval heeft [verweerster 1] zich niet contractueel jegens Westinvest verbonden om er voor te zorgen dat zittende huurders vanaf 1 april 2009 de inmiddels niet meer marktconforme (hogere) minimum huurprijs zouden gaan betalen en evenmin om zelf alsdan een lagere huur aan te zuiveren tot het garantieniveau. In feite is dit echter wél de consequentie van de eisen die Westinvest bleek te stellen aan de (vanaf midden 2005) door [verweerster 1] aangedragen onderhuurders (bij wie de garantietermijn zou worden overschreden in verband met genoemde veelal voorkomende huurtermijnen van vijf of tien jaar).

7.8 Vast staat immers:

- (i) dat Westinvest ondanks de (zeker na 2002) fors dalende huur(prijs)markt en de toenemende leegstand van kantoorgebouwen in de praktijk slechts bereid is gebleken om incidenteel lagere huurprijzen te accepteren mits de betreffende huurovereenkomst de einddatum 31 maart 2009 niet zou overschrijden,
- (ii) dat deze bereidheid bij Westinvest begon te ontbreken, althans dat Westinvest uiterst terughoudend en langzaam in haar reacties bleek, toen huurovereenkomsten deels buiten de garantietermijn in beeld kwamen;
- (ii) dat Westinvest in haar communicatie met [verweerster 1] veelal als voor haar acceptabele huurprijs
  - i) een bedrag overeenkomend met de geïndexeerde huurprijs uit de huurovereenkomst van tenminste € 198 p/m<sup>2</sup> per jaar is blijven noemen, terwijl dit bedrag ver boven de toen geldende markthuurprijs lag;
- (i) dat Westinvest voor huurovereenkomsten die na de einddatum 31 maart 2009 zouden doorlopen, in
  - v) feite van [verweerster 1] vergde dat zij ervoor zorgdroeg (al dan niet door incentives van de zijde van [verweerster 1], zoals stapsgewijze verhoging, huurprijsvrije periodes) dat de huurinkomsten aan het eind van de garantietermijn, wanneer het risico van verhuur op Westinvest zou overgaan, tenminste € 198,- p/m<sup>2</sup> per jaar zouden bedragen, dit ondanks het feit dat de markt-huurprijs inmiddels aanzienlijk lager lag,
- (v) dat Westinvest niet schroomde om in het geval van de door [verweerster 1] in 2005 voorgestelde huurder Nedeximpo (die bereid was om € 175 p/m<sup>2</sup> per jaar te betalen) aan [verweerster 1] te verzoeken om ook na afloop van de garantietermijn de huurprijs te blijven suppleren (memorie van grieven van Westinvest 31). Weliswaar stelt Westinvest later dat dit een onderhandelingsvoorstel was maar uit de formulering ervan is dit niet kenbaar. En gelet op het standpunt van Westinvest - dat er op neerkwam dat [verweerster 1] instond voor de garantiehuur, ook voor contracten die door zouden lopen na de garantietermijn - is het ook niet waarschijnlijk dat Westinvest bereid zou zijn geweest om hierover te onderhandelen.

7.9 Het komt er dus op neer dat Westinvest van [verweerster 1] méér vergde dan waartoe [verweerster 1] contractueel was verplicht. Het standpunt van Westinvest (onder meer verwoord in haar cassatiedagvaarding onder 2.2) dat in de huurgarantie besloten ligt dat [verweerster 1] het risico heeft aanvaard dat zich geen huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen, wordt dan ook verworpen.”

2.21

Daarna is het hof ingegaan op de belangen van [verweerster 1] en heeft het hof geoordeeld dat het een vitaal belang van [verweerster 1] is om (geschikte) onderhuurders te vinden en zo haar huurlasten te verlichten: “*De belangen van [verweerster 1]*”

7.10 In het licht van de inmiddels aanzienlijk lagere markthuurprijzen en overschotten op de verhuurdersmarkt heeft [verweerster 1] voldoende aannemelijk gemaakt dat zij geen/nauwelijks huurders kon vinden die vanaf 2005 bereid waren om de garantiehuur te betalen, ook niet met de door Westinvest genoemde ‘incentives’. Deze incentives waren redelijkerwijs niet toereikend om het grote verschil met de markthuurprijzen te

overbruggen, zodat een (onder)huurder niet bereid was om vanaf 1 april 2009 de aanzienlijk hogere garantiehuis te gaan betalen. Bovendien kon Westinvest niet van [verweerster 1] verlangen dat zij deze 'incentives' zou verstrekken om de (onder)huurder te bewegen voor de periode na 31 maart 2009 een huur gelijk aan de huurprijs uit de huurovereenkomst tussen Westinvest en [verweerster 1] te accepteren. [Verweerster 1] droeg het financiële risico van onverhuurbaarheid tegen de minimum huurprijs immers alleen *binnen* de garantietermijn.

7.11 Voor [verweerster 1] was het daarom vanaf midden 2005 aanzienlijk moeilijker geworden om geschikte onderhuurders te vinden en zo haar huurlasten te verlichten, zoals tussen partijen was beoogd. Dit vormt een vitaal belang."

## 2.22

Ook op de belangen van WestInvest is het hof ingegaan. Het hof heeft uiteengezet wat die belangen waren en heeft geoordeeld dat de door WestInvest aangevoerde belangen aanzienlijke relativering verdienen en maar in beperkte mate [verweerster 1] aangaan:

*"De belangen van Westinvest*

7.12 Anderzijds is het begrijpelijk dat Westinvest jegens beleggers gehouden was om de beleggingswaarde van de gekochte kantooruimte zoveel mogelijk veilig te stellen, en dat zij daarom per 1 april 2009 geen huurders wilde hebben die onder de minimum huurprijs zouden huren. Per 1 april 2009 zou de huurovereenkomst met [verweerster 1] immers eindigen en zouden de door [verweerster 1] aangetrokken onderhuurders rechtstreeks bij Westinvest gaan huren. Vanaf dat moment zou Westinvest met de lagere marktprijzen worden geconfronteerd. Dit dilemma speelde hiervóór niet, omdat vóór 1 april 2009 een lagere huurprijs van de onderhuurders door [verweerster 1] werd aangezuiverd.

7.13 Westinvest heeft in dit verband gesteld [dat, A-G] zij niet eenzijdig over lagere huurprijzen kon beslissen en dat aanvaarding van een lagere huurprijs dan de garantiehuis tot een neerwaartse aanpassing van de beleggingswaarde van het kantoorgebouw zou leiden, terwijl bij het door (na te melden) taxateurs gehanteerde waarderingssysteem onverhuurd oppervlak geen negatief effect voor de waarde had. Op grond van Duitse beleggingswetgeving had zij toestemming nodig van gespecialiseerde Duitse taxateurs, de zogenaamde Gutachters, voor afwijking van de garantiehuis. Deze hadden concrete en gedetailleerde informatie nodig over de kandidaat-huurders alvorens zij konden beslissen, aldus nog steeds Westinvest. Dit kostte bovendien tijd.

7.14 Het gerechtshof Amsterdam heeft - in cassatie onbestreden - in dit verband als volgt geoordeeld. *"Dat Westinvest op grond van Duitse beleggingswetgeving toestemming van gespecialiseerde Duitse taxateurs, zogenaamde Gutachters, moest hebben voor afwijking van de garantiehuis, komt in de verhouding met [verweerster 1] voor rekening en risico van Westinvest."* Dit oordeel is in cassatie niet aangevochten, zodat het hof hiervan uitgaat. Overigens hoefde [verweerster 1] redelijkerwijs niet te verwachten dat afwijking van de garantiehuis buiten de garantietermijn aan zulke strenge eisen was verbonden als Westinvest (overigens pas in hoger beroep) heeft betoogd. In ieder geval valt dit maar in beperkte mate aan [verweerster 1] tegen te werpen.

7.15 Dit geldt temeer, nu Westinvest tegenover het verweer van [verweerster 1] onvoldoende heeft toegelicht waarom (i) de onderhuurovereenkomsten afgesloten door Oracle (zie 3.7 hierboven) en (ii) huurder TUI sinds 2003 kennelijk niet op doorslaggevende bezwaren van de Gutachters stuitten, hoewel deze (onder)huurovereenkomsten deels buiten de garantietermijn konden doorlopen en de hoogte van de onderhuurprijs respectievelijk huurprijs beneden de garantiehuis kwam te liggen/lag. Het is immers niet in geschil dat Westinvest Oracle heeft toegestaan om onderhuurovereenkomsten voor hetzelfde pand af te sluiten voor huurprijzen die aanzienlijk lager waren dan de garantiehuis, ook voor een periode tot na 31 maart 2009. Daarnaast staat vast dat Westinvest bij TUI met een lagere huurprijs akkoord is gegaan, ondanks het feit dat TUI de mogelijkheid had (artikel 3.2 huurovereenkomst) om de huur te verlengen tot 1 oktober 2013 (dus buiten de garantietermijn). Deze (onder)huurders werden dus geaccepteerd zonder dat Gutachters hebben ingegrepen hoewel deze (onderhuurders (in de visie van Westinvest) een forse aanslag konden doen op de door Westinvest gestelde beleggingswaarde van het kantoorgebouw. Het hof onderkent in dit verband dat PeopleSoft de eerste vijf verdiepingen huurde en niet onder de huurgarantie van [verweerster 1] viel, maar het hof neemt, zonder andersluidende toelichting die ontbreekt, aan dat ook deze huurder relevant was voor de

beleggingswaarde van het kantoorgebouw zoals door Westinvest omschreven.

7.16 Tot slot verdient aandacht dat Westinvest niet heeft toegelicht hoe het verloop van de verhuur is geweest vanaf 1 april 2009. Zij was immers vanaf dat moment hiervoor verantwoordelijk. Weliswaar heeft zij, zoals gezegd, betoogd dat in het door de taxateurs gehanteerde waarderingssysteem onverhuurd oppervlak geen negatief effect had voor de beleggingswaarde van het kantoorgebouw, maar aldus is voor het hof niet inzichtelijk geworden hoe lang deze ‘papieren waarderingmethode’ stand kon houden.

7.17 Al met al verdienen de door Westinvest aangevoerde belangen aanzienlijke relativering, terwijl zij bovendien maar in beperkte mate [verweerster 1] aangaan.”

2.23

Het hof heeft vervolgens ten aanzien van de uitvoering van de huurgarantie geoordeeld dat aan WestInvest, in het licht van de verplichting van partijen om zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid en gelet op de hiervoor genoemde wederzijdse belangen waarbij die van [verweerster 1] zwaarder wegen, tegen valt te werpen dat zij zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld. Daarbij heeft het hof verschillende aspecten die zij in rov. 7.3-7.17 heeft besproken, meegewogen. Volgens het hof heeft WestInvest zich onvoldoende de gerechtvaardigde belangen van [verweerster 1] tegenover die van haarzelf aangetrokken bij de van haar te vergen medewerking. WestInvest heeft [verweerster 1] wezenlijk beperkt in haar mogelijkheden om onderhuurovereenkomsten te sluiten, aldus nog steeds het hof:

*“Slotsom ten aanzien van de uitvoering van de huurgaranti*

7.18 Zoals gezegd, heeft zich bij de uitvoering van de huurgarantie een complicatie voorgedaan, namelijk voor zover de onderhuur zich uitstreckte buiten de garantieperiode. In het licht van de verplichting van partijen om zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW) valt, gelet op de voormelde wederzijdse belangen waarbij die van [verweerster 1] zwaarder wegen, aan Westinvest wel degelijk tegen te werpen dat zij zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen voormelde complicatie zich voordeed. In dit verband laat het hof meewegen, zoals hiervoor is vastgesteld (i) dat het kantoorgebouw was bedoeld voor de verhuur, (ii) dat het risico van leegstand en dalende markthuren voor zeven jaar was afgedekt door de huurgarantie/huurovereenkomst maar niet méér dan dat, (iii) dat de opzet van de afspraken tussen partijen was dat [verweerster 1] met onderhuur haar huurlasten aanzienlijk zou verminderen en (iv) dat zij daarbij de medewerking van Westinvest nodig had.

7.19 Westinvest heeft zich bij de van haar te vergen medewerking de gerechtvaardigde belangen van [verweerster 1] tegenover die van haarzelf onvoldoende aangetrokken. Daardoor heeft Westinvest [verweerster 1] wezenlijk beperkt in haar mogelijkheden om onderhuurovereenkomsten te sluiten waarmee zij de huurprijs die zij aan Westinvest moest betalen in ieder geval gedeeltelijk had kunnen terugwinnen.

7.20 Hoewel het hof begrip heeft voor de irritaties die bij Westinvest ontstonden over de financiële tekortkomingen aan de zijde van [verweerster 1] vanaf december 2005 wijst het hof erop dat [verweerster 1] voordien bij Westinvest te moeilijk daadwerkelijk gehoor kreeg bij het bespreekbaar maken van voormelde complicatie.”

2.24

Ten slotte heeft het hof geconcludeerd (1) dat de grieven I tot en met XVIII falen (gezien rov. 7.1-7.20 van het bestreden arrest), (2) dat op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, onder de vóór rov. 7.21 genoemde omstandigheden en gezien het vonnis van de kantonrechter, een reductie van 50% gerechtvaardigd is (en dat grief XIX faalt), en (3) dat het bestreden vonnis wordt bekrachtigd (in het incidentele hoger beroep):<sup>[15.]</sup>

“7.21 De grieven I tot en met XVIII falen en hoeven verder niet afzonderlijk te worden besproken. In voormelde omstandigheden heeft Westinvest geen aanspraak op het volledige bedrag onder de huurgarantie maar is op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid reductie van de aanspraken op zijn plaats. Het hof acht de reductie met 50% aangebracht door de kantonrechter en het gerechtshof Amsterdam redelijk en sluit zich daarbij aan. In dit verband wijst het hof mede op zijn overwegingen hierna.

7.22 Westinvest keert zich met deze grief tegen het oordeel van de kantonrechter (4.24 vonnis) dat partijen in gelijke mate hebben bijgedragen aan het feit dat het kantoorgebouw niet werd verhuurd. Deze grief bevat een herhaling van zetten en wordt verworpen.

7.23 Het hof benadrukt voor de volledigheid dat de grief geen kenbare klachten bevat over de door de kantonrechter beoordeelde causaliteitsvragen.

## 8 Conclusie en proceskosten

8.1 De conclusie is dat de grieven in incidenteel hoger beroep falen. Dit betekent dat het bestreden vonnis in zoverre zal worden bekrachtigd en Westinvest de kosten daarvan moet dragen.”

## Onderhavig cassatieberoep

### 2.25

Bij procesinleiding van 24 juli 2023 heeft WestInvest, tijdig, principaal cassatieberoep ingesteld tegen het bestreden arrest. [Verweerders] hebben zich verweerd en voorwaardelijk incidentele cassatieberoep ingesteld. Tegen het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep heeft WestInvest zich verweerd. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. WestInvest heeft gerepliceerd en [verweerders] hebben gedupliceerd.

## 3. Bespreking van het principale en voorwaardelijk incidentele cassatieberoep

### Kern van deze zaak en wijze van behandeling

#### 3.1

Gedurende het langdurige procesverloop is de kern van deze zaak naar mijn gevoel wat ondergesneeuwd geraakt.<sup>[16.]</sup> Ten behoeve van een goed begrip van deze zaak, mogelijk ook na verwijzing (zie ook randnummer 4.3 hierna), stel ik daarom het volgende voorop.

#### 3.2

Deze zaak draait in de kern om de vraag of gedragingen van een verhuurder na het afsluiten van een huurovereenkomst meebrengen dat de huurder niet volledig hoeft te voldoen (netto, dat wil zeggen: onder aan de streep) aan zijn op zich vaststaande contractuele verbintenis tegenover de verhuurder om gedurende een bepaalde periode en tot een bepaald niveau huurinkomsten voor de verhuurder te garanderen. Meer concreet is in een geval als het onderhavige de vraag of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid volgt dat de verhuurder niet gerechtigd is tot de volledig gegarandeerde minimumhuurprijs door de wijze waarop hij zijn contractuele recht om al dan niet toestemming aan de huurder te geven voor (onder)huur door anderen heeft uitgeoefend toen tijdens de garantieperiode bleek dat in die periode af te sluiten (nieuwe) huurovereenkomsten met (onder)huurders na de garantieperiode zouden kunnen doorlopen.

#### 3.3

Voor een goede beantwoording van deze vraag is mijns inziens in het algemeen nodig dat (blijkens het partijdebat) duidelijk is wat verhuurder en huurder (precies) zijn overeengekomen ten aanzien van de wijze waarop de verhuurder met zijn toestemmingsrecht in het algemeen en/of in de concrete situatie waarin (nieuwe) (onder)huurovereenkomsten tot na de garantieperiode kunnen doorlopen, mag omgaan.<sup>[17.]</sup> Dit moet worden vastgesteld aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf. Blijkt bij uitleg dat partijen ten aanzien hiervan niet iets zijn overeengekomen - en is dus sprake van een leemte - dan kunnen art. 6:2 lid 1/6:248 lid 1 BW meebrengen dat de huurder niet verplicht is om de minimumhuurprijs (volledig) te betalen. Blijkt bij uitleg dat partijen ten aanzien van de omgang met het toestemmingsrecht (in het algemeen en/of in de hiervoor genoemde concrete situatie) wél iets zijn overeengekomen, dan bestaat ruimte voor toepassing van art. 6:2 lid 1/6:248 lid 1 BW voor zover de contractuele afspraken niet zelf al een (volledige) oplossing geven en de contractuele afspraken (dus) ruimte laten voor deze toepassing. Ook dan is sprake van een leemte. Bij toepassing van art. 6:2 lid 1/6:248 lid 1 BW is dus altijd sprake van een leemte.<sup>[18.]</sup> Wat partijen (precies) zijn overeengekomen, is verder in het algemeen ook relevant voor de wijze waarop een rechter een

rechtsverhouding op de voet van art. 6:2 lid 1/6:248 lid 1 BW aanvult. Wat partijen zijn overeengekomen, inclusief de aard en strekking daarvan, is immers in het algemeen relevant voor de beantwoording van de vraag wat redelijk en billijk is in een rechtsverhouding tussen partijen. In een eerdere conclusie betrok ik al de stelling dat voor de zogenoemde aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW geldt dat zij geen grond geeft een tussen partijen overeengekomen beding te negeren.<sup>[19.]</sup>

3.4

Als de wijze waarop verhuurder met zijn toestemmingsrecht is omgegaan inderdaad aanleiding zou moeten geven tot een beperking van het aan hem verschuldigde bedrag, rijst de vraag op grond waarvan de huurder in dat geval niet volledig hoeft te voldoen (netto) aan zijn hiervoor genoemde contractuele verbintenis tot het garanderen van een minimumhuurprijs. Een denkbare grondslag in dit verband is verrekening van de verbintenis tot schadevergoeding wegens wanprestatie van een uit art. 6:2 lid 1/6:248 lid 1 BW afgeleide verbintenis en/of van een door partijen overeengekomen verbintenis met de contractuele verbintenis tot het betalen van de (gegarandeerde) huurprijs (art. 6:127 e.v. BW).<sup>[20.]</sup> Een andere denkbare grondslag is dat aanvulling op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid ertoe leidt dat een schuldeiser verplicht is om niet meer dan een gedeelte van zijn vordering in te roepen.<sup>[21.]</sup> Ten slotte kan nakoming van een contractuele verbintenis onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.<sup>[22.]</sup>

3.5

Ik stel verder nog voorop dat Uw Raad het principale cassatieberoep voor een deel buiten behandeling kan laten. Zoals hierna bij de behandeling van de verschillende subonderdelen zal blijken, meen ik dat de oordelen van het hof over (1) de uitleg van partijafspraken ten aanzien van het risico dat in de garantieperiode blijkt van onverhuurbaarheid tegen de minimumprijs voor (onder)huurders die ook na 31 maart 2009 het pand zouden huren en (2) de (gevonden) ruimte voor het afleiden van een verbintenis uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, geen stand houden in deze cassatieprocedure. Dat betekent dat in deze cassatieprocedure de vervolgvraag of uit de feiten en omstandigheden van deze zaak blijkt dat WestInvest een verbintenis heeft geschonden - zoals het hof heeft geoordeeld - en de vervolgvraag of [verweerster 1] de huurprijzen nu wel of niet volledig hoeft aan te zuiveren geen behandeling behoeven (zie over deze vervolgvragen (delen van) de subonderdelen 2.2-2.7). Het is mijns inziens niet opportuun om nu in cassatie te beoordelen of het hof ten onrechte of onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat WestInvest de uit art. 6:2 lid 1 BW afgeleide verbintenis heeft geschonden (en welke precieze rechtsgevolgen dit heeft) als de verwijzingsrechter hoe dan ook opnieuw moet beoordelen of ruimte bestaat om art. 6:2 lid 1/6:248 lid 1 BW toe te passen. Pas bij een positief antwoord op de laatstgenoemde vraag kan de eerstgenoemde vraag in beeld komen. Voor de door mij gesuggereerde wijze van behandeling is uiteraard wel nodig dat Uw Raad op hetzelfde spoor zit als deze conclusie.

### **Het principale cassatieberoep**

3.6

Het principale cassatieberoep bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel valt uiteen in vier subonderdelen en is gericht tegen rov. 7.3-7.5, 7.7-7.9, 7.18-7.19, en 7.21.<sup>[23.]</sup> Het tweede onderdeel valt uiteen in zeven subonderdelen en is gericht tegen rov. 7.10-7.19 en 7.21. Ik behandel de subonderdelen hierna in de volgorde van de procesinleiding.

### **Onderdeel 1 van het principale cassatieberoep**

3.7

*Subonderdeel 1.1* voert aan dat het hof heeft miskend dat voor de uitleg dat het financieel risico dat geen huurder wordt gevonden die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen bij [verweerster 1] ligt (in die zin dat [verweerster 1] bij gebrek aan een dergelijke huurder gehouden is om de huurprijs/huurgarantie te voldoen tot en met 31 maart 2009),<sup>[24.]</sup> rechtens niet vereist is dat [verweerster 1] een verbintenis op zich had genomen die erin bestaat dat [verweerster 1] zich jegens WestInvest heeft verbonden om ervoor te zorgen dat zittende huurders vanaf 1 april 2009 de minimumhuurprijs zouden betalen en evenmin om alsdan een lagere huur aan te zuiveren tot het garantieniveau. Althans: het hof zou hebben miskend dat het ontbreken van deze verbintenis rechtens onverlet laat dat [verweerster 1] het financieel risico draagt of kan dragen dat geen huurder bereid is de garantiehuur te betalen na 31 maart 2009. Voor zover het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, had het hof volgens WestInvest in ieder geval zijn verwerping van de door WestInvest voorgestane risicoverdeling - bij [verweerster 1] ligt het financieel risico dat in de garantieperiode

geen huurder wordt gevonden die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuis te betalen - nader moeten motiveren en niet kunnen volstaan met de constatering dat een verbintenis van [verweester 1] zoals bedoeld ontbreekt.

3.8

Ik meen dat dit subonderdeel slaagt.

3.9

Het oordeel van het hof in rov. 7.7-7.9 komt in de kern op het volgende neer. Eerst heeft het hof vastgesteld dat [verweester 1] zich niet contractueel tegenover WestInvest heeft verbonden om ervoor te zorgen dat zittende huurders vanaf 1 april 2009 de (hogere) minimumhuurprijs gaan betalen en evenmin om in die periode zelf een lagere huur aan te zuiveren tot het garantieniveau. Daarna heeft het hof gemotiveerd geoordeeld dat dit in feite wel de consequentie is van de eisen die WestInvest bleek te stellen aan de door [verweester 1] aangedragen (onder)huurders (vanaf midden 2005). Kennelijk in het verlengde van het voorgaande heeft het hof het standpunt van WestInvest dat in de huurgarantie besloten ligt dat [verweester 1] het risico heeft aanvaard dat in de garantieperiode zich geen huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuis te betalen, verworpen.

3.10

De verwerping van dit standpunt volgt mijns inziens niet op een begrijpelijke wijze uit hetgeen het hof daarvoor heeft overwogen. Op zich begrijpelijk is het oordeel van het hof dat [verweester 1] zich niet contractueel tegenover WestInvest heeft verbonden om ervoor te zorgen dat zittende huurders vanaf 1 april 2009 de (hogere) minimumhuurprijs zouden gaan betalen en evenmin om in die periode (vanaf 1 april 2009) zelf een lagere huur aan te zuiveren tot het garantieniveau. Maar hieruit volgt niet, althans niet zonder nadere motivering, dat *niet* in de huurgarantie besloten ligt dat [verweester 1] het risico heeft aanvaard dat zich in de garantieperiode geen huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuis te betalen. De hier door het hof afwezig geachte verbintenis van [verweester 1] sluit namelijk op zich niet uit dat WestInvest mocht eisen van [verweester 1] dat (onder)huurders die ook na 31 maart 2009 het pand zouden huren een bepaalde minimumhuur betalen (dus: in de periode vóór en vanaf 1 april 2009), voordat WestInvest toestemming voor deze (onder)huur zou geven.

3.11

De motivering van het hof is dus niet concludent. Het één volgt niet direct uit het ander. De vraag is: mocht WestInvest met haar toestemmingsrecht omgaan zoals zij dat heeft gedaan bij aangedragen (onder)huurders die ook na 31 maart 2009 het gebouw zouden huren maar ook dan een lagere huurprijs verschuldigd zouden zijn dan de minimumhuurprijs? Deze vraag heeft het hof onvoldoende gemotiveerd beantwoord. Dat [verweester 1] zich niet contractueel tegenover WestInvest heeft verbonden om er voor te zorgen dat *zittende* huurders vanaf 1 april 2009 de (hogere) minimumhuurprijs zouden gaan betalen en evenmin om in die periode (vanaf 1 april 2009) zelf een lagere huur aan te zuiveren tot het garantieniveau, is niet een voldoende motivering. Dit sluit namelijk niet uit dat WestInvest haar toestemming mocht weigeren bij aangedragen (onder)huurders die ook na 31 maart 2009 het gebouw zouden huren maar een lagere huurprijs verschuldigd zouden zijn dan de minimumhuurprijs. Als vast komt te staan dat WestInvest haar toestemming mocht weigeren, laat dit onverlet dat op [verweester 1] de contractuele verbintenis rustte om (slechts) tot 1 april 2009 de huurprijs tot het minimumniveau aan te zuiveren. Om misverstanden te voorkomen: ik herhaal dat [verweester 1] hoe dan ook *niet* verplicht was de huurinkomsten aan te zuiveren in de periode *na 31 maart 2009*. Anders dan het hof lijkt te hebben overwogen, is ook niet in feite een consequentie van het (al dan niet met vertraging) weigeren van toestemming door WestInvest dat [verweester 1] *na 31 maart 2009* huurinkomsten moest aanzuiveren: [verweester 1] was hoe dan ook niet verplicht om *na 31 maart 2009* huurinkomsten aan te zuiveren tot het garantieniveau. WestInvest heeft ook niet van [verweester 1] gevorderd dat [verweester 1] huurinkomsten na 31 maart 2009 zou aanzuiveren. Ik benadruk bovendien dat ook wanneer inderdaad moet worden aangenomen dat WestInvest haar toestemming mocht weigeren dat niet betekent, ook niet verkapt of impliciet, dat [verweester 1] zich jegens WestInvest verbonden had/jegens haar gehouden was om een (onder)huurder aan te dragen die ook in de periode na 31 maart 2009 de minimumhuurprijs zou betalen. Bij een contractueel toegestane weigering van een (onder)huurder die daartoe niet bereid was, zou [verweester 1] als gezegd 'slechts' gehouden zijn de huurinkomsten tot 1 april 2009 aan te zuiveren tot het overeengekomen niveau. Dat zij die gehoudenheid dan enkel zou kunnen ontlopen door wel

een (onder)huurder aan te dragen die bereid was ook na 31 maart 2009 de minimumhuurprijs te voldoen, betekent, nogmaals, niet dat [verweerster 1] zich tot het aandragen van een dergelijke huurder verplicht heeft.

### 3.12

De verwerping van het standpunt dat in de huurgarantie besloten zou liggen dat [verweerster 1] het risico heeft aanvaard dat zich in de garantieperiode geen (onder)huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen, volgt óók niet logischerwijs uit het oordeel van het hof dat partijen het (financiële) risico van de (on)verhuurbaarheid (tegen de minimumhuurprijs) en van dalende huurprijzen slechts *binnen de garantieperiode bij [verweerster 1]* hebben gelegd door deze garantieperiode overeen te komen (zie voor dit laatste oordeel: rov. 7.3, 7.6 en 7.10 van het bestreden arrest), althans niet zonder nadere motivering. De vraag of [verweerster 1] het risico heeft aanvaard dat zich *in de garantieperiode* geen (onder)huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen, heeft juist *mede* betrekking op de garantieperiode. Het gaat immers om het aandragen door [verweerster 1] van een (onder)huurder die ook na 31 maart 2009 het pand zou gaan huren. Ik verwijs naar randnummers 3.10-3.11 hiervoor om herhaling te voorkomen. De voorgestelde (onder)huurcontracten vallen voor een deel *binnen de garantieperiode*: daarom was (in beginsel) toestemming van WestInvest vereist. De verwerping van het standpunt van WestInvest is (ook zo) niet voldoende gemotiveerd.

### 3.13

Volledigheidshalve: of WestInvest mocht omgaan met haar toestemmingsrecht zoals zij dat daadwerkelijk heeft gedaan (en dus: of [verweerster 1] het risico droeg dat zich in de garantieperiode geen (onder)huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen), hangt in de eerste plaats af van de met behulp van uitleg vast te stellen inhoud van partijafspraken in dit verband. Als uit deze uitleg blijkt dat sprake is van een leemte in de partijafspraken, komt art. 6:2 lid 1/6:248 lid 1 BW in beeld. Ik verwijs naar randnummers 3.2-3.5 hiervoor om herhaling te voorkomen.

### 3.14

*Subonderdeel 1.2* voert aan dat de verwerping door het hof van de door WestInvest bepleite risicoverdeling - bij [verweerster 1] ligt het financieel risico dat in de garantieperiode geen huurder wordt gevonden die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen (zie randnummer 3.7 hiervoor) - onvoldoende gemotiveerd is, in het licht van de gemotiveerde stelling van WestInvest dat de huurgarantie ertoe strekt de beleggingswaarde van het kantoorgebouw en het overeengekomen bruto-aanvangsrendement van minstens 7% te garanderen, zulks tegen de achtergrond van het feit dat de door WestInvest betaalde koopprijs is bepaald op basis van de huurprijzen per prijspeil 1 januari 2000. In de koopprijs zou verdisconteerd zijn dat het risico van verslechtering van de huurmarkt door de huurgarantie voor rekening van [verweerster 1] komt.<sup>[25.]</sup> De huurovereenkomst zou uitsluitend ter uitvoering van deze huurgarantie zijn aangegaan.<sup>[26.]</sup> Het subonderdeel voert aan dat het hof op deze omstandigheden niet (voldoende) gemotiveerd heeft gerespondeerd in rov. 7.7-7.9. De inhoud van rov. 7.7-7.9 maakt de verwerping van het standpunt dat het financieel risico dat een huurder die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen niet wordt gevonden bij [verweerster 1] ligt volgens subonderdeel 1.2 - in mijn woorden - niet begrijpelijk. Volgens subonderdeel 1.2 is aan de door WestInvest gestelde aard en strekking van de huurgarantie en huurovereenkomst - ik begrijp: de hiervoor genoemde omstandigheden - inherent dat het op de weg van [verweerster 1] lag om (onder andere met incentives) zich ertoe in te spannen dat huurders na 31 maart 2009 de garantiehuurprijs zouden (blijven) betalen, in die zin dat wanneer zulke huurders niet gevonden worden [verweerster 1] de huurgarantie/huurprijs zou moeten voldoen (tot en met 31 maart 2009). Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt volgens het subonderdeel niet in te zien dat dit resultaat inconsistent of in strijd met de aard en strekking van de huurgarantie zou zijn.

### 3.15

Ook dit subonderdeel slaagt. De door het subonderdeel genoemde feiten en omstandigheden zijn relevant voor de beantwoording van de vraag of [verweerster 1] het risico heeft aanvaard dat zich in de garantieperiode geen (onder)huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen. De reden daarvoor is dat het *mogelijk* is dat partijen dit laatste zijn overeengekomen blijkens (onder meer) de door het subonderdeel genoemde omstandigheden. Immers: de door subonderdeel 1.2 genoemde feiten en omstandigheden komen erop neer dat het voor partijen duidelijk was dat van een bepaald minimumrendement en een bepaalde beleggingswaarde (die afhankelijk zou zijn van de hoogte van de geldende huurprijs) werd

uitgegaan. Bovendien zou *doordat partijen de huurgarantie zijn overeengekomen* in de koopprijs voor het pand - gebaseerd op huurprijzen met als prijspeil 1 januari 2000 - zijn verdisconteerd dat het risico op verslechtering van de huurmarkt voor rekening van [verweerster 1] komt. Bij de bepaling van de hoogte van de koopprijs hebben partijen dus rekening gehouden met het beoogde rendement en behoud van beleggingswaarde, waarvoor de huurgarantie zou zorgen, aldus WestInvest. Zou WestInvest op een bepaald moment genoeg hebben moeten nemen met een door [verweerster 1] aangedragen (onder)huurder die ook na 31 maart 2009 minder dan de minimumhuurprijs zou gaan betalen, dan is zeker dat WestInvest met het sluiten van de (onder)huurovereenkomst dit rendement na 1 april 2009 niet (volledig) zou halen, omdat [verweerster 1] na 1 april 2009 niet meer verplicht was tot aanzuivering van de huurinkomsten tot het niveau van de minimumhuurprijs. Volgens de stellingen van WestInvest zou een dergelijke lagere huurprijs dan ook de beleggingswaarde van het pand drukken, en zou leegstand voor de beleggingswaarde in dat geval zelfs aantrekkelijker zijn (zie ook rov. 7.12-7.13 en 7.16). Dit scenario druist in tegen het beoogde rendement en het behoud van beleggingswaarde, die WestInvest als relevante aard en strekking van de overeenkomsten heeft gekwalificeerd.

### 3.16

Het hof had deze door het subonderdeel genoemde feiten en omstandigheden ten minste moeten betrekken bij zijn oordeel over het standpunt van WestInvest dat [verweerster 1] het risico dat in de garantieperiode zich geen (onder)huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen heeft aanvaard. Nu niet op deze feiten en omstandigheden wordt ingegaan, is het oordeel onvoldoende gemotiveerd. Op deze feiten en omstandigheden is het hof verderop in zijn arrest wel ingegaan, maar in een andere context, namelijk bij zijn bespreking van de (relevante) belangen van WestInvest voor de beantwoording van de vraag of WestInvest zich in het concrete voorliggende geval in strijd met de eisen van de redelijkheid en billijkheid heeft gedragen. Zie rov. 7.12-7.17. Deze latere bespreking maakt de verwerping van het standpunt van WestInvest dat [verweerster 1] voornoemd risico heeft aanvaard echter niet begrijpelijk: in deze latere bespreking heeft het hof niet de partijafspraken uitgelegd aan de hand van de stellingen van WestInvest over de aard en strekking van de overeenkomsten, maar vooral een belangenafweging gemaakt, ook in het licht van het (gestelde) belang van WestInvest bij behoud van beleggingswaarde. Met deze latere bespreking heeft het hof dus niet geoordeeld, laat staan voldoende gemotiveerd geoordeeld, dat voornoemd standpunt van WestInvest over wie het risico draagt, wordt verworpen. Dit laatste heeft het hof slechts in rov. 7.7-7.9 gedaan, als gezegd op een niet begrijpelijke wijze. Dat het hof de stellingen van WestInvest over de aard en strekking van de overeenkomst had moeten betrekken bij de uitleg van wat partijen zijn overeengekomen, meen ik overigens ook te mogen afleiden uit het arrest van Uw Raad uit 2016 (rov. 3.3-3.4).

### 3.17

Uiteindelijk is de vraag of de door het subonderdeel genoemde feiten en omstandigheden inderdaad meebrengen dat WestInvest mocht omgaan met haar toestemmingsrecht op de wijze zoals zij dat heeft gedaan ten aanzien van nieuwe (onder)huurovereenkomsten die tot na 1 april 2009 zouden doorlopen (en dus: of [verweerster 1] het risico droeg dat in de garantieperiode zich geen (onder)huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen). Het antwoord op deze vraag is mijns inziens nog onvoldoende onderzocht (zie randnummer 3.13 hiervoor). Het bestreden arrest bevat in elk geval geen toereikend gemotiveerde uitleg van (eventuele) afspraken van partijen op dit punt. Om tot het oordeel van het hof in rov. 7.9 te komen is een (uitgebreide) analyse en waardering van gestelde feiten en omstandigheden nodig. Ik volg [verweerders] daarom niet waar zij aanvoeren dat reeds in de onderhavige cassatieprocedure tot dit oordeel zou kunnen worden gekomen, waardoor het belang bij (cassatieklachten van) het principaal cassatieberoep zou ontbreken.<sup>[27.]</sup> Overigens kan ik (ook) niet uitsluiten dat de door subonderdeel 1.2 genoemde feiten en omstandigheden *niet* in de weg staan aan bijvoorbeeld een oordeel dat er sprake is van een leemte die bestaat uit het ontbreken van een afspraak ten aanzien van de omgang door WestInvest met haar toestemmingsrecht. Maar (ook) tot dit oordeel kan niet in deze cassatieprocedure worden gekomen. Of dit oordeel kan worden gegeven, zal na verwijzing moeten blijken.

### 3.18

*Subonderdeel 1.3* bevat enkel een klacht die voortbouwt op subonderdelen 1.1 en 1.2. Aan rov. 7.10-7.21 en het dictum van het bestreden arrest zou de grondslag ontvallen omdat deze voortbouwen op de premisse van rov. 7.7 en 7.9 dat geen afspraken zijn gemaakt met betrekking tot (onder)huurovereenkomsten die doorlopen na afloop van de garantietermijn.

### 3.19

In het spoor van subonderdelen 1.1 en 1.2 slaagt subonderdeel 1.3. Het hof heeft inderdaad verderop in zijn arrest voortgebouwd op zijn oordeel in rov. 7.7 en 7.9 over de inhoud van partijafspraken. Zie met name rov. 7.18: “(...) *In dit verband laat het hof meewegen, zoals hiervoor is vastgesteld (...) (ii) dat het risico van leegstand en dalende markthuren voor zeven jaar was afgedekt door de huurgarantie/huurovereenkomst maar niet méér dan dat (...)*”.

### 3.20

*Subonderdeel 1.4* voert aan dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in zijn arrest, in het bijzonder rov. 7.18-7.19 en 7.21, de koopovereenkomst of huurovereenkomst aan te vullen op grond van de redelijkheid en billijkheid, voor zover het hof in rov. 7.3-7.4, 7.7 en 7.9, heeft geoordeeld dat geen sprake is van een leemte in de koop- en huurovereenkomst. Subonderdeel 1.4 voert aan dat alleen in het geval van een leemte een overeenkomst kan worden aangevuld op grond van de redelijkheid en billijkheid. Voor zover het hof heeft geoordeeld dat geen sprake is van een leemte maar van een ‘complicatie’, moeten de gevolgen daarvan eerst door uitleg worden vastgesteld. Zonder die nadere uitleg, die ontbreekt, kon het hof niet komen tot aanvulling van de overeenkomst en is in ieder geval onbegrijpelijk welke leemte het hof heeft aangevuld op grond van de redelijkheid en billijkheid.

### 3.21

Subonderdeel 1.4 is terecht voorgesteld. Het hof heeft in het algemeen, categorisch en uitdrukkelijk in een afzonderlijke paragraaf geoordeeld dat de koopovereenkomst en de huurovereenkomst geen leemte bevatten (rov. 7.3 en het kopje erboven: “*Geen leemte*”). Tegelijkertijd heeft het hof aanleiding gezien om de rechtsverhouding tussen WestInvest en [verweerster 1] aan te vullen op de voet van art. 6:2 lid 1 BW (rov. 7.18 en 7.21). Dat is onbegrijpelijk en/of getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Toepassing van art. 6:2 lid 1 BW impliceert dat sprake is van een (veronderstelde) leemte in de rechtsverhouding tussen WestInvest en [verweerster 1] (zie randnummer 3.2 hiervoor). Weliswaar is het *denkbaar* dat in het onderhavige geval een leemte aanwezig is die erin bestaat dat partijen niet (precies) hebben geregeld op welke wijze WestInvest met haar toestemmingsrecht moet omgaan (en dus: of [verweerster 1] het risico droeg dat zich in de garantieperiode geen (onder)huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen), maar het hof heeft niet geoordeeld dat een dergelijke leemte aanwezig is.

### 3.22

Ook met zijn oordeel in rov. 7.7 dat partijen buiten de garantietermijn geen afspraken hebben gemaakt, heeft het hof geen relevante leemte aanwezig geacht (die het hof aan zijn oordeel over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid ten grondslag heeft gelegd). Dit oordeel in rov. 7.7 houdt - blijkens de tekst van rov. 7.3, 7.6-7.7, 7.9 en 7.18 (na (ii)) - slechts in dat partijen niet zijn overeengekomen dat (1) [verweerster 1] vanaf 1 april 2009 voor (onder)huurders moest zorgen, (2) [verweerster 1] ervoor moest zorgen dat zittende huurders vanaf 1 april 2009 de minimumhuurprijs zouden gaan betalen, (3) [verweerster 1] na de garantieperiode huurinkomsten moest aanzuiveren (rov. 7.7). De overeenkomst bestrijkt immers alleen de periode vóór 1 april 2009, aldus het hof (rov. 7.7). Met deze oordelen heeft het hof dus niet geoordeeld dat partijen geen afspraken hebben gemaakt over de wijze waarop WestInvest met haar toestemmingsrecht moest omgaan (en dus ook geen afspraken over de vraag of [verweerster 1] het risico draagt dat zich in de garantieperiode geen (onder)huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de minimumhuurprijs te betalen). Hetzelfde geldt voor het oordeel van het hof dat partijen op een “*complicatie*” zijn gestuit (rov. 7.4). Het hof laat in het midden of partijen deze complicatie hebben voorzien (anders dan het hof Amsterdam), en motiveert in ieder geval niet waaruit blijkt dat partijen de complicatie niet zouden hebben voorzien.<sup>[28.]</sup> Kortom: het hof heeft niet geoordeeld dat sprake is van een relevante leemte.

### 3.23

Dat het hof geen relevante leemte aanwezig heeft geacht (die het hof aan zijn oordeel over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid ten grondslag heeft gelegd), vindt bovendien bevestiging in de verwerping door het hof van het standpunt van WestInvest dat [verweerster 1] het risico dat zich in de garantieperiode geen (onder)huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen heeft aanvaard (rov. 7.9). Daargelaten dat deze verwerping niet begrijpelijk gemotiveerd is (zie mijn bespreking van subonderdelen 1.1-1.2), heeft het hof daarmee wel geoordeeld dat de contractuele verhouding tussen partijen niet inhoudt dat

[verweerster 1] dit risico heeft aanvaard. Volgens het hof is in zoverre dus geen sprake van een relevante leemte (die het hof aan zijn oordeel over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid ten grondslag heeft gelegd): het hof heeft hiermee niet geoordeeld dat de contractuele verhouding niet regelt of het genoemde risico bij [verweerster 1] ligt.

3.24

Nu WestInvest in feitelijke instanties heeft aangevoerd dat zij met een beroep op haar contractuele recht geen toestemming heeft gegeven voor nieuwe huurcontracten met een bepaald prijsniveau toen bleek dat deze tot na de garantieperiode zouden kunnen doorlopen (en dat zij deze toestemming ook niet hoefde te geven),<sup>[29.]</sup> en nu [verweerders] in feitelijke instanties hebben aangevoerd dat WestInvest anders met haar toestemmingsrecht had moeten omgaan,<sup>[30.]</sup> ligt in de rede dat het hof eerst zou hebben vastgesteld of, en zo ja, wat partijen ten aanzien van het gebruik van dit toestemmingsrecht (precies) zijn overeengekomen, voordat het hof aan art. 6:2 lid 1 BW zou toekomen. De wijze waarop een rechter een rechtsverhouding op de voet van art. 6:2 lid 1/6:248 lid 1 BW aanvult, hangt in het algemeen verder ook af van de inhoud van partijafspraken die eerst moeten worden uitgelegd (zie eveneens randnummers 3.2-3.5 hiervoor). In wezen heeft Uw Raad in Uw arrest van 2016 al aangegeven dat beter moest worden onderzocht of, in het licht van de stellingen van WestInvest over de aard en strekking van de overeenkomst, sprake was van een leemte (rov. 3.3-3.4).

## Onderdeel 2 van het principale cassatieberoep

3.25

*Subonderdeel 2.1* voert aan dat het hof heeft miskend dat de rechtsgevolgen die niet door partijen zijn overeengekomen maar op de voet van art. 6:2 lid 1 en/of art. 6:248 lid 1 BW uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien, (mede) moeten worden beoordeeld naar de aard en strekking van de overeenkomst. Het hof zou hebben nagelaten enige kenbare betekenis toe te kennen aan het feit dat de huurgarantie ertoe strekt de beleggingswaarde van het kantoorgebouw en het overeengekomen bruto-aanvangsrendement van minstens 7% te garanderen, zulks tegen de achtergrond van het feit dat de door WestInvest betaalde koopprijs is bepaald op basis van de huurprijzen per prijspeil 1 januari 2000. In de koopprijs zou verdisconteerd zijn dat het risico van verslechtering van de huurmarkt door de huurgarantie voor rekening van [verweerster 1] komt.<sup>[31.]</sup> De huurovereenkomst zou uitsluitend ter uitvoering van deze huurgarantie zijn aangegaan.<sup>[32.]</sup> Voor zover het hof art. 6:2 lid 1 en/of art. 6:248 lid 1 BW niet verkeerd heeft toegepast, had het hof volgens het subonderdeel in ieder geval zijn oordelen in rov. 7.10-7.19 en 7.21 nader moeten motiveren in het licht van de aard en strekking van de huurgarantie en de ter uitvoering daarvan gesloten huurovereenkomst. Bij het voorgaande geldt volgens het subonderdeel dat met de aard en strekking van de huurgarantie niet valt te verenigen dat WestInvest tijdens de garantietermijn - op straffe van (gedeeltelijk) verlies van haar aanspraak op de huurprijs/huurgarantie - tegenover [verweerster 1] gehouden zou zijn om mee te werken aan een (onder)huur door [verweerster 1] waarbij WestInvest na afloop van de garantietermijn niet de overeengekomen garantiehuur ontvangt en daarmee onvermijdelijk en direct na afloop van de garantietermijn wordt geconfronteerd met het verlies aan beleggingswaarde van het pand dat partijen juist wilden vermijden met de huurgarantie.<sup>[33.]</sup>

3.26

Dit subonderdeel slaagt in mijn opvatting. Bij toepassing van art. 6:2 lid 1 en art. 6:248 lid 1 BW zijn de partijafspraken in het algemeen relevant. Die geven immers (mede) kleur aan wat als redelijk en billijk in de rechtsverhouding tussen partijen heeft te gelden. Ik verwijs naar randnummers 3.2-3.5 hiervoor om herhaling te voorkomen. WestInvest heeft zich erop beroepen dat het hof de aard en strekking van de koop- en huurovereenkomst - (mede) bestaande uit het garanderen van een bepaalde beleggingswaarde en rendement - en de stelling dat de huurovereenkomst ter uitvoering van de huurgarantie zou zijn aangegaan, moeten betrekken bij zijn oordeel. Bij de bepaling van de koopsom zou met deze aspecten rekening zijn gehouden.

3.27

Het hof heeft de door WestInvest gestelde aard en strekking van de koop- en huurovereenkomst in mijn opvatting inderdaad onvoldoende bij zijn beoordeling betrokken. Deze aard en strekking zijn relevante omstandigheden. Ik verwijs om herhaling te voorkomen naar randnummer 3.15 hiervoor, waarin ik al de relevantie van het met de koop- en huurovereenkomst beoogde rendement en behoud van beleggingswaarde beschreef. Weliswaar heeft het hof in rov. 7.12-7.20 de belangen van WestInvest, met name haar belang bij

een bepaalde beleggingswaarde, benoemd. Maar het hof heeft dat gedaan ten behoeve van een meer algemene afweging van belangen van partijen voor de beantwoording van de vraag of WestInvest zich in dit concrete geval in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gedragen. Aan de door WestInvest genoemde aard en strekking van de koop- en huurovereenkomst heeft het hof hier als zodanig dus geen betekenis toegekend. Zie rov. 7.12-7.20 en met name (mijn onderstreping, A-G):

*“7.17 Al met al verdienen de door Westinvest aangevoerde belangen aanzienlijke relativering, terwijl zij bovendien maar in beperkte mate [verweester 1] aangaan. (...) 7.18 (...) In het licht van de verplichting van partijen om zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW) valt, gelet op de voormelde wederzijdse belangen waarbij die van [verweester 1] zwaarder wegen, aan Westinvest wel degelijk tegen te werpen dat zij zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen voormelde complicatie zich voordeed. (...)”*

De aard en strekking van een overeenkomst leggen natuurlijk een ander (en vaak meer) gewicht in de schaal bij aanvulling op de voet van de redelijkheid en billijkheid dan sec een belang van een partij.

3.28

Dat het hof wél andere aspecten van de partijafspraken bij de toepassing en invulling van art. 6:2 lid 1 BW heeft betrokken (rov. 7.18 (i)-(iv)), neemt niet weg dat als gezegd óók de hiervoor (zoals aangevoerd door WestInvest) genoemde aard en strekking van de koop- en huurovereenkomst als zodanig relevante omstandigheden zijn die het hof bij zijn beoordeling had moeten betrekken. Ik verwijs verder wederom naar randnummers 3.2-3.5 en 3.15 hiervoor om herhaling te voorkomen.

3.29

Kortom: ervan uitgaande dat de partijafspraken voldoende ruimte laten voor toepassing van art. 6:2 lid 1/6:248 lid 1 BW omdat sprake is van een leemte, had het hof mijns inziens voldoende gemotiveerd de door WestInvest gestelde aard en strekking van de koop- en huurovereenkomst moeten betrekken bij de beantwoording van de vraag of art. 6:2 lid 1/6:248 lid 1 BW aan (volledige) toewijzing van de vordering van WestInvest in de weg staan. Dat heeft het hof niet althans onvoldoende gedaan.

3.30

*Subonderdeel 2.2* voert aan dat de oordelen van het hof in rov. 7.18-7.19 iedere nauwkeurigheid en concretisering missen. Het hof zou zich ten onrechte hebben beperkt tot de vage, in algemene bewoordingen gestelde overwegingen in rov. 7.18 en 7.19 dat WestInvest valt tegen te werpen dat zij zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen (kort gezegd) de onderhuur zich uitstreckte buiten de garantieperiode, respectievelijk dat WestInvest zich de belangen van [verweester 1] onvoldoende heeft aangetrokken. Het hof zou aldus hebben miskend dat als een rechter een overeenkomst aanvult op de voet van art. 6:2 lid 1 en/of art. 6:248 lid 1 BW, van hem mag worden verwacht dat hij met nauwkeurigheid vaststelt dat en waaruit de aan te vullen leemte bestaat, tot welke concrete verplichting aanvulling van de overeenkomst leidt en vanaf/op/tot welk moment die door aanvulling aangenomen verplichting geldt. Dat zou reeds in het algemeen gelden, maar zou eens te meer gelden als de aanvulling ertoe leidt dat een partij achteraf gezien een door aanvulling aangenomen verbintenis/gehoudenheid niet is nagekomen, met als sanctie dat haar een vaststaande, overeengekomen recht op betaling (gedeeltelijk) wordt ontzegd. Althans: bij gebreke van een dergelijke nauwkeurigheid en concretisering zou het oordeel van het hof onvoldoende inzicht geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor de hogere rechter controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Het oordeel van het hof is om deze reden onbegrijpelijk, aldus het subonderdeel. Het subonderdeel bouwt zijn klachten met drie (nadere) subonderdelen - subonderdelen 2.2.1-2.2.3 - verder uit. Deze onderdelen bespreek ik hierna nog afzonderlijk. Eerst bespreek ik de hiervoor weergegeven algemene klachten van subonderdeel 2.2.

3.31

Voor zover subonderdeel 2.2 subonderdelen 1.4 en 2.1 herhaalt, slaagt het op de in de bespreking van die subonderdelen genoemde gronden. Maar voor zover subonderdeel 2.2 aanvoert dat het hof zich ten onrechte heeft beperkt tot de vage, in algemene bewoordingen gestelde overwegingen in rov. 7.18-7.19 dat WestInvest tegen valt te werpen dat zij zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen de onderhuur zich uitstreckte buiten de garantieperiode, respectievelijk dat WestInvest zich de belangen van [verweester 1] onvoldoende heeft aangetrokken, mist het feitelijke grondslag. Het hof heeft in rov. 7.3-7.18 immers meer dan dat aan zijn eindoordeel in rov. 7.18-7.20 ten grondslag gelegd (zie met name de in rov. 7.18

genoemde omstandigheden (i)-(iv) en de verwijzing in rov. 7.18 naar rov. 7.10-7.17 met “*gelet op de voormelde wederzijdse belangen waarbij die van [verweerster 1] zwaarder wegen*”). In het bijzonder geldt volgens het hof dat (1) WestInvest zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen de complicatie zich voordeed dat de door [verweerster 1] af te sluiten (onder)huurovereenkomsten op een gegeven moment de looptijd van de huurovereenkomst gingen overschrijden (rov. 7.18), (2) WestInvest zich bij de van haar te vergen medewerking de gerechtvaardigde belangen van [verweerster 1] tegenover die van haarzelf onvoldoende aangetrokken (rov. 7.19), en (3) [verweerster 1] vóór december 2005 bij WestInvest te moeilijk gehoor kreeg bij het bespreekbaar maken van de complicatie (rov. 7.20).

3.32

De algemeenheid van de door het hof uit art. 6:2 lid 1 BW afgeleide norm - een verplichting om voldoende coöperatief te zijn - maakt zijn oordeel verder op zich niet onbegrijpelijk of onjuist. De verplichting voor een partij om zich redelijk en billijk te gedragen, is bij uitstek een algemene norm. Deze norm behoeft natuurlijk wel toepassing en invulling in een concreet geval. Daarvan geeft het bestreden arrest ook blijk. Vanzelfsprekend moeten deze toepassing en invulling niet getuigen van een onjuiste rechtsopvatting of onbegrijpelijk zijn, maar daarvoor is niet (altijd) nodig dat de rechter de uit art. 6:2 lid 1/6:248 lid 1 BW afgeleide norm (heel) precies formuleert. Nodig is slechts een juist en niet onbegrijpelijk oordeel over het bestaan van een verbintenis die voortvloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, en (eventueel) over een schending daarvan.

3.33

Bovendien heeft het hof met rov. 7.21 de uitgebreide motivering in de uitspraken van de kantonrechter en het hof Amsterdam van de toepassing van een reductie van 50% op de (nog) verschuldigde huursommen overgenomen. Ook uit die motivering blijkt duidelijk wat WestInvest wordt verweten.

3.34

*Subonderdeel 2.2.1* voert aan dat het hof heeft verzuimd duidelijk te maken tot welke concrete verplichting van WestInvest de aanvulling van de overeenkomst exact leidt. In het bijzonder zou het hof in het ongewisse hebben gelaten welke huurprijs, looptijd en overige voorwaarden WestInvest (of welke concreet door [verweerster 1] aangedragen huurder) bereid had moeten zijn te accepteren. In zoverre zou ook onbegrijpelijk zijn dat het belang van [verweerster 1] om tot 1 april 2009 het financieel risico onder de huurgarantie te kunnen afdekken met een te bedingen onderhuurprijs inderdaad zwaarder weegt dan het belang van WestInvest bij het voorkomen van de na 1 april 2009 te verwachten dito afwaardering van de beleggingswaarde van het pand en de participaties in het fonds, zoals het hof heeft overwogen in rov. 7.18. Dit is volgens het subonderdeel immers naar de aard juist afhankelijk van de door WestInvest te aanvaarden huurprijs, looptijd en andere voorwaarden (respectievelijk de concrete aangedragen huurder).

3.35

Dit subonderdeel is tevergeefs voorgesteld. Bij de beantwoording van de vraag of WestInvest zich in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid heeft gedragen, is in de regel niet nodig dat het hof precies aangeeft welke huurprijs, looptijd en overige voorwaarden WestInvest bereid had moeten zijn te accepteren voor welke huurders. Het hof heeft in rov. 7.12-7.20 met verschillende omstandigheden, waaronder de belangen van partijen, rekening gehouden en is tot het oordeel gekomen dat (1) WestInvest zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen de complicatie zich voordeed dat de door [verweerster 1] af te sluiten (onder)huurovereenkomsten op een gegeven moment de looptijd van de huurovereenkomst gingen overschrijden (rov. 7.18), (2) WestInvest zich bij de van haar te vergen medewerking de gerechtvaardigde belangen van [verweerster 1] tegenover die van haarzelf onvoldoende heeft aangetrokken (rov. 7.19), en (3) [verweerster 1] vóór december 2005 bij WestInvest te moeilijk gehoor kreeg bij het bespreekbaar maken van de complicatie (rov. 7.20). Dat het hof niet precies heeft aangegeven welke huurprijs, looptijd, en overige voorwaarden WestInvest bereid had moeten zijn te accepteren, maakt het oordeel van het hof dat het belang van [verweerster 1] zwaarder weegt (rov. 7.18), ook gezien het voorgaande, op zich niet onbegrijpelijk. Het hof heeft aan dat oordeel verschillende feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd en heeft dat oordeel uitgebreid gemotiveerd (rov. 7.12-7.20). In het bijzonder heeft het hof daarbij (uitgebreid) aandacht geschonken aan het belang van WestInvest bij behoud van beleggingswaarde. In het licht van al deze feiten, omstandigheden en zijn motivering maakt het enkele feit dat het hof niet zo precies is geweest als onderdeel 2.2.1 verlangt het oordeel dat het belang van [verweerster 1] zwaarder weegt op zich niet onbegrijpelijk.

### 3.36

Zoals ik hiervoor in mijn bespreking van subonderdeel 2.2 al opmerkte, wordt de door WestInvest verlangde precisie in het algemeen ook niet van het hof geëist. Bovendien geldt dat het hof met rov. 7.21 het oordeel van de kantonrechter over de reductie van 50% heeft overgenomen. Onderdeel van de motivering van dit oordeel van de kantonrechter (rov. 4.19.-4.25.) is een inschatting van de huurprijs die acceptabel zou zijn geweest. Zie met name rov. 4.22. van zijn vonnis. De door subonderdeel 2.2.1 verlangde precisie is in zoverre in het oordeel van het kantonrechter te vinden, en dus ook in dat van het hof in het bestreden arrest, nu het hof zich bij dat oordeel heeft aangesloten.

### 3.37

Ik wijs er ten slotte nog op dat subonderdeel 2.2.1 niet verwijst naar vindplaatsen uit feitelijke instanties waaruit blijkt dat de condities van een te accepteren (onder)huurovereenkomst onderdeel van het partijdebat zijn geweest.

### 3.38

Het voorgaande neemt echter als gezegd niet weg dat het hof heeft verzuimd om voldoende inzichtelijk te beoordelen of het behoud van de beleggingswaarde (mede) *de aard en strekking van de overeenkomsten* vormde, en zo ja, heeft verzuimd deze aard en strekking als zodanig bij zijn beoordeling te betrekken. Daarover klagen subonderdelen 1.2 en 2.1-2.2 terecht. Ik verwijs naar mijn bespreking van die subonderdelen om herhaling te voorkomen.

### 3.39

*Subonderdeel 2.2.2* voert aan dat het hof heeft verzuimd te specificeren vanaf/op/tot welk(e) moment(en) WestInvest een verplichting jegens [verweerster 1] zou hebben gehad op de voet van art. 6:2 lid 1 en/of art. 6:248 lid 1 BW en/of gehouden zou zijn een bepaalde (onder)huurder te accepteren. Dit zou het oordeel van het hof eens temeer onbegrijpelijk maken, omdat naarmate het eind van de garantietermijn meer in zicht komt, het financieel belang van [verweerster 1] bij het kunnen aangaan van een onderhuurovereenkomst minder groot is doordat zij gedurende een kortere periode haar betalingsverplichtingen onder de huurgarantie/huurovereenkomst kan afdekken met onderhuurinkomsten. Voorts staat volgens het subonderdeel als feit vast dat [verweerster 1] al in december 2005 - dus ruim drie-en-een-halfjaar vóór het aflopen van de huurgarantie - de nakoming van haar betalingsverplichtingen staakte, zodat de vraag op welk moment WestInvest enige gehoudenheid zou hebben gehad jegens [verweerster 1] tot medewerking aan een (onder)huur volgens het subonderdeel ook hierom niet door het hof in het midden gelaten had kunnen worden.<sup>[34.]</sup>

### 3.40

Dit subonderdeel faalt. Het oordeel van het hof dat WestInvest valt tegen te werpen dat zij zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen (kort gezegd) de onderhuur zich uitstreckte buiten de garantieperiode, respectievelijk dat WestInvest zich de belangen van [verweerster 1] onvoldoende heeft aangetrokken, is uitgebreid gemotiveerd. Ik verwijs naar de bespreking van subonderdeel 2.2 en onderdeel 2.2.1 om herhaling te voorkomen. Het hof heeft aan WestInvest als gezegd het verwijt gemaakt dat (1) WestInvest zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen de complicatie zich voordeed dat de door [verweerster 1] af te sluiten (onder)huurovereenkomsten op een gegeven moment de looptijd van de huurovereenkomst gingen overschrijden (rov. 7.18), (2) WestInvest zich bij de van haar te vergen medewerking de gerechtvaardigde belangen van [verweerster 1] tegenover die van haarzelf onvoldoende heeft aangetrokken (rov. 7.19), en (3) [verweerster 1] vóór december 2005 bij WestInvest te moeilijk gehoor kreeg bij het bespreekbaar maken van de complicatie (rov. 7.20). Dit oordeel is op zich precies genoeg.

### 3.41

Daarnaast heeft het hof met rov. 7.21 als gezegd het oordeel van de kantonrechter over de reductie van 50% overgenomen. Onderdeel van de motivering van dat oordeel van de kantonrechter (rov. 4.14.-4.25.) is dat WestInvest zich te rigide heeft opgesteld omdat zij voor de periode vanaf april 2009 geen lagere huur dan het garantiebedrag wilde aanvaarden en vooral dat WestInvest tegenover [verweerster 1] geen open oog heeft getoond voor de gewijzigde marktomstandigheden en de daaraan verbonden complicaties die hun schaduw vóór april 2009 vooruitwierpen (rov. 4.14.). Onderdeel van deze motivering is ook de aanname van de

kantonrechter dat bij een samenwerking waarin wel rekening werd gehouden met de wederzijdse belangen, over de periode van 1 januari 2006 tot 1 april 2009 tweederde van het aan [verweerster 1] verhuurde deel van het gebouw verhuurd had kunnen worden. De door onderdeel 2.2.2 verlangde precisie is in zoverre in het oordeel van het kantonrechter te vinden, en daarmee ook in het bestreden arrest (rov. 7.21).

3.42

Ik wijs er ten slotte nog op dat onderdeel 2.2.2 niet verwijst naar vindplaatsen uit feitelijke instanties waaruit blijkt dat het moment waarop WestInvest een (onder)huurder zou hebben moeten accepteren onderdeel van het partijdebat is geweest.

3.43

*Subonderdeel 2.2.3* voert aan dat WestInvest wel degelijk gemotiveerd heeft betwist dat zij onvoldoende stappen had genomen om in voldoende mate tegemoet te komen aan de belangen van [verweerster 1]. Bij gebreke van een specificering door het hof wat dan concreet van WestInvest gevegd kon worden en op welk moment, valt niet in te zien dat in weerwil van deze stellingen van WestInvest toch kan worden geconcludeerd dat WestInvest zich onvoldoende de belangen van [verweerster 1] zou hebben aangetrokken, zoals het hof in rov. 7.18 en 7.19 heeft geoordeeld. WestInvest wijst op de volgende stellingen:

- in de bespreking van 2 november 2005 en ook daarna (onder andere op 25 november 2005) heeft WestInvest duidelijk te kennen gegeven ten aanzien van (onder)huurovereenkomsten die na 31 maart 2009 zouden doorlopen niet bij voorbaat te kunnen instemmen met een afwijking van de minimumhuurprijs maar dat in concrete gevallen afwijking bespreekbaar zou kunnen zijn mits vooraf voldoende informatie wordt verstrekt.<sup>[35.]</sup> [Verweerster 1] vroeg na 2 november 2005 dus naar de bekende weg en bleef daarnaar vragen. Tegen deze achtergrond is volgens het onderdeel ook onbegrijpelijk dat het hof WestInvest in rov. 7.8 en 7.18 heeft tegengeworpen dat WestInvest te traag zou hebben gereageerd;
- [verweerster 1] kon wel degelijk potentiële (onder)huurders een (afwijkende) huurprijs noemen voor overeenkomsten die na 31 maart 2009 zouden doorlopen, omdat een afwijkende huurprijs in een concreet geval op zich bespreekbaar was maar daarover wel voorafgaand concrete informatie moest worden verstrekt, zodat de gevolgen daarvan voor het fonds vooraf konden worden berekend.<sup>[36.]</sup> WestInvest kon echter niet akkoord gaan met het structureel verhuren van leegstaande ruimte tegen een lagere huurprijs dan de door [verweerster 1] gegarandeerde minimumhuurprijs;
- [verweerster 1] heeft in totaal slechts drie kandidaathuurders voorgedragen aan WestInvest, te weten TUI, Nedeximpo en de maatschap Spring Advocaten, en terzake van deze (aspirant) huurders valt WestInvest niets te verwijten.<sup>[37.]</sup> WestInvest is in oktober 2003 akkoord gegaan met (onder)huur door TUI tegen een lagere prijs dan de door [verweerster 1] gegarandeerde huurprijs, waarbij [verweerster 1] het verschil suppleerde tijdens de garantietermijn.<sup>[38.]</sup> [Verweerster 1]<sup>[39.]</sup> stuurde op 2 mei 2005 WestInvest het huurvoorstel van Nedeximpo, de dag voordat dit voorstel zou verstrijken, met het verzoek per ommekeer in te stemmen met (onder)verhuur waarbij [verweerster 1] het verschil met de garantiehuur zou suppleren. WestInvest heeft diezelfde dag nadere informatie gevraagd over de voorwaarden voor de (onder)huur, aangegeven een week nodig te hebben om te reageren en [verweerster 1] verzocht ook na de garantietermijn te suppleren omdat de overeenkomst met Nedeximpo zou doorlopen na de garantietermijn. Hierop is niet gereageerd door [verweerster 1]. WestInvest was eind september 2006 jegens Spring Advocaten bereid in te stemmen met een lagere huurprijs dan de door [verweerster 1] gegarandeerde huurprijs en een huurvrije periode te accepteren. Om Spring Advocaten over de streep te trekken moest ook [verweerster 1] een huurvrije periode van 11,5 maanden voor haar rekening nemen, wat zij weigerde. Nadat WestInvest eind 2007 met (mogelijke huurder) firma BvCM op hoofdlijnen overeenstemming had bereikt, heeft WestInvest haar doorverwezen naar de makelaar van [verweerster 1], waarna BvCM is ondergebracht in een pand van een andere opdrachtgever van die makelaar;
- [verweerster 1] stelde in haar brief van 15 februari 2006 slechts in algemene bewoordingen in gesprek te zijn met serieuze kandidaten, echter zonder concrete gegevens te verschaffen over de desbetreffende kandidaten en/of de beoogde huurvoorwaarden. Op vragen om informatie van

WestInvest over de potentiële huurder en de huurvoorwaarden is geen respons gekomen. Op 8 maart 2006 stelde [verweerster 1] in gesprek te zijn en stelde zij voor de periode na de garantietermijn een lagere huur dan de overeengekomen minimumprijs voor. Op 15 maart 2006 stelde WestInvest een gestaffelde huur met een afwijkende huurprijs voor. Hierop is geen reactie gekomen.<sup>[40.]</sup> Met de e-mail van WestInvest d.d. 15 maart 2006 is de inhoud van de e-mail van WestInvest d.d. 3 maart 2006 achterhaald.<sup>[41.]</sup>

#### 3.44

Subonderdeel 2.2.3 probeert Uw Raad te verleiden om opnieuw te beoordelen of gedragingen van WestInvest inderdaad laten zien dat (1) WestInvest zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen de complicatie zich voordeed dat de door [verweerster 1] af te sluiten (onder)huurovereenkomsten op een gegeven moment de looptijd van de huurovereenkomst gingen overschrijden (rov. 7.18), (2) WestInvest zich bij de van haar te vergen medewerking de gerechtvaardigde belangen van [verweerster 1] tegenover die van haarzelf onvoldoende heeft aangetrokken (rov. 7.19), en (3) [verweerster 1] vóór december 2005 bij WestInvest te moeilijk gehoor kreeg bij het bespreekbaar maken van de complicatie (rov. 7.20). Subonderdeel 2.2.3 stelt *niet* dat het hof de door subonderdeel 2.2.3 genoemde stellingen niet bij zijn beoordeling heeft betrokken. Het subonderdeel stelt slechts dat deze stellingen laten zien dat WestInvest wel degelijk gemotiveerd heeft betwist dat zij onvoldoende stappen had genomen om in voldoende mate tegemoet te komen aan de belangen van [verweerster 1], waarbij het subonderdeel ervan uitgaat dat het hof niet heeft gespecificeerd wat concreet van WestInvest gevergd kon worden en op welk moment.

#### 3.45

De verleiding om in dit feitelijke debat te treden moet in cassatie worden weerstaan. Allereerst geldt dat het subonderdeel ten onrechte ervan uitgaat dat het hof niet heeft gespecificeerd wat concreet van WestInvest gevergd kon worden en op welk moment. Ik verwijs naar mijn bespreking van subonderdelen 2.2.1-2.2.2 hiervoor om herhaling te voorkomen.

#### 3.46

Daarnaast is belangrijk dat het hof heeft gemotiveerd dat WestInvest zich onvoldoende de belangen van [verweerster 1] zou hebben aangetrokken, en dat het daarbij heeft gewezen op verschillende feiten en omstandigheden. Zie rov. 7.7-7.9, 7.10-7.11, en 7.18-7.21, ook in samenhang bezien. Het hof heeft daarbij, als gezegd, de oordelen van het hof Amsterdam en de kantonrechter over de toepassing van de reductie van 50% overgenomen (rov. 7.21). Ook in de oordelen van de kantonrechter en het hof Amsterdam is gemotiveerd dat WestInvest zich onvoldoende de belangen van [verweerster 1] heeft aangetrokken (respectievelijk rov. 4.14. en rov. 3.17.). De motivering van het hof Den Haag, van het hof Amsterdam en van de kantonrechter komt in de kern op hetzelfde neer: WestInvest wilde voor de periode vanaf 1 april 2009 niet (structureel) een huur lager dan het garantiebedrag aanvaarden en zij heeft tegenover [verweerster 1] geen open oog getoond, althans te traag, voor de gewijzigde marktomstandigheden en de daaraan verbonden complicaties, die hun schaduw vooruitwierpen vóór april 2009. Daardoor maakte WestInvest overleg onmogelijk en blokkeerde zij noodzakelijke compromissen. Aan deze motivering liggen feiten en omstandigheden ten grondslag en deze feitelijke motivering laat zich niet goed (anders dan op begrijpelijkheid) toetsen in cassatie. In de motivering van de kantonrechter (rov. 4.14. e.v.) en van het hof Amsterdam (rov. 3.6. e.v.) wordt ook betekenis toegekend aan verwijten die op [verweerster 1] betrekking hebben. Met deze verwijten is in de door het hof Den Haag overgenomen reductie van 50% dus rekening gehouden.

#### 3.47

De crux is wat mij betreft dat WestInvest zich op het standpunt heeft gesteld dat WestInvest niet akkoord hoefde te gaan met een (structurele) (onder)huurprijs die beneden de minimumhuurprijs lag (zonder bijbetaling door [verweerster 1]) voor de periode vanaf 1 april 2009, ook niet bij gewijzigde marktomstandigheden. Dit geeft subonderdeel 2.2.3 op zich ook toe. De kantonrechter, het hof Amsterdam en het hof Den Haag hebben WestInvest in dit standpunt niet (zonder meer) gevolgd. Dit oordeel hebben zij als gezegd gemotiveerd met feiten en omstandigheden. De *door subonderdeel 2.2.3 genoemde feiten en omstandigheden* maken deze motivering niet onbegrijpelijk. Subonderdeel 2.2.3 moet daarom falen.

#### 3.48

*Subonderdeel 2.3* voert aan dat de oordelen in rov. 7.10-7.19 en 7.21 onvoldoende gemotiveerd zijn, omdat

het hof in rov. 7.10-7.21 heeft nagelaten betekenis toe te kennen aan het door WestInvest ingeroepen feit dat bij de berekening van de door WestInvest betaalde koopprijs van € 37.639.666,81 het prijspeil van huurprijzen per 1 januari 2000 leidend was,<sup>[42.]</sup> terwijl [verweerster 1] op het moment van de levering van het pand en de berekening en betaling van de koopprijs zou hebben geweten dat de marktomstandigheden ernstig waren verslechterd en verhuur van het kantoorgebouw tegen de door haar gegarandeerde huurprijs niet gemakkelijk zou zijn en zij desondanks onverminderd aanspraak is blijven maken op de genoemde koopprijs.<sup>[43.]</sup> Verder zou het hof hebben nagelaten betekenis toe te kennen aan het feit<sup>[44.]</sup> dat [verweerster 2] en [verweerder 3] al voordat in december 2005 de betalingen aan WestInvest werden gestaakt [verweerster 1] op onrechtmatige wijze - heimelijk - hebben 'leeg getrokken' en daarmee nakoming door [verweerster 1] van de huurovereenkomst en huurgarantie, alsook verhaal door WestInvest, onmogelijk hebben gemaakt althans hebben willen frustreren.<sup>[45.]</sup> Vervolgens zou [verweerster 1] onder dreiging van een faillissement hebben geprobeerd WestInvest te bewegen tot een afkoop van de huurgarantie tegen een fors lager bedrag dan openstond.<sup>[46.]</sup> In het licht van deze omstandigheden valt volgens het subonderdeel niet in te zien dat, zoals het hof in rov. 7.18-7.19 heeft overwogen, [verweerster 1] aan WestInvest zou kunnen tegenwerpen vanaf eind 2005 onvoldoende met haar belangen rekening te hebben gehouden met als rechtsgevolg dat [verweerster 1] voor een fors deel van haar betalingsverplichtingen uit hoofde van de door haar verstrekte huurgarantie ontslagen is.

3.49

Voor zover subonderdeel 2.3 subonderdelen 1.2 en 2.1 herhaalt (miskenning van de relevantie van het gehanteerde prijspeil bij de bepaling van de koopprijs en daarin verdisconteerde omstandigheden), slaagt het op de gronden die ik in mijn bespreking van subonderdelen 1.2 en 2.1 heb genoemd.

3.50

Voor het overige faalt subonderdeel 2.3. Allereerst geldt dat het hof wel degelijk betekenis heeft toegekend aan de financiële tekortkomingen van [verweerster 1] vanaf december 2005 (rov. 7.20 van het bestreden arrest). Daarin ligt besloten dat het hof ook betekenis heeft toegekend aan feiten en omstandigheden die betrekking hebben op deze tekortkomingen maar die dateren van vóór december 2005, en die subonderdeel 2.3 noemt. Zie voorts rov. 7.21 en 7.23 van het bestreden arrest in verbinding met rov. 4.15. en 4.18. van het vonnis van de kantonrechter, waaruit volgt dat betekenis is toegekend aan omstandigheden die subonderdeel 2.3 noemt.

3.51

Het subonderdeel vermeldt verder een aantal stellingen die niet relevant zijn voor het oordeel van het hof dat (1) WestInvest zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen de complicatie zich voordeed dat de door [verweerster 1] af te sluiten (onder)huurovereenkomsten op een gegeven moment de looptijd van de huurovereenkomst gingen overschrijden (rov. 7.18), (2) WestInvest zich bij de van haar te vergen medewerking de gerechtvaardigde belangen van [verweerster 1] tegenover die van haarzelf onvoldoende heeft aangetrokken (rov. 7.19), en (3) [verweerster 1] vóór december 2005 bij WestInvest te moeilijk gehoor kreeg bij het bespreekbaar maken van de complicatie (rov. 7.20). Met deze stellingen hoefde het hof daarom niets te doen.

3.52

Het subonderdeel lijkt ten slotte een nieuwe beoordeling van het feitelijke debat over gedragingen van WestInvest uit te willen lokken, met name in het licht van gedragingen van [verweerdere] Daarvoor is echter geen plaats in cassatie.

3.53

*Subonderdeel 2.4* voert aan dat het zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is dat het hof tot de oordelen in rov. 7.11 en 7.18 onder (iii) over de bedoelingen van partijen/strekking van de afspraken is gekomen en/of in het licht daarvan aan enige van WestInvest te vergen medewerking of inspanning een zodanig gewicht heeft toegekend dat niet-naleving daarvan afdoet aan de aanspraak van WestInvest op betaling onder de huurgarantie/huurovereenkomst. Volgens het subonderdeel is de huurovereenkomst uitsluitend gesloten ter uitvoering van de huurgarantie.<sup>[47.]</sup> De strekking van de huurgarantie was volgens het subonderdeel om de beleggingswaarde van het pand en het overeengekomen bruto-aanvangsrendement van minstens 7% te garanderen, zulks tegen de achtergrond van het feit dat de door WestInvest betaalde koopprijs

is bepaald op basis van de huurprijzen per prijspeil 1 januari 2000.<sup>[48.]</sup> De oordelen van het hof in rov. 7.11 en 7.18 onder (iii) over het oogmerk/de opzet van de afspraken en het belang dat [verweerster 1] in staat zou zijn haar huurlasten te verminderen, zouden hiermee niet te verenigen zijn en dus nadere motivering behoeven.

3.54

Dit subonderdeel richt zich niet tegen de uitleg van afspraken van partijen over het al dan niet aanvaarden van het risico dat zich in de garantieperiode geen (onder)huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen en gaat ook niet over de door het hof (klaarblijkelijk) gevonden ruimte voor het afleiden van verplichtingen uit de redelijkheid en billijkheid.

3.55

Subonderdeel 2.4 richt zich wél tegen de afweging en waardering van een aantal feiten en omstandigheden door het hof bij de invulling en toepassing van de eisen van redelijkheid en billijkheid in het onderhavige geval. In dit kader heeft het hof weliswaar betekenis toegekend aan *het belang* van WestInvest bij het behoud van beleggingswaarde (rov. 7.12-7.20), maar niet aan de door WestInvest gestelde aard en strekking van de koop- en huurovereenkomst als zodanig (niet enkel als *een belang* van WestInvest). Zie ik het goed, dan herhaalt subonderdeel 2.4 hiermee in de kern subonderdeel 2.1. Subonderdeel 2.4 slaagt in zoverre daarom op de in mijn bespreking van subonderdeel 2.1 vermelde gronden. Korthedshalve verwijst ik daarnaar.

3.56

Subonderdeel 2.4 faalt echter waar het ervan uitgaat dat de oordelen in rov. 7.11 en 7.18 onder (iii) over het oogmerk/de opzet van de afspraken en het belang dat [verweerster 1] in staat zou zijn haar huurlasten te verminderen nadere motivering behoeven omdat zij (hoe dan ook) niet te verenigen zijn met de door WestInvest gestelde aard en strekking van de overeenkomsten. Die aard en strekking sluiten immers niet uit dat de bedoeling van partijen ook was om [verweerster 1] (in beginsel) in staat te stellen haar huurlasten te verminderen door haar toe te staan om het pand te (onder)verhuren.

3.57

*Subonderdeel 2.5* voert aan dat de conclusie in rov. 7.17 dat de door WestInvest aangevoerde belangen al met al aanzienlijke relativering verdienen, terwijl zij bovendien maar in beperkte mate [verweerster 1] aangaan, een deugdelijke motivering mist in rov. 7.14-7.16. Daarom kan deze conclusie geen grond bieden aan de oordelen van het hof in rov. 7.18-7.19 en 7.21, aldus het subonderdeel. Dat deze conclusie een deugdelijke motivering mist in rov. 7.14-7.16 licht het subonderdeel met zes (nadere) subonderdelen - subonderdelen 2.5.1-2.5.6 - toe. Ik bespreek deze subonderdelen hierna afzonderlijk.

3.58

*Subonderdeel 2.5.1* voert aan dat het oordeel in rov. 7.14 dat het oordeel van het hof Amsterdam dat in de verhouding met [verweerster 1] voor rekening en risico van WestInvest komt dat zij toestemming van zogenoemde *Gutachters* (taxateurs) nodig heeft voor afwijking van de garantiehuur in cassatie onbestreden zou zijn,<sup>[49.]</sup> onbegrijpelijk is. In cassatie zou WestInvest in subonderdeel 1.3 immers erover hebben geklaagd dat bij het slagen van subonderdelen 1.1 en 1.2 de grondslag ontvalt aan de oordelen in rov. 3.6.-3.9. van het hof Amsterdam. Daaronder zou dus ook vallen het oordeel in rov. 3.7., laatste zin, waarnaar het bestreden arrest verwijst in rov. 7.14. Subonderdeel 1.3 van het middel is door Uw Raad gegrond bevonden in rov. 3.4 van Uw arrest van 2 december 2016 en óók rov. 3.7., laatste volzin, zou dus zijn vernietigd. Het cassatiemiddel van WestInvest en het arrest van Uw Raad zouden geen andere uitleg toelaten.

3.59

Dit subonderdeel is terecht voorgesteld, en hiertegen verzetten [verweerders] zich eigenlijk ook niet in hun schriftelijke toelichting (zie randnummer 2.5.1). Subonderdeel 2.5.1 gaat er terecht van uit dat Uw Raad onderdeel 1.3 heeft laten slagen omdat met het slagen van onderdelen 1.1 en 1.2 ook de grondslag ontviel aan de oordelen van het hof in rov. 3.6.-3.9. en het dictum.<sup>[50.]</sup> Tevens is juist dat het oordeel van het hof Amsterdam dat in de verhouding met [verweerster 1] voor rekening en risico van WestInvest komt dat zij toestemming van *Gutachters* (taxateurs) nodig heeft voor afwijking van de garantiehuur onderdeel is van rov. 3.7. van het arrest van het hof Amsterdam (laatste zin). Onderdeel 1.1 klaagde dat het hof Amsterdam ten onrechte had overwogen dat geen bezwaren zijn geuit tegen de wijze waarop de kantonrechter het geschil heeft beoordeeld en dat de kern van het hoger beroep van WestInvest de vraag betreft of de kantonrechter

met juistheid heeft geoordeeld dat het nadeel dat [verweerster 1] heeft geleden doordat zij geen (onder)huurovereenkomsten kon sluiten met derden, voor 50% is ontstaan door toedoen van WestInvest. Onderdeel 1.2 klaagde dat het hof Amsterdam ten onrechte had overwogen dat partijen inderdaad de consequenties van de genoemde (onder)verhuur aan derden in het licht van de tussen hen overeengekomen huurgarantie onvoldoende onder ogen hebben gezien. Uw Raad oordeelde vervolgens dat beide onderdelen slagen:

“3.4 WestInvest heeft in de memorie van grieven - kort gezegd - gesteld dat de risicoverdeling die uit de huurgarantie voortvloeide, was beoogd, dat van een verplichting tot samenwerking of van een leemte in de koopovereenkomst geen sprake was en dat zij geen andere huurprijs behoefde te aanvaarden binnen de termijn van de huurgarantie dan de gegarandeerde huurprijs, ook niet indien het verhuur betrof die zou doorlopen na de termijn van de huurgarantie. Het hof heeft deze grieven en de daarin besloten stellingen in zijn rov. 3.4 weergegeven. De overwegingen waartegen de onderdelen 1.1 en 1.2 zich richten, zijn in het licht van deze stellingen evenwel onvoldoende gemotiveerd. Het hof kon niet volstaan met de enkele constatering dat het een leemte zag, maar had ten minste nader moeten aanduiden waaruit valt af te leiden dat partijen de consequenties van de genoemde (onder)verhuur aan derden in het licht van de tussen hen overeengekomen huurgarantie onvoldoende onder ogen hebben gezien.”

3.60

Kortom: volgens Uw Raad was de constatering van het hof Amsterdam dat het een (relevante) leemte zag onvoldoende gemotiveerd in het licht van de stellingen van WestInvest over de beoogde risicoverdeling die erin zou bestaan *“dat van een verplichting tot samenwerking of van een leemte in de koopovereenkomst geen sprake was en dat zij geen andere huurprijs behoefde te aanvaarden binnen de termijn van de huurgarantie dan de gegarandeerde huurprijs, ook niet indien het verhuur betrof die zou doorlopen na de termijn van de huurgarantie”*. Dit brengt mee dat ook aan het oordeel in rov. 3.7., laatste zin, de grondslag ontvalt. Immers: om voldoende begrijpelijk geoordeeld te *kunnen* hebben dat in de verhouding met [verweerster 1] het voor rekening en risico van WestInvest komt dat zij toestemming van *Gutachters* (taxateurs) nodig heeft voor afwijking van de garantiehuur (rov. 3.7., laatste zin), had het hof gelet op de hiervoor genoemde stellingen van WestInvest *“ten minste nader moeten aanduiden waaruit valt af te leiden dat partijen de consequenties van de genoemde (onder)verhuur aan derden in het licht van de tussen hen overeengekomen huurgarantie onvoldoende onder ogen hebben gezien”* (rov. 3.4 van Uw arrest).

3.61

*Subonderdeel 2.5.2* voert aan dat de overweging van het hof in rov. 7.14 dat [verweerster 1] overigens redelijkerwijs niet behoefde te verwachten dat afwijking van de garantiehuur buiten de garantietermijn aan zulke strenge eisen was verbonden als WestInvest (overigens pas in hoger beroep) heeft betoogd en dat dit in ieder geval maar in beperkte mate aan [verweerster 1] kan worden tegengeworpen, evenzeer onbegrijpelijk is. In de eerste plaats zou het oordeel totaal niet gemotiveerd zijn. In de tweede plaats zou het oordeel niet te verenigen zijn met de constatering van het hof in rov. 3.3 dat [verweerster 1] zelf de verplichting heeft aanvaard om op grond van artikel 20 lid 2 (aanhel) van de koopovereenkomst de goedkeuring van WestInvest te vragen voor het sluiten van (onder)huurovereenkomsten, waarbij ook de daarvoor geldende uitgangspunten zijn bepaald.<sup>[51.]</sup> In de derde plaats zou het hof niet gerespondeerd hebben op de essentiële stelling van WestInvest dat [verweerster 1] bij het aangaan van de koopovereenkomst wist dat WestInvest als *open ended* beleggingsfonds een zorgplicht had jegens haar beleggers om de beleggingswaarde van het pand te beschermen, dat WestInvest onderhevig was aan toezichtregelgeving en dat [verweerster 1] wist of behoorde te weten dat een lagere huurprijs dan de garantiehuur daarom de goedkeuring van *Gutachters* behoefde (hetgeen WestInvest overigens in de procedure niet pas in hoger beroep heeft aangevoerd, zoals het hof dan ook onbegrijpelijk zou hebben overwogen in rov. 7.14).<sup>[52.]</sup>

3.62

Ook dit subonderdeel slaagt.<sup>[53.]</sup> Weliswaar mist het subonderdeel feitelijke grondslag in het bestreden arrest waar het ervan uitgaat dat *geheel* niet is gemotiveerd dat [verweerster 1] overigens redelijkerwijs niet behoefde te verwachten dat afwijking van de garantiehuur buiten de garantietermijn aan zulke strenge eisen was verbonden als WestInvest heeft betoogd en dat dit in ieder geval maar in beperkte mate aan [verweerster 1] kan worden tegengeworpen. Het hof heeft immers een motivering hiervan in rov. 7.15 gegeven (*“Dit geldt temeer, nu (...)”*). Maar het subonderdeel heeft een punt waar het (in wezen) aanvoert dat het hof (beter) had moeten toelichten hoe de constatering van het hof dat [verweerster 1] zelf de verplichting heeft aanvaard om

de goedkeuring van WestInvest te vragen voor het sluiten van (onder)huurovereenkomsten waarbij ook de daarvoor geldende uitgangspunten zijn bepaald (rov. 3.3 van het bestreden arrest) zich verhoudt tot het door subonderdeel 2.5.2 gewraakte oordeel (zie ook rov. 7.12-7.13 van het bestreden arrest). Hetzelfde geldt voor de door het subonderdeel genoemde essentiële stelling, die het hof in rov. 7.12-7.13 wel heeft benoemd, maar onvoldoende (inzichtelijk) betrokken bij zijn beoordeling. Zonder een adequate toelichting - die inderdaad ontbreekt - is het gewraakte oordeel onbegrijpelijk. Ten slotte noem ik nog dat het subonderdeel ook gelijk heeft waar het stelt dat WestInvest in eerste aanleg (in de door het subonderdeel genoemde conclusie van repliek, tevens houdende wijziging eis, tevens conclusie van antwoord in reconventie) al had aangevoerd dat afwijking van de garantiehurprijs buiten de garantietermijn aan (strengere) eisen - toestemming van *Gutachters* die concrete en gedetailleerde informatie nodig hadden over de kandidaat-huurders voordat zij konden beslissen, wat veel tijd kostte (rov. 7.13) - was verbonden. De andersluidende constatering van het hof in de voorlaatste zin van rov. 7.14 klopt dus niet. Uit de door het subonderdeel genoemde vindplaatsen in de conclusie van repliek, tevens houdende wijziging eis, tevens conclusie van antwoord in reconventie, volgt wel degelijk dat WestInvest in eerste aanleg heeft betoogd dat [verweerster 1] redelijkerwijs moest verwachten dat afwijking van de garantiehurprijs buiten de garantietermijn aan voornoemde (strengere) eisen was verbonden.

3.63

*Subonderdeel 2.5.3* voert aan dat het hof in rov. 7.15 art. 24 en art. 149 lid 1 Rv heeft geschonden en/of een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven door betekenis toe te kennen aan en aan WestInvest tegen te werpen dat (1) door PeopleSoft/Oracle<sup>[54.]</sup> onderhuurovereenkomsten konden worden aangegaan die zouden doorlopen tot na 31 maart 2009; (2) waarbij de huurprijs lager zou (kunnen) liggen dan de garantiehurprijs; (3) dit niet op bezwaren van de *Gutachters* stuitte, terwijl dit (4) "een forse aanslag" op de beleggingswaarde van het kantoorpand zou kunnen hebben. WestInvest noch [verweerders] zou hebben gesteld dat een door PeopleSoft/Oracle te sluiten onderhuurovereenkomst zou kunnen doorlopen na 31 maart 2009 tegen een lagere prijs dan de huurgarantieprij en daarmee de beleggingswaarde van het pand zou kunnen bedreigen. Integendeel, tussen partijen zou in confesso zijn, en uit rov. 3.4 zou ook volgen, dat de overeenkomst met PeopleSoft/Oracle een looptijd tot in 2012 had. Uit het feit dat PeopleSoft/Oracle huurder was en de door haar gehuurde bedrijfsruimte slechts in onderhuur gaf, zou volgen dat WestInvest aanspraak maakte op de door PeopleSoft/Oracle verschuldigde huurprijs - die boven de garantiehurprijs lag<sup>[55.]</sup> - en kon blijven maken tot het einde van de looptijd van die huurovereenkomst.<sup>[56.]</sup> [Verweerders] zouden dit nota bene zelf hebben gesteld<sup>[57.]</sup> en WestInvest zou niet anders hebben gesteld. Aldus valt het volgens het subonderdeel niet in te zien dat de overeenkomst<sup>[58.]</sup> met PeopleSoft/Oracle zou hebben kunnen leiden tot een forse aanslag op de beleggingswaarde van het gebouw, zoals het hof heeft overwogen.

3.64

Dit subonderdeel is eveneens terecht voorgesteld. Doorslaggevend daarvoor is dat het subonderdeel terecht aanvoert dat in feitelijke instanties niet is gesteld dat door PeopleSoft/Oracle te sluiten (onder)huurovereenkomsten (deels) konden doorlopen na 31 maart 2009 tegen een lagere prijs dan de minimumhuurprijs en daarmee de beleggingswaarde konden aantasten. Het hof heeft dit wel geoordeeld (in rov. 7.15, overigens niet uitdrukkelijk in rov. 3.7), maar heeft niet toegelicht waaruit dit volgt. [Verweerders] wijzen in randnummer 2.5.1 en voetnoten 17-18 van hun schriftelijke toelichting op vindplaatsen waaruit in de visie van [verweerders] volgt dat van een schending van art. 24 Rv of 149 Rv geen sprake is, maar in die vindplaatsen lees ik niet dat is gesteld dat door PeopleSoft/Oracle te sluiten (onder)huurovereenkomsten (deels) konden doorlopen na 31 maart 2009 tegen een lagere prijs dan de minimumhuurprijs en daarmee de beleggingswaarde konden aantasten.<sup>[59.]</sup> Het hof heeft aldus art. 24 en 149 Rv geschonden door een (beweerdelijk) feit aan zijn beoordeling ten grondslag te leggen dat niet aan de orde is gekomen (het feit kon daarom dus niet 'in geschil' zijn; vergelijk de tweede zin van rov. 7.15). Gezien het voorgaande heeft het hof ook onvoldoende gemotiveerd dat de afgesloten onderhuurovereenkomsten door PeopleSoft/Oracle (in de visie van WestInvest) zouden hebben kunnen leiden tot een (negatieve) aantasting van de beleggingswaarde van het gebouw. Ten overvloede geldt dat de huurprijs in de huurovereenkomst met PeopleSoft/Oracle die tot in 2012 liep boven de minimumhuurprijs lag.<sup>[60.]</sup> Deze overeenkomst kan volgens de stellingen van WestInvest op zichzelf dus geen negatieve invloed op de beleggingswaarde hebben.

3.65

*Subonderdeel 2.5.4* voert aan dat het in subonderdeel 2.5.3 bestreden oordeel verder onvoldoende gemotiveerd is, omdat het hof in rov. 7.15 zou hebben nagelaten te responderen op de essentiële stelling van

WestInvest dat [verweerster 1] zelf de huurovereenkomst met PeopleSoft/Oracle heeft afgesloten vóór de levering van het kantoorpand en daarin een vrijwel ongeclausuleerd recht op onderhuur aan PeopleSoft/Oracle heeft afgegeven. WestInvest heeft in dit verband verder gesteld dat zij géén bemoeienis heeft gehad met het afsluiten van de huurovereenkomst tussen [verweerster 1] en PeopleSoft/Oracle, zodat het feit dat zij de onderhuur van PeopleSoft/Oracle wel moest accepteren voor rekening van [verweerster 1] zou komen.<sup>[61.]</sup> Het hof had op deze stellingen moeten responderen, omdat eruit zou volgen of zou kunnen volgen dat WestInvest niet valt tegen te werpen dat de overeenkomst<sup>[62.]</sup> met PeopleSoft/Oracle niet op bezwaren van de *Gutachters* stuitte, zoals het hof in rov. 7.15 heeft gedaan. In dit verband geldt ook dat het hof in rov. 3.4 een onvoldoende gemotiveerd oordeel zou hebben gegeven door ervan uit te gaan dat de overeenkomst namens WestInvest was aangegaan - dat zou volgens de stellingen van WestInvest niet het geval zijn,<sup>[63.]</sup> terwijl die overeenkomst zelf niet zou vermelden dat [verweerster 1] namens WestInvest zou hebben gehandeld.<sup>[64.]</sup>

3.66

Subonderdeel 2.5.4 slaagt ook. De stellingen van WestInvest die subonderdeel 2.5.4 noemt, gaan over het afsluiten van de overeenkomst *tussen [verweerster 1] en PeopleSoft/Oracle* (vóór de levering en overdracht van het gebouw), en het beweerdelijk ontbreken van bemoeienis van WestInvest daarbij. In geschil en/of onduidelijk was in hoeverre WestInvest daadwerkelijk bemoeienis heeft gehad met het afsluiten van deze overeenkomst door [verweerster 1] met PeopleSoft/Oracle en of [verweerster 1] deze overeenkomst destijds namens WestInvest is aangegaan.<sup>[65.]</sup> Het laatste heeft het hof in rov. 3.4 aldus niet voldoende gemotiveerd als feit aangenomen. In geschil was niet dat de overeenkomst tussen [verweerster 1] en PeopleSoft/Oracle vóór de levering en overdracht van het gebouw is gesloten (rov. 3.4). Het hof heeft verder in rov. 7.15 aan (de belangen van) WestInvest de wijze waarop de *Gutachters* met “*de onderhuurovereenkomsten afgesloten door Oracle*” zijn omgegaan tegengeworpen, maar niet de wijze waarop de *Gutachters* met de overeenkomst *tussen [verweerster 1] en PeopleSoft/Oracle* zijn omgegaan (vóór de levering en overdracht van het gebouw).

3.67

In het licht van de door subonderdeel 2.5.4 genoemde stellingen is zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet voldoende begrijpelijk waarom de wijze waarop de *Gutachters* met de (onder)huurovereenkomsten die PeopleSoft/Oracle heeft afgesloten zijn omgegaan redengevend is voor het oordeel dat de belangen van WestInvest aanzienlijke relativering behoeven en dat zij maar in beperkte mate [verweerster 1] aangaan (rov. 7.14, laatste zin, en rov. 7.17). Immers: volgens de door subonderdeel 2.5.4 genoemde stellingen van WestInvest heeft zij geen bemoeienis gehad met het afsluiten van de huurovereenkomst tussen [verweerster 1] en PeopleSoft/Oracle waarin een recht van PeopleSoft/Oracle om te mogen onderverhuren is opgenomen, en is deze overeenkomst door [verweerster 1] aangegaan (wat ten minste op gespannen voet staat met de overweging van het hof in rov. 3.4 dat het kantoorgebouw door [verweerster 1] *namens* WestInvest is verhuurd aan PeopleSoft/Oracle). Volgens WestInvest is [verweerster 1] de overeenkomst met PeopleSoft/Oracle dus zelf aangegaan, en nog voordat [verweerster 1] het gebouw aan WestInvest had geleverd en overgedragen. WestInvest heeft de (onder)huurovereenkomsten die PeopleSoft/Oracle heeft afgesloten, inclusief het recht om te onderverhuren, dus simpelweg moeten accepteren,<sup>[66.]</sup> aldus WestInvest. Uitgaande van de juistheid van deze stellingen van WestInvest valt inderdaad niet zonder meer in te zien dat de wijze waarop de *Gutachters* met de (onder)huurovereenkomsten die PeopleSoft/Oracle heeft afgesloten zijn omgegaan redengevend is voor het oordeel dat de belangen van WestInvest aanzienlijke relativering behoeven en dat zij maar in beperkte mate [verweerster 1] aangaan. Immers: volgens de hiervoor genoemde stellingen van WestInvest lag het afsluiten van de huurovereenkomst met PeopleSoft/Oracle - inclusief het recht van PeopleSoft/Oracle om te mogen (onder)verhuren - (volledig) in het domein van [verweerster 1] en PeopleSoft/Oracle. Uit de door subonderdeel 2.5.4 genoemde stellingen van WestInvest zou gezien het voorgaande inderdaad *kunnen* volgen dat niet redengevend is voor het oordeel dat de belangen van WestInvest aanzienlijke relativering behoeven en dat zij maar in beperkte mate [verweerster 1] aangaan, dat de (onder)huurovereenkomsten gesloten door PeopleSoft/Oracle niet op bezwaren van de *Gutachters* stuitten. Om een voldoende gemotiveerd oordeel te geven, had het hof voldoende kenbaar moeten ingaan op de stellingen van WestInvest die subonderdeel 2.5.4 noemt. Dat heeft het hof nagelaten.

3.68

*Subonderdeel 2.5.5* voert aan dat het hof in rov. 7.15 heeft nagelaten betekenis toe te kennen aan de omstandigheden dat de met TUI aangegane huurovereenkomst in beginsel zou aflopen binnen de garantietermijn en dat [verweerster 1] tijdens de garantietermijn het verschil tussen de onderhuurprijs en de

garantiehur heeft aangevuld.<sup>[67.]</sup> De in rov. 7.15 aangehaalde omstandigheid dat TUI de mogelijkheid had om de huur te verlengen tot 1 oktober 2013 zou hoogstens betekenen dat er een mogelijkheid zou zijn geweest dat die overeenkomst zou doorlopen na die termijn met potentieel een consequentie voor de beleggingswaarde van het pand. Zonder nadere motivering zou enkel het feit dat WestInvest onverplicht eenmalig hiermee akkoord is gegaan niet de conclusie kunnen dragen dat het belang van WestInvest bij het beschermen van de beleggingswaarde van het pand “*aanzienlijke relativering*” verdient, zodanig zelfs dat het belang van [verweester 1] bij het kunnen verminderen van de huurlasten zwaarder weegt dan het belang van WestInvest en dat WestInvest mede daarom gehouden zou zijn tot medewerking aan een onderhuur door [verweester 1] tegen een lagere prijs dan de garantiehurprijs indien die onderhuur zou doorlopen na afloop van de garantietermijn.

3.69

Het subonderdeel faalt. Allereerst mist dit subonderdeel feitelijke grondslag waar het ervan uitgaat dat het hof in rov. 7.15 geen betekenis heeft toegekend aan de omstandigheden dat de met TUI aangegane huurovereenkomst in beginsel zou aflopen binnen de garantietermijn. Het hof heeft immers overwogen dat de overeenkomst met TUI deels buiten de garantietermijn kon doorlopen en dat TUI de mogelijkheid had om de huur te verlengen tot 1 oktober 2013. Daarin ligt besloten dat de overeenkomst met TUI in beginsel zou aflopen binnen de garantietermijn. Verder heeft het hof (ook) in rov. 3.6 vastgesteld dat de overeenkomst met TUI in beginsel zou aflopen binnen de garantietermijn en dat [verweester 1] tijdens de garantietermijn verplicht was het verschil tussen de onderhuurprijs en de garantieprijs aan te vullen (vergelijk ook rov. 7.21 en rov. 7.23 van het bestreden arrest in verbinding met rov. 4.4. van het vonnis van de kantonrechter). Daarnaast mist het subonderdeel feitelijke grondslag waar het ervan uitgaat dat *enkel* het feit dat WestInvest onverplicht eenmalig akkoord is gegaan met de mogelijkheid van verlenging met een lagere prijs dan de minimumhuurprijs de conclusie draagt dat het belang van WestInvest bij het beschermen van de beleggingswaarde van het pand “*aanzienlijke relativering*” verdient. Het hof heeft aan dit laatste oordeel meer ten grondslag gelegd. Zie rov. 7.12-7.15 en 7.18-7.20 van het bestreden arrest. Hetzelfde geldt voor het oordeel dat het belang van [verweester 1] zwaarder weegt dan het belang van WestInvest. Zie rov. 7.10-7.15 en 7.17-7.20 van het bestreden arrest. Bovendien mist subonderdeel 2.5.5 feitelijke grondslag waar het ervan uitgaat dat het hof heeft geoordeeld dat WestInvest gehouden was tot medewerking aan een onderhuur door [verweester 1] tegen een lagere prijs dan de garantieprijs indien de onderhuur zou doorlopen na afloop van de garantietermijn mede omdat het belang van [verweester 1] zwaarder weegt dan dat van WestInvest. Het hof heeft dit in rov. 7.18-7.21 niet zo categorisch geoordeeld.

3.70

Dat het hof in rov. 7.15 niet is ingegaan op de stelling dat [verweester 1] tijdens de garantietermijn het verschil tussen de onderhuurprijs en de garantiehur heeft aangevuld is verder niet relevant voor zijn oordeel dat het belang van WestInvest bij behoud van de beleggingswaarde door handhaving van de minimumhuurprijs voor de periode na 1 april 2009 aanzienlijke relativering behoeft. Bij dit belang van WestInvest gaat het nu juist om de periode *na* de garantieperiode: volgens het hof verdient dit belang van WestInvest aanzienlijke relativering, omdat WestInvest voor de periode *vanaf* 1 april 2009 in beginsel akkoord is gegaan met een huurprijs die lager is dan de minimumhuurprijs (met TUI).

3.71

*Subonderdeel 2.5.6* voert aan dat het hof met zijn oordeel in rov. 7.16 dat WestInvest niet heeft toegelicht hoe het verloop van de verhuur is geweest vanaf 1 april 2009 art. 24 Rv heeft geschonden en een met het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) strijdige ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven. [Verweerders] zouden geen (kenbaar) beroep erop hebben gedaan dat WestInvest na afloop van de garantietermijn een huurovereenkomst zou zijn aangegaan of akkoord zou zijn gegaan met een (onder)huurovereenkomst waarmee de beleggingswaarde van het pand onder druk zou komen te staan, dan wel dat die beleggingswaarden om andere redenen voorzienbaar zouden gaan dalen. Voorts zou het hof hebben miskend dat de stelplicht (en bewijslast) in dezen bij [verweester 1] ligt en het dus bovenal aan [verweester 1] was om enige stelling te betrekken over het verloop van de verhuur vanaf 1 april 2009.

3.72

Ook dit subonderdeel is tevergeefs voorgesteld. De overweging van het hof dat WestInvest niet heeft toegelicht hoe het verloop van de verhuur is geweest vanaf 1 april 2009 is een overweging ten overvloede

("Tot slot verdient aandacht (...)") en dus niet dragend voor zijn oordeel dat (1) WestInvest zich te afhoudend, te traag en te weinig meedenkend heeft opgesteld toen de complicatie zich voordeed dat de door [verweester 1] af te sluiten (onder)huurovereenkomsten op een gegeven moment de looptijd van de huurovereenkomst gingen overschrijden (rov. 7.18), (2) WestInvest zich bij de van haar te vergen medewerking de gerechtvaardigde belangen van [verweester 1] tegenover die van haarzelf onvoldoende heeft aangetrokken (rov. 7.19), en (3) [verweester 1] vóór december 2005 bij WestInvest te moeilijk gehoor kreeg bij het bespreekbaar maken van de complicatie (rov. 7.20). Het hof heeft met deze overweging slechts geconstateerd dat voor het hof niet inzichtelijk is geworden hoe lang de door WestInvest gestelde waarderingsmethode die inhoudt dat onverhuurd oppervlak (volgens taxateurs) geen negatief effect had op de beleggingswaarde van het gebouw stand kon houden (rov. 7.16). Het hof heeft hieraan verder geen consequenties verbonden, en heeft met deze overweging dus bijvoorbeeld niet geoordeeld dat onverhuurd oppervlak wél een negatief effect had op de beleggingswaarde van het gebouw (zie ook rov. 7.13 van het bestreden arrest). Weliswaar heeft het hof direct na rov. 7.16 in rov. 7.17 geoordeeld dat de door WestInvest aangevoerde belangen aanzienlijke relativering behoeven en maar in beperkte mate [verweester 1] aangaan (wat op zijn beurt weer redengevend is geweest voor het oordeel in rov. 7.18-7.20), maar niet valt in te zien waarom de overwegingen in rov. 7.16 dat (1) WestInvest niet heeft toegelicht hoe het verloop van de verhuur is geweest vanaf 1 april 2009 en (2) daarom niet inzichtelijk is geworden hoe lang de door WestInvest gestelde waarderingsmethode die inhoudt dat onverhuurd oppervlak (volgens taxateurs) geen negatief effect had op de beleggingswaarde van het gebouw stand kon houden, dit oordeel van het hof in rov. 7.17 steunt, laat staan draagt. De dragende overwegingen voor het oordeel in rov. 7.17 moeten (kennelijk) worden gevonden in rov. 7.12-7.15 van het bestreden arrest.

### 3.73

Verder geldt dat de overweging dat WestInvest niet heeft toegelicht hoe het verloop van de verhuur is geweest vanaf 1 april 2009 een reactie is op de stelling van *WestInvest* dat in het door taxateurs gehanteerde waarderingsstelsel onverhuurd oppervlak geen negatief effect had op de beleggingswaarde van het gebouw. Van schending van art. 19 Rv of 24 Rv kan dus geen sprake zijn: het is WestInvest zelf geweest die deze stelling heeft ingenomen en daarmee onderdeel heeft gemaakt van het partijdebat. Dat [verweesters] mogelijk als onderdeel van haar verweer (op enig punt) hadden kunnen aanvoeren dat WestInvest niet heeft toegelicht hoe het verloop van de verhuur is geweest vanaf 1 april 2009 maakt dat niet anders. Het hof heeft niet geoordeeld dat [verweesters] dit verweer hebben gevoerd en heeft aan haar overweging als gezegd geen consequenties verbonden.

### 3.74

*Subonderdeel 2.6* voert aan dat met het slagen van één of meer klachten van subonderdelen 2.4-2.5.6 gegeven is dat een deugdelijke grond ontbreekt voor de oordelen van het hof in rov. 7.18-7.19 en 7.21. Deze oordelen kunnen volgens het subonderdeel ook niet worden gedragen door de omstandigheden die het hof in rov. 7.18, laatste volzin, heeft vermeld. Voor de daarin genoemde omstandigheden (ii) en (iii) bouwt het subonderdeel voort op subonderdelen 1.1-1.2 en 2.4. Voor de daarin genoemde omstandigheden (i) en (iv) vermeldt het subonderdeel dat deze omstandigheden niet op zichzelf de conclusies van het hof in rov. 7.18-7.19 en 7.21 kunnen dragen.

### 3.75

Omdat subonderdeel 2.4 (voor zover subonderdeel 2.4 subonderdeel 2.1 herhaalt) en subonderdelen 2.5.1-2.5.4 terecht zijn voorgesteld, slaagt subonderdeel 2.6. Immers: in zoverre wordt succesvol geklaagd tegen oordelen en overwegingen die de oordelen van het hof in rov. 7.18-7.19 en 7.21 dragen. Ik voeg hieraan volledigheidshalve nog toe dat ik subonderdeel 2.5 tevens volg in de conclusie dat omstandigheden (i)-(iv) uit rov. 7.18, laatste zin, deze laatste oordelen van het hof (rov. 7.18-7.19 en 7.21) niet (zelfstandig) kunnen dragen, mede in het licht van subonderdelen 1.1-1.2 en 2.4. De motivering die het subonderdeel daarvoor geeft, snijdt hout.<sup>[68.]</sup>

### 3.76

*Subonderdeel 2.7* voert aan dat het zonder nadere motivering niet valt in te zien waarom de reductie van 50%, zoals aangebracht door de kantonrechter en het hof Amsterdam, aangewezen zou zijn. Dit valt in het bijzonder niet in te zien omdat het hof zonder motivering is voorbijgegaan aan de stelling van WestInvest dat (voor zover het kantoorgebouw niet verhuurd zou kunnen worden) niet is aangetoond dat er bereidwillige kandidaat-

huurders (anders dan TUI, Nedeximpo en Spring) zouden zijn indien de huurprijs structureel zou zijn verlaagd.<sup>[69.]</sup> Bij gebreke van een causaal verband tussen de opstelling van WestInvest en het niet verhuurd zijn van het kantoorgebouw valt niet in te zien dat WestInvest heeft bijgedragen aan het niet verhuurd zijn van het kantoorgebouw, althans niet voor 50%.

3.77

Dit subonderdeel faalt. Het hof is niet zonder nadere motivering voorbij gegaan aan de stelling van WestInvest dat (voor zover het kantoorgebouw niet verhuurd zou kunnen worden) niet is aangetoond dat er bereidwillige kandidaat-huurders (anders dan TUI, Nedeximpo en Spring) zouden zijn indien de huurprijs structureel zou zijn verlaagd. Ter motivering van de verwerping van grief XVI die deze stelling bevat, heeft het hof onder meer verwezen naar het oordeel van de kantonrechter (rov. 7.21). De beantwoording van de vraag of er bereidwillige kandidaat-huurders (anders dan TUI, Nedeximpo en Spring) zouden zijn indien de huurprijs structureel zou zijn verlaagd, is onderdeel van het (uitgebreid) gemotiveerde oordeel van de kantonrechter en het hof Amsterdam. Zie rov. 4.14.-4.25. van het vonnis van de kantonrechter en rov. 3.5.-3.8. van het arrest van het hof Amsterdam. Het hof heeft deze motivering als gezegd overgenomen. Voor zover het subonderdeel ervan uitgaat dat deze motivering niet is gegeven, mist het aldus feitelijke grondslag in het bestreden arrest. Het subonderdeel geeft ten slotte niet aan waarom niet valt in te zien dat de reductie van 50%, zoals aangebracht door de kantonrechter, aangewezen is. Op al het voorgaande stuit het subonderdeel af. Ten overvloede wijs ik nog op rov. 7.23 van het bestreden arrest. Daarin heeft het hof overwogen dat grief XIX - die een herhaling van zetten is (rov. 7.22 van het bestreden arrest) - geen kenbare klachten bevat over de door de kantonrechter beoordeelde causaliteitsvragen.

### **Het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep van [verweerdere]**

3.78

Het incidentele cassatieberoep valt uiteen in twee onderdelen en is ingesteld onder de voorwaarde dat onderdeel 1 van het principale cassatieberoep op enig punt slaagt. Ik kom toe aan de bespreking van het incidentele cassatieberoep omdat in mijn opvatting aan deze voorwaarde is voldaan. Zie mijn bespreking van onderdeel 1 van het principale cassatieberoep.

3.79

Het incidentele cassatieberoep is met name gericht tegen rov. 7.3, en in het verlengde daarvan, ook tegen rov. 7.4-8.1. Dit geldt voor beide onderdelen van het incidentele cassatieberoep. Het verweerschrift met het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep licht beide onderdelen als volgt in het algemeen toe (p. 3). [Verweerdere] merken op dat zij wensen dat Uw Raad of de verwijzingsrechter de vrijheid behoudt om te oordelen dat sprake is van een leemte (als onderdeel 1 van het principale cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest leidt), die erin bestaat dat partijen met de huurgarantie geen risicoverdeling zijn overeengekomen voor de situatie dat zich geen huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehur te betalen. Volgens [verweerdere] laat het partijdebat geen andere conclusie toe dan dat deze leemte zo moet worden ingevuld dat de omstandigheid dat zich geen huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehur te betalen niet voor rekening en risico van [verweerdere] komt, maar voor rekening van WestInvest.

### **Onderdeel 1**

3.80

Onderdeel 1 voert aan dat het hof ten onrechte althans onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat in de koopovereenkomst of de huurovereenkomst geen leemte aanwezig is. Het hof zou in rov. 7.10 e.v. betreffende de uitvoering van de huurgarantie, zijn overgegaan tot het op grond van redelijkheid en billijkheid aanvullen van de rechtsverhouding van partijen, en zou zich daarbij niet hebben beperkt tot uitleg van deze rechtsverhouding (aan de hand van redelijkheid en billijkheid). Dat het hof daarbij de term 'complicatie' heeft gebezigd zou daaraan niet afdoen. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat voor aanvulling nodig is dat sprake is van een leemte en heeft het hof (de gevolgen van) deze leemte ten onrechte niet vastgesteld. Als het oordeel van het hof op dit punt niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, dan is dit oordeel volgens het onderdeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk, nu onduidelijk zou blijven welke leemte het hof precies op het oog heeft gehad.

3.81

Onderdeel 1 is terecht voorgesteld. Dat blijkt uit mijn bespreking van subonderdeel 1.4 van het principale cassatieberoep. Kortheidshalve verwijs ik daarnaar.

## Onderdeel 2

3.82

Onderdeel 2 voert aan dat het oordeel van het hof dat in de koopovereenkomst of de huurovereenkomst geen leemte aanwezig is, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de uitlegmaatstaf die het hof diende te hanteren. Het hof zou hebben miskend met het klaarblijkelijk doorslaggevend achten van de tekst van de overeenkomst, dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, niet kan worden beantwoord op grond van slechts een taalkundige uitleg van de bepalingen van een contract. Hiervoor geldt de *Haviltex*-maatstaf, aldus het onderdeel. Heeft het hof dit niet miskend, dan is het oordeel dat in de koopovereenkomst of de huurovereenkomst geen leemte aanwezig is zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd.

3.83

Onderdeel 2 mist feitelijke grondslag waar het ervan uitgaat dat het hof heeft miskend dat de *Haviltex*-maatstaf van toepassing is. Het hof heeft in rov. 7.3 niet geoordeeld dat de *Haviltex*-maatstaf niet van toepassing is en/of dat een andere uitlegmaatstaf wordt of moet worden gehanteerd.<sup>[70.]</sup> Andere oordelen die het hof wel heeft gegeven impliceren dit ook niet. Het hof heeft in rov. 7.3 weliswaar (veel) betekenis toegekend aan de bewoordingen van een overeenkomst, maar dat is op zich niet (altijd) in strijd met de *Haviltex*-maatstaf.<sup>[71.]</sup> Onderdeel 2 wijst verder niet op specifieke feiten en omstandigheden die het hof bij zijn uitleg had moeten betrekken en die het uitlegoordeel in rov. 7.3 onbegrijpelijk zouden maken.

3.84

Voor zover onderdeel 2 voortbouwt op onderdeel 1 en/of onderdeel 1 herhaalt, is onderdeel 2 wél terecht voorgesteld.

## 4. Slotsom en behandeling na verwijzing

4.1

Het bestreden arrest moet worden vernietigd, omdat het principale cassatieberoep (subonderdelen 1.1-1.4, 2.1, 2.5.1-2.5.4 en 2.6) en het incidentele cassatieberoep (onderdeel 1) terecht zijn voorgesteld.

4.2

Hiervoor is mijns inziens in de kern het volgende redengevend. Het hof is allereerst ten onrechte en/of onbegrijpelijk tot aanvulling van de rechtsverhouding tussen [verweerster 1] en WestInvest op de voet van de redelijkheid en billijkheid overgegaan, nu het hof tegelijkertijd geen (relevante) leemte aanwezig heeft geacht. Bovendien had het hof de vraag of WestInvest mocht omgaan met haar contractuele toestemmingsrecht op de wijze zoals zij dat heeft gedaan ten aanzien van nieuwe door [verweerster 1] voorgestelde (onder)huurovereenkomsten die tot na 31 maart 2009 zouden doorlopen (en dus: de vraag of [verweerster 1] het risico droeg dat in de garantieperiode zich geen (onder)huurder aandiende die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen), voldoende gemotiveerd moeten beantwoorden. Dit heeft het hof niet gedaan, zoals blijkt uit mijn bespreking van subonderdelen 1.1-1.4, 2.1, 2.5.1-2.5.4, en 2.6 van het principale cassatieberoep, en van onderdeel 1 van het incidentele cassatieberoep. De klachten die het voorgaande aan de orde stellen, slagen dus in mijn opvatting.

4.3

Na verwijzing moet alsnog worden beoordeeld of WestInvest niet gerechtigd is tot het volledige door haar

gevorderde bedrag, en zo ja, op grond waarvan. Deze beoordeling moet plaatsvinden binnen het kader dat ik in randnummers 3.2-3.5 hiervoor heb weergegeven en vergt een analyse en waardering van de gestelde feiten en omstandigheden in feitelijke instanties.

## 5. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

---

## Voetnoten

[1.] HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2748.

[2.] Gerechtshof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:647.

[1.] Deze feiten zijn, met een aantal redactionele aanpassingen en een paar aanvullingen (uit het vonnis in eerste aanleg), ontleend aan het bestreden arrest (hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:647), rov. 3.2-3.11. Ik merk op dat het hof in een aantal rechtsoverwegingen abusievelijk [verweerster 1] als afkorting voor de partijen [verweerders] (zie p. 1) heeft gebruikt bij zijn weergave van de feiten. Zie Rb. Amsterdam (ktr.) 2 december 2010, zaaknummer CV 09-18050 (niet gepubliceerd), rov. 1.1. e.v., waarin wel de juiste aanduiding is opgenomen.

[2.] Rb. Amsterdam (ktr.) 2 december 2010, zaaknummer CV 09-18050 (niet gepubliceerd), rov. 1.2.

[3.] Idem.

[4.] Het hof is hier (kennelijk) afgegaan op de stellingen van WestInvest en [verweerders] in de memorie van grieven in het incidentele appel, randnummer 26., en de memorie van antwoord in het incidentele appel en grieven in het principale appel, randnummers 29 en 35. Dat € 187,45 per m<sup>2</sup> minus € 172 per m<sup>2</sup> niet bijna € 22 per m<sup>2</sup> is, maar dat bedrag toch wordt genoemd, komt (waarschijnlijk) door het feit dat het bedrag € 187,45 per m<sup>2</sup> later is geïndexeerd (zie ook “geïndexeerde”). Zie de tekst van de gegarandeerde huurprijs in artikel 20 lid 2 onder c. van de koopovereenkomst (productie 1 bij de dagvaarding in eerste aanleg).

[5.] Gedeeltelijk ontleend aan rov. 4.1-4.5 van het bestreden arrest.

[6.] Rb. Amsterdam (ktr.) 2 december 2010, zaaknummer CV 09-18050 (niet gepubliceerd).

[7.] Gelet op de inhoud van rov. 4.16. en 4.19. heeft de kantonrechter mogelijk juist art. 6:2 *lid 1* BW (de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid) op het oog gehad.

[8.] [Verweerster 1].

[9.] [Verweerders] hebben aangevoerd dat [bedrijfsmakelaar] een bedrijfsmakelaar is die bemiddelde voor potentiële huurders van het kantoorgebouw. Zie randnummer 3.15 van de pleitaantekeningen van [verweerders] d.d. 15 oktober 2010.

[10.] Grotendeels ontleend aan rov. 5.1-5.3 van het bestreden arrest.

[11.] Hof Amsterdam 14 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1387.

[12.] Gedeeltelijk ontleend aan rov. 6.1-6.2 van het bestreden arrest.

[13.] HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2748, *RvdW* 2016/1245 en *JIN* 2017/13 m.nt. W.A. Braams.

[14.] Hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:647.

[15.] Zie ook het dictum onder “9. *Beslissing*” (p. 10-11).

[16.] [Verweerders] merken op dat WestInvest ruim vijf jaar na het arrest van Uw Raad van 2 december 2016 heeft gewacht voordat zij [verweerders] heeft opgeroepen voor het hof Den Haag.

[17.] De vraag of partijen deze concrete situatie bij het afsluiten van het contract hebben voorzien, is mijns inziens niet (precies) dezelfde als de vraag of partijen een afspraak hebben gemaakt die van toepassing is in deze concrete situatie (bijvoorbeeld: een algemene afspraak dat de verhuurder te allen tijde redelijk moet omgaan met zijn toestemmingsrecht). Niet uitgesloten is overigens dat de verwijzingsrechter tot het oordeel komt dat partijen onvoldoende stellingen hebben ingenomen over de vraag of partijen iets zijn overeengekomen ten aanzien van het gebruik van het toestemmingsrecht door WestInvest. In dat geval kan sprake zijn van een veronderstelde leemte in de rechtsverhouding tussen partijen (bij gebrek aan stellingen van partijen).

[18.] Deze formulering is zuiverder dan de formulering dat art. 6:2 lid 1 BW een leemte *eist*. Uit de structuur van het verbintenissenrecht en in het bijzonder deze bepaling volgt dat zij pas in beeld *kan* komen als er sprake is van een leemte. Hetzelfde geldt voor art. 6:248 lid 1 BW. Zie nader mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2023:175) voor HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1071, NJ 2023/245 (*Beachhotel De Wielingen BV/De Wielingen Vastgoed BV*), randnummer 3.6, Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nrs. 388 en 403, en, in de context van opzegging van duurovereenkomsten, HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98, JOR 2018/140 m.nt. G.J.M. Verburg en JIN 2018/57 m.nt. R.A.G. de Vaan (*Goglio/SMQ*), rov. 3.6.3.

[19.] Zie mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2023:175) voor HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1071, NJ 2023/245 (*Beachhotel De Wielingen BV/De Wielingen Vastgoed BV*), randnummer 3.6 (ook over toepassing van art. 6:248 lid 2 BW en de rol van feiten, omstandigheden en partijafspraken daarbij) en Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nrs. 388 en 403. Zie voorts art. 6:248 lid 1 BW (“naar de aard van de overeenkomst”), waaruit blijkt dat bij aanvulling de “aard van de overeenkomst” relevant is, die overigens in ruime zin wordt opgevat. Zie Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 386.

[20.] In deze sleutel lijkt het oordeel van de kantonrechter te staan, maar dit is niet zeker. Zie voetnoot 7 hiervoor en rov. 4.6., 4.16., 4.19. en 4.25. van het vonnis van de kantonrechter.

[21.] Vergelijk voor een geval waarin de eisen van de redelijkheid en billijkheid *partiële* in plaats van *gehele* ontbinding voorschreven: HR 24 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1895, NJ 1996/160 (*Regency Residence NV*), rov. 4.2 (“*De gedachtengang van het Hof moet dus worden verstaan dat het op grond van de omstandigheden (...) een algehele ontbinding, gelet op de eisen van redelijkheid en billijkheid, in ieder geval niet gerechtvaardigd achtte, en dat het wèl partiële ontbinding gerechtvaardigd achtte (...). Voor zover het onderdeel strekt ten betoge dat het Hof op grond van de omstandigheden (...) niet had mogen oordelen dat algehele ontbinding niet gerechtvaardigd was, komt het tevergeefs op tegen een oordeel dat niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting en zozeer met een waardering van de feiten verweven is dat het voor het overige in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst. Onbegrijpelijk is dat oordeel niet.*”). Zie over dit arrest mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2023:175) voor HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1071, NJ 2023/245 (*Beachhotel De Wielingen BV/De Wielingen Vastgoed BV*), randnummer 4.6 (inclusief de daarin opgenomen voetnoten). Vergelijk voor een andersoortige beperking die kan voortvloeien uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid: HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), rov. 3.5-3.6 (keuze tussen nakoming en schadevergoeding).

[22.] Zie het oordeel van het hof Amsterdam in deze zaak (hof Amsterdam 14 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1387), rov. 3.5., eerste alinea (slot).

[23.] Zie voorts de voortbouwklacht tegen rov. 7.10-7.21 (subonderdeel 1.3).

[24.] De procesinleiding verwijst naar conclusie van repliek in conventie, randnummer 18., conclusie van dupliek in reconventie, randnummer 27., memorie van grieven in het incidentele appel, randnummers 19.-21.

en 58., toelichting grieven III-VI onder C., memorie van antwoord in het principale appel, randnummer 79., en cassatiedagvaarding, subonderdeel 2.2.

[25.] De procesinleiding verwijst naar dagvaarding in eerste aanleg, randnummers 6.-8. en 11., conclusie van repliek in conventie, randnummers 5., 11. en 14.-19., conclusie van dupliek in reconventie, randnummers 21.-22. en 27., memorie van grieven in het incidentele appel, randnummers 19.-21., 58., toelichting grieven III-IV onder C. en toelichting grieven VII-VIII onder E., memorie van antwoord in het principale appel, randnummers 110.-111., pleitaantekeningen van WestInvest d.d. 9 december 2014, randnummer 26., en cassatiedagvaarding, subonderdeel 1.1.

[26.] De procesinleiding verwijst naar conclusie van antwoord, randnummer 15., dagvaarding in eerste aanleg, randnummer 9., memorie van grieven in het incidentele appel, randnummer 24., memorie van antwoord in het incidentele appel, randnummer 31, en rov. 3.3, 3.5 en 7.9 van het bestreden arrest.

[27.] Zie de schriftelijke toelichting van [verweerders], randnummers 1.0.2 e.v., en de reactie in de repliek van WestInvest, randnummers 5. e.v.

[28.] Vergelijk ook rov. 7.5: *“In het licht van deze complicatie is van belang om nader te onderzoeken wat de afspraken tussen partijen precies inhouden.”* (mijn onderstreping, A-G). Een nader onderzoek naar de inhoud van de partijafspraken - waaruit in theorie zou hebben kunnen gevolgd dat sprake is van een leemte - vindt pas plaats *naar aanleiding van de geconstateerde complicatie*. Dat de complicatie zelf de leemte zou zijn, valt daarmee niet te rijmen.

[29.] Zie bijvoorbeeld memorie van grieven in het incidentele appel, randnummer 58. [Verweester 1] zou in het bijzonder het risico hebben aanvaard dat zich geen huurder aandient die ook na 31 maart 2009 bereid is de garantiehuur te betalen en die ook vóór 1 april 2009 het pand huurt.

[30.] Zie bijvoorbeeld memorie van antwoord in het incidentele appel en grieven in het principale appel, randnummers 5-8, 59-94 en 100-123.

[31.] De procesinleiding verwijst naar de vindplaatsen genoemd in voetnoot 25 hiervoor.

[32.] De procesinleiding verwijst naar de vindplaatsen genoemd in voetnoot 26 hiervoor, en subonderdeel 1.2.

[33.] De procesinleiding verwijst *“overigens”* naar subonderdeel 2.4.

[34.] De procesinleiding verwijst naar rov. 3.10 van het bestreden arrest.

[35.] De procesinleiding verwijst naar memorie van grieven in het incidentele appel, randnummers 33.-36. en 44., grief I onder C., grief II onder C. en E., grieven X en XI onder A. en grief XVII, pleitaantekeningen van WestInvest d.d. 9 december 2014, randnummer 19., memorie van antwoord in het principale appel, randnummer 84., en conclusie van repliek in conventie, randnummer 37.

[36.] De procesinleiding verwijst naar memorie van grieven in het incidentele appel, grief II onder G. (slot) en grieven X-XI, en conclusie van repliek in conventie, randnummer 38.

[37.] De procesinleiding verwijst naar memorie van grieven in het incidentele appel, randnummers 26.-32. en 49.-55., algemene grief, randnummer 59. (viii)-(xi), (xvi) en (xvii), grief I onder C. (iv) en (v), grieven IX-X, XI (onder A.) en grief XII, pleitaantekeningen van WestInvest d.d. 9 december 2014, randnummers 17., 21., 24., 27. en 32., conclusie van repliek in conventie, randnummers 22., 26.-32. en 41.-42., conclusie van dupliek in reconventie, randnummer 33., memorie van antwoord in het principale appel, randnummers 93.-97., 132.-143., 156., 162.-164., pleitnotities van WestInvest d.d. 15 oktober 2010, randnummers 7. en 10.

[38.] De procesinleiding verwijst naar subonderdeel 2.5.5.

[39.] De procesinleiding merkt op dat met grief I onder A. een grief is gericht tegen de vaststelling van de

kantonrechter in rov. 1.7. van zijn vonnis dat het huurvoorstel door de makelaar van Nedeximpo is gestuurd aan de makelaar van WestInvest c.q. [verweerster 1].

[40.] De procesinleiding verwijst naar memorie van grieven in het incidentele appel, randnummer 43., grief II onder G.-I., grief IX, met name onder B. en grief XII onder A., conclusie van repliek, randnummers 41.-44., en memorie van antwoord in het principale appel, randnummer 85.

[41.] De procesinleiding verwijst naar memorie van grieven in het incidentele appel, grief XII en toelichting daarop.

[42.] De procesinleiding verwijst naar rov. 3.3-3.4 van het bestreden arrest.

[43.] De procesinleiding verwijst naar memorie van grieven in het incidentele appel, grieven XIII en XIV, met name toelichting onder B.-D., en grieven XVIII en XIX, met name toelichting onder A., dagvaarding in eerste aanleg, randnummer 11., conclusie van repliek in conventie, randnummer 39., conclusie van dupliek in reconventie, randnummer 13. en memorie van antwoord in het principale appel, randnummers 78. en 106.-111.

[44.] De procesinleiding verwijst naar rov. 4.28.-4.32. en dictum onder II van het vonnis van de kantonrechter. De procesinleiding vermeldt hierbij dat hiertegen een grief is gericht door [verweerders] in het principale appel, maar dat dit principale appel niet-ontvankelijk is verklaard door de eerdere intrekking van dit appel door [verweerders] (verwezen wordt (kennelijk) naar rov. 3.3. van het arrest van het hof Amsterdam).

[45.] De procesinleiding verwijst naar dagvaarding in eerste aanleg, randnummers 39. onder (e) tot en met (m), 40. en 45., conclusie van repliek in conventie, randnummers 58.-59., pleitnotities van WestInvest d.d. 15 oktober 2010, randnummers 24.-28., memorie van grieven in het incidentele appel, randnummer 39. en grief XV.

[46.] De procesinleiding verwijst naar memorie van grieven in het incidentele appel, randnummers 39. en 45.-48., algemene grief, randnummer 61. (xxiv), grief II onder E. en grief XV, pleitaantekeningen van WestInvest d.d. 9 december 2014, randnummers 19.-20. en 31., dagvaarding in eerste aanleg, randnummers 23., 39., 45.-47. en conclusie van repliek in conventie, randnummers 51., 59.-62. en 76.-86.

[47.] De procesinleiding verwijst naar de vindplaatsen genoemd in voetnoot 26 hiervoor.

[48.] De procesinleiding verwijst naar subonderdeel 1.2.

[49.] De procesinleiding verwijst naar rov. 3.7., laatste volzin, van de uitspraak van het hof Amsterdam.

[50.] Ik merk volledigheidshalve nog op dat de cassatiedagvaarding van WestInvest ook (indirecte) klachten tegen rov. 3.7. van het arrest van het hof Amsterdam bevatte (zie subonderdelen 2.1-2.4 en 3.1-3.3). Die heeft Uw Raad buiten behandeling gelaten (rov. 3.5).

[51.] De procesinleiding verwijst naar conclusie van repliek in conventie, randnummers 10.-11., memorie van grieven in het incidentele appel, randnummers 19., 58. onder (iv), toelichting grieven III-V, VI (onder C. en D.), en memorie van antwoord in het principale appel, randnummer 72.

[52.] De procesinleiding verwijst naar conclusie van repliek, randnummers 3.-5., 14.-17., 23., 35., 41. (laatste gedachtestreepje), en memorie van grieven in het incidentele appel, randnummers 22., 26., 35. en 61., toelichting grieven VII en VIII onder D., toelichting grieven X en XI onder A., toelichting grieven XIII en XIV onder F.

[53.] [Verweerders] verweren zich in hun schriftelijke toelichting maar in beperkte mate tegen subonderdeel 2.5.2 (zie randnummer 2.5.2). Dit verweer verandert mijn beoordeling van subonderdeel 2.5.2 niet.

[54.] De procesinleiding merkt op dat PeopleSoft en [verweerster 1] vóór de levering van het kantoorgebouw

een huurovereenkomst hebben gesloten (met verwijzing naar rov. 3.4 van de uitspraak van het hof Amsterdam (ik begrijp: hof Den Haag)), en dat PeopleSoft in januari 2005 is overgenomen door Oracle (met verwijzing naar rov. 3.7 van de uitspraak van het hof Amsterdam (ik begrijp: hof Den Haag)).

[55.] De procesinleiding verwijst naar memorie van antwoord in het incidentele appel en grieven in het principale appel, randnummer 21 en pleitnota van [verweerders] d.d. 9 december 2014, randnummer 11.

[56.] De procesinleiding is hier niet heel duidelijk geformuleerd. Zie repliek, randnummer 13., dat duidelijker is.

[57.] De procesinleiding verwijst naar pleitaantekeningen van [verweester 1] d.d. 15 oktober 2010, randnummer 3.12.

[58.] Ik begrijp het subonderdeel hier zo dat het met overeenkomst met PeopleSoft/Oracle bedoelt: een onderhuurovereenkomst afgesloten door PeopleSoft/Oracle (zie ook rov. 7.15 van het bestreden arrest).

[59.] Zie de reactie in de repliek, randnummer 13., op het verweer tegen subonderdeel 2.5.3 in de schriftelijke toelichting van [verweerders], randnummers 2.5.1 en 2.5.3. Voetnoten 17 en 18 van de schriftelijke toelichting van [verweerders] wijzen op memorie van antwoord in het incidentele appel, randnummers 35, 53 e.v. en 116 e.v., pleitnota van [verweerders] d.d. 9 december 2014, randnummer 19, conclusie van antwoord tevens eis in reconventie, randnummer 35., pleitaantekeningen van [verweerders] d.d. 15 oktober 2010, randnummers 3.12-3.13, en memorie na verwijzing, randnummers 1.4. en 4.4.

[60.] Zie rov. 3.4 van het bestreden arrest, de vindplaatsen in voetnoot 55 hiervoor, en de vindplaatsen uit stukken van de onderhavige cassatieprocedure in voetnoot 59 hiervoor.

[61.] De procesinleiding verwijst naar conclusie van repliek in conventie en conclusie van antwoord in reconventie, randnummers 45.-50., conclusie van dupliek in reconventie, randnummers 42.-43., memorie van antwoord in het principale appel, randnummers 121.-123., en pleitaantekeningen van WestInvest d.d. 9 december 2014, randnummer 29. De procesinleiding merkt op dat in productie 26 bij conclusie van repliek in conventie en conclusie van antwoord in reconventie met geen woord over WestInvest wordt gesproken.

[62.] Ik begrijp het subonderdeel zo dat het met deze overeenkomst bedoelt: een onderhuurovereenkomst afgesloten door PeopleSoft/Oracle (zie ook rov. 7.15 van het bestreden arrest).

[63.] De procesinleiding verwijst naar conclusie van repliek in conventie en conclusie van antwoord in reconventie, randnummer 45., conclusie van dupliek in reconventie, randnummer 42., memorie van antwoord in het principale appel, randnummer 121., en pleitaantekeningen van WestInvest d.d. 9 december 2014, randnummer 29. De procesinleiding merkt op dat in productie 26 bij conclusie van repliek in conventie en conclusie van antwoord in reconventie met geen woord over WestInvest wordt gesproken.

[64.] De procesinleiding verwijst naar productie 26 bij conclusie van repliek in conventie en conclusie van antwoord in reconventie.

[65.] Zie naast de inhoud van subonderdeel 2.5.4 en de door subonderdeel 2.5.4 genoemde vindplaatsen uit feitelijke instanties: schriftelijke toelichting van [verweerders], randnummers 2.5.1 en 2.5.4, en repliek, randnummer 14., en de in deze randnummers genoemde vindplaatsen uit feitelijke instanties.

[66.] Het hof heeft het zo verwoord dat PeopleSoft/Oracle “*met toestemming van Westinvest het door PeopleSoft gehuurde deel van het kantoorgebouw heeft onderverhuurd (...)*” (rov. 3.7). Uitgaande van de juistheid van de stellingen van WestInvest schept “*met toestemming van Westinvest*” een wat vertekend beeld, maar subonderdeel 2.5.4 stelt dit niet uitdrukkelijk aan de orde. Ik laat het daarom rusten.

[67.] De procesinleiding verwijst naar conclusie van repliek in conventie en conclusie van antwoord in reconventie, randnummers 22., 34. en 69., conclusie van dupliek in reconventie, randnummers 18.-20. en memorie van antwoord in het principale appel, randnummer 186.

[68.] Ik volg niet de stelling van [verweerders] dat “zo ongeveer al” de “klachten” van WestInvest “moeten slagen” om de rov. 7.18 e.v. omver te krijgen. Zie schriftelijke toelichting van [verweerders], randnummer 2.6.

[69.] De procesinleiding verwijst naar grief XVI uit de memorie van grieven in het incidentele appel en pleitaantekeningen van WestInvest d.d. 9 december 2014, randnummer 27.

[70.] Vergelijk rov. 7.3, laatste zin, en 7.14, voorlaatste zin.

[71.] Zie over de betekenis van de bewoordingen van een contract bij uitleg bijvoorbeeld HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 m.nt. C.J.H. Brunner en *Ars Aequi* 1981, p. 355 e.v. m.nt. P. van Schilfgaarde (*Haviltex*), rov. 2, HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, NJ 2007/575 m.nt. M.H. Wissink, JOR 2007/166 m.nt. R.P.J.L. Tjittes, *Ondernemingsrecht* 2007/90 m.nt. A. Wiggers (*Meyer Europe BV/Pontmeyer BV*), rov. 3.4.3 en HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214, JOR 2013/198 m.nt. P.S. Bakker, [OR-Updates.nl](http://OR-Updates.nl) 2013-0162, m.nt. M. Mussche en TBR 2013/119 m.nt. P.S. Bakker (*Lundiform BV/Mexx Europe BV*), rov. 3.4.4.