

Indeplaatsstelling door splitsing? (II)

mr. B.W. Brouwer en mr. D. de Gelder*

1. Inleiding

In de september/oktober 2010 uitgave van dit tijdschrift is een artikel gewijd aan de juridische (af)splitsing van vennootschappen (art. 2:334a BW) en de gevolgen daarvan voor verhuurders van 290-bedrijfsruimte, die zich door de splitsing geconfronteerd zagen met een nieuwe huurder.¹ Deze materie bleek in de rechtspraak een nagenoeg onontgonnen gebied. Het artikel sloot dan ook af met de signalering van de mogelijkheid dat er – als gevolg van de toentertijd actuele overname van Super de Boer door Jumbo - meer licht geworpen zou worden op de huurrechtelijke consequenties van de juridische splitsing. In de gepubliceerde jurisprudentie over die overname is echter geen rechtspraak bekend. Wel heeft de Maxeda-transactie uit 2010 (waarbij warenhuis V&D samen met La Place werd verkocht aan Sun Europe) voor twee uitspraken gezorgd die enig inzicht geven in hoe (lagere) rechters met deze materie omgaan (beide uitspraken zijn gewezen in 2012). Tezamen met nieuwe vennootschapsrechtelijke jurisprudentie over de juridische splitsing is er reden de consequenties van de juridische splitsing voor verhuurders van 290-bedrijfsruimte (hierna kortweg: winkelruimte) wederom te beschouwen.

2. De splitsing

Voor een uitgebreide uiteenzetting van de splitsing en voor een overzicht van het splitsingstraject verwijzen wij naar het aangehaalde artikel *Indeplaatsstelling door splitsing?* Op deze plaats volstaan wij met een korte samenvatting. De juridische splitsing kent twee varianten: de zuivere splitsing en de afsplitsing. Door de zuivere splitsing gaat het vermogen van een vennootschap onder algemene titel over op twee of meer andere rechtspersonen, waarbij de splitsende vennootschap ophoudt te bestaan. Bij een afsplitsing blijft de splitsende vennootschap bestaan en gaat kortweg het vermogen, of een deel daarvan, onder algemene titel over naar een of meer rechtspersonen, waarvan er ten minste een bij de afsplitsing wordt opgericht. De overgang onder algemene titel heeft tot gevolg dat contractuele verhoudingen met derden door de verkrijgende rechtspersoon worden voortgezet. Als gevolg van een dergelijke (af)splitsing kan een verhuurder van winkelruimte dus met een ‘nieuwe’ huurder geconfronteerd worden. Anders dan bij een activa/passiva transactie of een indeplaatsstelling kan dit worden bereikt zonder de verhuurder (of andere contractuele wederpartijen) daarvooraf bij te betrekken.

3. Wettelijke waarborgen voor de verhuurder

Omdat een (af)splitsing voor contractspartijen van de splitsende vennootschap verstrekkende gevolgen kan hebben, heeft de wetgever voor hen enkele waarborgen opgenomen. Voor een verhuurder is er doorgaans aanleiding om zich tegen de splitsing van ‘zijn’ huurder te keren als hij twijfels

heeft over de gegoedheid van de nieuwe huurder. De wettelijke regeling kent kortweg twee momenten waarop de verhuurder zijn invloed kan doen gelden: (i) nadat de splitsende vennootschap (huurder) in een landelijk dagblad heeft aangekondigd dat hij het splitsingsvoorstel² bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel heeft gedeponereerd, heeft de verhuurder een maand tijd om tegen het voorstel in verzet te komen³ en (ii) tot uiterlijk zes maanden na nederlegging van de notariële akte van splitsing bij het handelsregister kan een verhuurder onder omstandigheden vorderen dat de overeenkomst wordt beëindigd of gewijzigd in verband met de splitsing.⁴ Deze korte wettelijke termijnen brengen het aanmerkelijke risico met zich mee dat een verhuurder de splitsing pas zal opmerken nadat de genoemde termijnen zijn verstreken. In dat geval zal zijn positie aanzienlijk zwakker zijn. Voor de verhuurder lijkt dan namelijk alleen nog een actie uit onrechtmatige daad (misbruik van bevoegdheid) jegens de gesplitste vennootschap, de opgerichte dochter(s) en/of haar bestuurders te resteren. Er kan sprake zijn van misbruik van recht als de splitsing er uitsluitend op is gericht de verhuurder te benadelen. Dit is voor de verhuurder niet eenvoudig aan te tonen. Als de transactie echter plaatsvindt in het kader van een reorganisatie ter spreiding van risico's, is de kans gering dat misbruik van recht aan de orde is. Wel zou sprake kunnen zijn van onrechtmatig handelen als de afgesplitste onderneming ten tijde van de splitsing al in dermate zwaar weer verkeert dat een faillissement onafwendbaar is. Voor de bestuurders geldt

-
- * Berth Brouwer en Dick de Gelder zijn beiden advocaat bij Fort Advocaten N.V.
1. B.W. Brouwer, ‘Indeplaatsstelling door splitsing?’, *TvHB* 2010, p. 192-197.
 2. Art. 2:334f BW.
 3. Art. 2:334l lid 1 BW: ‘Tot een maand nadat alle partijen bij de splitsing de nederlegging van het voorstel tot splitsing hebben aangekondigd, kan iedere wederpartij bij een rechtsverhouding van zulk een partij door een verzoekschrift aan de rechtbank tegen het voorstel tot splitsing in verzet komen op grond dat het voorstel ten aanzien van zijn rechtsverhouding strijdt met art. 334j of dat een krachtens art. 334k verlangde waarborg niet is gegeven. In dat laatste geval vermeldt het verzoekschrift de waarborg die wordt verlangd.’
 4. Art. 2:334r lid 1 BW: ‘Indien ten gevolge van de splitsing een overeenkomst van een partij bij de splitsing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven, wijzigt of ontbindt de rechter de overeenkomst op vordering van een der partijen bij de overeenkomst. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.’ Lid 2 bepaalt dat de termijn voor het instellen van de vordering door verloop van zes maanden na nederlegging van de akte vervalft.

dat zij persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn indien zij ten tijde van de splitsing weten of behoren te weten dat de verhuurder van de nieuw opgerichte vennootschap als gevolg van de transactie benadeeld zal worden doordat haar vordering onbetaald zal blijven. De drempel voor aansprakelijkheid ligt echter hoog.⁵

In de literatuur is gesuggereerd dat de verhuurder de mogelijkheid zou hebben om na het verstrijken van de verzets termijn een actio pauliana in te stellen: het vorderen van de vernietiging van de splitsing op grond van schuldeisersbenadeling. Inmiddels is in recente jurisprudentie echter duidelijk geworden dat de splitsing op deze grond niet kan worden vernietigd. In een uitgebreid gemotiveerd arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt het gerechtshof onder verwijzing naar het antwoord van de regering op vragen van de Raad van State:⁶

‘(...) dat de mogelijkheid van vernietiging zeer strikt moet worden uitgelegd. Daarbij wordt in de Memorie van Toelichting, noch in de overige parlementaire stukken de mogelijkheid van (latere) vernietiging met een beroep op de pauliana genoemd. In de Memorie wordt wel aan de faillissementssituatie aandacht besteed, maar alleen voor het geval dat tijdens een faillissement splitsing wordt overwogen. Het zou voor de hand hebben gelegen dat, indien de pauliana in algemene zin toepasbaar zou zijn naast de uitdrukkelijk in het wetsontwerp genoemde vernietigingsgronden van artikel 7:233u BW, daar in het wetsontwerp aandacht aan zou zijn besteed. Een strikte uitleg is ook in overeenstemming met de considerans van de zesde richtlijn⁷ zoals hierboven weergegeven. Benadeling van schuldeisers valt ook niet onder een van de – exclusieve – gronden van vernietiging genoemd in artikel 2:334u lid 1 BW. Gelet hierop kan het feit dat de pauliana tot een relatieve nietigheid leidt niet tot een ander oordeel leiden. Er moet dan ook van worden uitgegaan dat artikel 2:334u BW een *lex specialis* inhoudt die het normaliter mogelijk beroep op de pauliana uitsluit.’

Het gerechtshof Arnhem kwam tot een gelijke conclusie.⁸ In de literatuur is voorts gesuggereerd dat een verhuurder mogelijk het vennootschappelijk besluit tot splitsing⁹ zou kunnen vernietigen wegens schuldeisersbenadeling en zodoende op de voet van art. 2:334u lid 1 sub c. BW¹⁰ een rechtsingang voor vernietiging van de splitsing zou hebben. Gezien het wettelijke systeem voor de vernietiging van vennootschappelijke besluiten¹¹ zou de schuldeiser dan aan zijn vordering tot vernietiging ten grondslag moeten leggen dat het splitsingsbesluit in strijd met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:8 BW is. In de literatuur wordt echter breed aangenomen¹² dat een schuldeiser niet een betrokkene bij de rechtspersoon is als bedoeld in art. 2:8 BW. De verhuurder zal derhalve niet in zijn vordering slagen. Daarmee zijn de wettelijke acties om op te komen tegen de splitsing gering.

Het is voor de verhuurder derhalve van groot belang – indien nodig - gebruik te maken van de hiervoor genoemde twee momenten om te ageren tegen het splitsingsvoorstel: verzet tegen de voorgestelde splitsing of het vorderen van beëindiging of wijziging van de huurovereenkomst. Als een verhuurder in verzet gaat, verschaft deze zich, met name in grote transacties, een sterke onderhandelingspositie. De akte

van splitsing mag namelijk pas worden verleden door de notaris als het verzet (vrijwillig) is ingetrokken of de opheffing (door de rechter) uitvoerbaar is. Verzet kan de splitsing dus behoorlijk ophouden met mogelijk vergaande gevolgen voor de partijen die de splitsing nastreven. Het verzet is naar ons oordeel evenwel onrechtmatig indien de verhuurder op voorhand beseft of moet beseffen dat het kansloos is. In dat geval zou sprake zijn van misbruik van recht.

4. Waarborgen in de ROZ-modellen

Naast de wettelijke acties kan een verhuurder zijn belangen beschermen door in de huurovereenkomst de gevolgen van een (voorgenomen) splitsing expliciet te regelen. Bij de verhuur van winkelruimte wordt door huurders en verhuurders veelal gebruik gemaakt van de ROZ-modellen en daarbij horende algemene bepalingen. In art. 18 van de algemene bepalingen bij de ROZ 2008 is bepaald:

‘Huurder stelt verhuurder onmiddellijk schriftelijk op de hoogte van een (voorgenomen) naamswijziging, overname, fusie of juridische splitsing als bedoeld in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.’

Deze bepaling legt geen verbod op, maar beoogt kennelijk de verhuurder in staat te stellen zich tijdig tegen de splitsing te verzetten en/of de rechter te verzoeken de huurovereenkomst te wijzigen of te beëindigen. In de algemene bepalingen van de ROZ 2012 is deze strekking expliciet toegevoegd (art. 16):

‘Partijen zijn verplicht om elkaar telkens schriftelijk op de hoogte te stellen van voorgenomen relevante wijzigingen in zijn/haar organisatie, waaronder begrepen de vennootschapsrechtelijke structuur, voor zover deze relevant zijn voor de onderhavige huurovereenkomst. De hiervoor bedoelde mededeling dient de andere partij op een zodanig tijdstip te bereiken dat deze nog tijdig alle maatregelen kan nemen ten aanzien van de voorgenomen wijziging. Onder deze maatregelen worden onder meer, doch niet uitsluitend, begrepen juridische acties, zoals het aantekenen van verzet tegen een voorstel tot juridische fusie of splitsing.’

In commentaren op de inhoud van art. 18 ROZ 2008 is al opgemerkt dat een (specifieke) sanctie op de niet-naleving

5. Vergelijk de maatstaf van Hoge Raad, 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen).
6. Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 27 maart 2012, *JOR* 2012/301.
7. *PbEG* 1982, L 387, p 47.
8. Gerechtshof Arnhem, 25 september 2012, *JOR* 2012/343.
9. Bij een NV en BV betreft dit een aandeelhoudersbesluit, bij een stichting een bestuursbesluit (zie art. 2:334m).
10. Een splitsing kan door de rechter vernietigd worden wegens (onder meer) vernietigbaarheid van het besluit tot splitsing.
11. Art. 2:15 BW.
12. Zie bijvoorbeeld: mr. Chr.M. Stokkermans, ‘Vernietiging van besluiten’, *V&O* 2010, Nr. 10, p. 177 e.v.

van art. 18 ontbreekt.¹³ Wel kent art. 34 ROZ 2008 een algemene boetebepaling:

‘Indien huurder zich, na door verhuurder behoorlijk in gebreke te zijn gesteld, niet houdt aan de in de huur-overeenkomst en in deze algemene bepalingen opgenomen voorschriften verbeurt huurder aan verhuurder, voor zover geen specifieke boete is overeengekomen, een direct opeisbare boete van € 250,00 per kalenderdag voor elke kalenderdag dat huurder in verzuim is. Het vorenstaande laat onverlet het recht van verhuurder op volledige schadevergoeding, voor zover de geleden schade de verbeurde boete overtreft.’

Het is aannemelijk dat een verhuurder die door zijn huurder niet op de hoogte is gesteld van een (voorgenomen) splitsing kan terugvallen op de algemene boete van art. 34. Voor wat betreft de hoogte van de boete valt gezien het algemene karakter van art. 34 niet uit te sluiten dat een rechter deze zal matigen.

In de ROZ (2012) is de leemte van het ontbreken van een specifieke boete niet ondervangen. Voorts is de algemene boetebepaling geschrapt: wat resteert is een algemeen boetebeding voor diverse specifiek genoemde tekortkomingen. Het nalaten om een (voorgenomen) splitsing te melden aan de verhuurder valt daar evenwel niet onder. Een schending van art. 16 van de algemene bepalingen (ROZ 2012) levert wel een tekortkoming van de huurder op, hetgeen huurder schadelijkt maakt jegens de verhuurder. De schade kan daaruit bestaan dat de verhuurder geen (extra) zekerheid heeft kunnen bedingen in een verzetprocedure. Mogelijk kan de verhuurder de huurovereenkomst vanwege deze tekortkoming zelfs ontbinden.

In art. 6 van de algemene bepalingen ROZ (2008) (art. 12 bij de ROZ 2012) is bepaald dat het huurder op straffe van een boete niet is toegestaan huurrechten geheel of gedeeltelijk in te brengen in (onder meer) een rechtspersoon.¹⁴ Met het oog op deze bepaling is het van belang vast te stellen of overgang van de huurovereenkomst als gevolg van een splitsing kwalificeert als het ‘inbrengen van huurrechten in een rechtspersoon’. In de (gepubliceerde) rechtspraak is deze vraag nog niet aan de orde geweest. Ons inziens kwalificeert splitsing niet als het inbrengen van huurrechten. Een argument dat hiervoor pleit is dat deze bepaling ook reeds was opgenomen in ROZ-modellen van voor de tijd dat de juridische splitsing in de wet was verankerd (1998) en sindsdien ongewijzigd is gehandhaafd. Ook in de toelichting bij de ROZ-modellen wordt de splitsing niet genoemd. Nu de algemene bepalingen van de ROZ-modellen mogelijk onvoldoende, ofwel beperkt, soelaas bieden, is het raadzaam voor verhuurders de verplichting tot tijdige melding van een voorgenomen splitsing expliciet in de huurovereenkomst vast te leggen en schending daarvan te bedreigen met een voldoende tot nakoming prikkelende boete.

5. Jurisprudentie: (het begin van) enkele handvatten.

De aangehaalde Maxeda-transactie heeft voor twee gepubliceerde uitspraken over art. 2:334r BW gezorgd¹⁵; de ene door de rechtbank te Assen en de ander door de rechtbank te Breda (beide sector kanton). Hoewel de relevante feiten in deze zaken in verregaande mate identiek waren – zelfs de advocaten aan huurders en verhuurders zijde waren dezelfde -, waren de uitkomsten dat bepaald niet. Het meest op-

vallend is dat de kantonrechters de aanwezigheid van een 403-verklaring van de moedermaatschappij van de huurder verschillend beoordelen. Ondanks de verschillen geven de uitspraken enig inzicht in hoe de lagere rechter de norm van art. 2:334r BW uitlegt. Een korte bespreking.

Casus

Beide zaken zijn aanhangig gemaakt naar aanleiding van de juridische (af)splitsing op 16 augustus 2010 van Maxeda Nederland B.V. (hierna: Maxeda). Maxeda was tot dat moment ‘spin in het web’ bij de exploitatie van diverse winkel-formules, waaronder V&D warenhuizen. De eisende partij verhuurde voorafgaand aan de splitsing winkelruimte aan Maxeda voor de exploitatie van een van haar V&D warenhuizen. De betreffende huurovereenkomsten bepaalden dat geen zekerheid door huurder behoefde te worden gesteld. Door middel van juridische splitsing werd de huurovereenkomst ondergebracht in V&D Services B.V. (hierna: Services). Behalve de litigieuze huurovereenkomst gingen ook de huurovereenkomsten met betrekking tot andere V&D warenhuizen over naar Services. Services verkreeg verder geen activa en was daarmee een lege huls. De exploitatie van het warenhuis en andere V&D warenhuizen ging als gevolg van de splitsing over naar V&D B.V., de enig aandeelhouder van Services. Uit de uitspraken komt naar voren dat V&D B.V. in vergelijking met Maxeda voor de splitsing aanzienlijk veel minder winkels exploiteert.¹⁶ Ten tijde van beide procedures werden alle aandelen in V&D B.V. (indirect) gehouden door V&D Group Holding B.V. (hierna: Holding). Holding maakte geen deel uit van het Maxeda concern, maar van koper Swan Topco (Sun). Kennelijk zijn de aandelen in V&D B.V. en Services tussen de splitsing en de procedure (indirect) overgedragen aan Holding. Voorts blijkt dat Holding een 403-verklaring heeft afgelegd voor V&D B.V. en Services, waarbij Holding zich ook hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden voortvloeiend uit de huurovereenkomst. Gezien de stellingen van partijen passen de kantonrechters art. 2:334r BW toe alsof V&D B.V. de nieuwe huurder is. In de zaak voor de kantonrechter te Breda is

13. Zie bijvoorbeeld: H.J. Moné, ‘Nieuw ROZ-model huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW’, *TvHB* 2008, nr. 5, p. 190.

14. Art. 6 bepaalt: ‘6.1 Behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van verhuurder is het huurder niet toegestaan het gehuurde geheel of gedeeltelijk aan derden in huur, onderhuur of gebruik af te staan, dan wel de huurrechten geheel of gedeeltelijk aan derden over te dragen of in te brengen in een maatschap, commanditaire vennootschap, vennootschap onder firma of rechtspersoon. 6.2 Ingeval huurder handelt in strijd met bovenstaande bepaling, verbeurt huurder aan verhuurder per kalenderdag dat de overtreding voortduurt een direct opeisbare boete, gelijk aan tweemaal de op dat moment voor huurder geldende huurprijs per dag, onverminderd het recht van verhuurder om nakoming dan wel ontbinding van de huurovereenkomst, alsmede schadevergoeding te vorderen.’

15. Rechtbank Assen, 17 januari 2012, *LJN* BV7391 (Gotthard Vastgoed/V&D Services c.s.) en Rechtbank Breda, 22 februari 2012, *LJN* BW4408 (Royalton Hill/V&D Services c.s.)

16. Rechtbank Assen refereert aan een gestelde teruggang van ca. 1.500 naar 64 winkels.

tussen partijen in confesso dat V&D B.V. in de plaats gesteld dient te worden van Services, in de Assense zaak is bij pleidooi onbetwist gesteld dat V&D B.V. inmiddels huurder is geworden.¹⁷

In beide procedures vordert de verhuurder (onder meer en voor zover hier van belang) ontbinding, althans wijziging van de huurovereenkomst op de voet van art. 2:334r BW en subsidiair op grond van art. 6:258 BW ('onvoorziene omstandigheden'). De verhuurder legt aan zijn vordering ten grondslag (zakelijk weergegeven) dat als gevolg van de splitsing de zekerheid van continuïteit van de onderneming van de nieuwe huurder en de nakoming van de huurovereenkomst is komen te vervallen en de beleggingswaarde van het pand is verslechterd. In verband hiermee vordert de verhuurder (onder meer) aanvullende waarborgen voor de nakoming van de huurovereenkomst. De huurder betwist de vorderingen, onder meer stellende dat de huurder voldoende waarborgen biedt voor de nakoming van de huurovereenkomst. Daarbij wijst de huurder onder meer op de door Holding afgelegde 403-verklaring en een (vermoedelijk aan Holding) verstrekte, en nog ongebruikte, kredietfaciliteit ter grootte van EUR 50 miljoen.

Uitleg van de norm van art. 2:334r BW

Art. 2:334r lid 1 BW bepaalt:

'Indien ten gevolge van de splitsing een overeenkomst van een partij bij de splitsing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven, wijzigt of ontbindt de rechter de overeenkomst op vordering van een der partijen bij de overeenkomst. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.'

Beide kantonrechters geven een uitleg aan deze bepaling. De kantonrechter te Assen stelt voorop dat art. 2:334r BW een *lex specialis* van art. 6:258 BW is, namelijk voor het geval de onvoorziene omstandigheid bestaat uit de juridische splitsing van een partij bij een overeenkomst. Indien een vordering tot wijziging van de huurovereenkomst niet mogelijk is op grond van art. 2:334r BW, is er geen plaats meer voor toetsing aan art. 6:258 BW, tenzij het beroep op dat artikel is gebaseerd op geheel andere gronden/een ander feitencomplex, aldus de kantonrechter. Deze overweging strookt met de wetgeschiedenis ten aanzien van dit artikel. Voorts overweegt de kantonrechter dat gelet op de in art. 2:334r BW gebezigde formulering 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid' en de uitleg die zowel de wetgever als de Hoge Raad¹⁸ aan die formulering bij art. 6:258 BW hebben gegeven - te weten dat de redelijkheid en billijkheid in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord eisen en dat de rechter die bepaling met terughoudendheid moet hanteren - '*slechts bij uitzondering wijziging of ontbinding kan plaatsvinden.*' De lat ligt dus hoog. De kantonrechter te Assen voegt daaraan toe dat het er daarbij om gaat of er door de splitsing zodanig nadeel voor de verhuurder is ontstaan, dat wijziging van de huurovereenkomst aangewezen is om dat nadeel op te heffen.

De kantonrechter te Breda maakt weinig woorden vuil aan de verhouding tussen beide artikelen en merkt slechts *en passant* op dat 2:334r BW een 'verbijzondering' van art. 6:258 BW is. Dit doet vermoeden dat de kantonrechter de uitleg van zijn Assense collega volgt maar dat art. 2:334r BW met terughoudendheid dient te worden toegepast.

Vervolgens geeft de Bredase kantonrechter een kader waarin de vordering van de verhuurder in het licht van art. 2:334r BW dient te worden beoordeeld. Hij overweegt: '*Het belang van Verhuurster wordt begrensd door de huurovereenkomst. Haar belang vóór de afsplitsing bestond in de nakoming van de huurovereenkomst (waaronder vooral het gebruik overeenkomstig de bestemming en de betaling van de huurprijs) en de waarborg dat de (gebruiks- en betalings)verplichtingen krachtens die overeenkomst ook in de toekomst zouden worden nagekomen.*' De kantonrechter stelt de norm dus in het (juridische) kader van de nakoming van de verplichtingen uit de huurovereenkomst. Het (economische) argument van de verhuurder dat de beleggingswaarde van het pand als gevolg van een minder kapitaalkrachtige nieuwe huurder daalt, doet volgens de kantonrechter niet ter zake omdat de verhuurder '*niet meer aanspraak aan de huurovereenkomst kan ontlenen dan het recht op integrale nakoming*'. De kantonrechter relateert vervolgens meteen het recht op nakoming door erop te wijzen dat de huurovereenkomst hiervoor geen absolute zekerheid verschaft: de huurder kan bijvoorbeeld opzeggen, failliet gaan, door indeplaatsstelling worden vervangen of splitsen. Het lijkt alsof de kantonrechter hiermee wil aangeven dat de verhuurder niet mag overvragen, omdat volledige nakoming van de huurovereenkomst per definitie niet gegarandeerd is. Dit lijkt ons op zich juist (alhoewel het laatste gegeven voorbeeld - splitsing van de huurder - een cirkelredenering in zich bergt). Duidelijker is de kantonrechter waar hij overweegt dat '*zolang de waarborgen van de nieuwe huurder voldoende uitzicht bieden op continuïteit in de nakoming van de huurovereenkomst brengen redelijkheid en billijkheid niet mee dat de inhoud van de overeenkomst wordt gewijzigd door de rechter.*' Het gaat dus om voldoende uitzicht op (continuïteit in de) nakoming. Dat die waarborg groter was bij de huurder voor splitsing (Maxeda), doet daar volgens de kantonrechter niet aan af, '*omdat Verhuurster geen aanspraak heeft op meer dan nakoming van de huurovereenkomst*'.

De benadering van de Bredase kantonrechter lijkt ons juist voor de beoordeelde zaak, waarbij een financieel (zeer) sterke huurder door middel van splitsing vervangen wordt door een (veel) minder sterke huurder. Indien een huurovereenkomst door splitsing evenwel overgaat van een voor de nakoming onvoldoende waarborg biedende huurder naar een even zwakke nieuwe huurder, zouden wij menen dat de redelijkheid en billijkheid van art. 2:334r BW niet meebrengen dat de verhuurder aanvullende waarborgen kan verlangen. De strekking van 2:334r BW brengt naar ons oordeel niet mee dat een wederpartij in een betere positie dan voor de splitsing dient te worden gebracht. Ook art. 2:334k (verzet) gaat van deze gedachte uit: een schuldeiser heeft geen recht op aanvullende waarborgen als de nieuwe schuldenaar niet minder waarborgen biedt als de schuldeiser van voor de splitsing. Er lijkt in deze situatie enige discrepantie te bestaan tussen de norm van art. 2:334r BW en de norm van art. 7:307 BW (indeplaatsstelling). Bij indeplaatsstelling verlangt de wet van de nieuwe huurder uitdrukkelijk voldoende waarborg voor de nakoming van de huurovereenkomst. Dat

17. Processueel zijn hier enige kanttekeningen bij te plaatsen. Dit gaat het bestek van dit artikel echter te buiten.
18. De kantonrechter verwijst naar Parl. Gesch. Boek 6, pg. 974 en Hoge Raad 27 april 1984 *NJ* 1984/679 en 20 februari 1988 *NJ* 1988/493.

wil naar onze mening niet zeggen dat de huurder indeplaatsstelling te allen tijde door splitsing kan omzeilen. Indien zijn enige oogmerk is de bescherming die art. 3:307 BW de verhuurder biedt te ontnemen, lijkt ons sprake van misbruik van recht. Heeft de huurder evenwel een gerechtvaardigd belang om voor splitsing te kiezen (zoals bijvoorbeeld in geval van een omvangrijke transactie of fiscale voordelen), dan zou de route van juridische splitsing zonder bezwaren voor hem beaanbaar moeten zijn.

Inhoudelijke beoordeling van de vorderingen

Uit beide uitspraken blijkt dat de kantonrechters onderkennen dat de financiële goedgeheid van V&D B.V. aanmerkelijk minder is dan van Maxeda. De kantonrechter te Assen spreekt zelfs van een ‘verloren goedgeheid van de huurder.’ Toch ziet de kantonrechter in Breda, anders dan de kantonrechter te Assen, hierin geen aanleiding om de vordering tot aanvullende waarborgen toe te wijzen. Het verschil is gelegen in de wijze waarop de door Holding afgegeven 403-verklaring (in samenhang met het verstrekte krediet) in de beoordeling wordt betrokken.

De kantonrechter te Assen stelt dat de door Holding afgelegde 403-verklaring niet afdoet aan het feit dat de verhuurder is geconfronteerd met een nieuwe huurder die wat betreft omvang en (daarmee) financiële goedgeheid ‘volstrekt onvergelijkbaar’ is met de oorspronkelijk huurder. ‘Niet alleen omdat een dergelijke verklaring op ieder moment intrekbaar is, maar omdat zij (Holding) niet de nieuwe huurder geworden is, maar V&D B.V. Het gaat uiteindelijk om de goedgeheid van V&D B.V.’

Deze gedachtegang van de kantonrechter te Assen lijkt ons om meerdere redenen niet juist. De kantonrechter mist dat de goedgeheid van V&D B.V. mede bepaald wordt door de 403-verklaring. Het doel van een 403-verklaring is nu juist dat het vermogen van de moedermaatschappij die de verklaring heeft afgelegd ter beschikking staat aan de schuldeiser voor verhaal van zijn vordering op de schuldenaar als dat nodig mocht zijn. Daarnaast gaat het bij art. 2:334r BW niet zozeer om de goedgeheid van de nieuwe huurder zelf, maar om de vraag of er voldoende waarborg bestaat voor de nakoming van de huurovereenkomst. Die waarborg kan gelegen zijn in (het vermogen of de verdien capaciteit van) de huurder zelf, maar ook in gestelde zakelijke of persoonlijk zekerheden. Wij zien in dit opzicht geen principieel verschil tussen een abstracte (bank)garantie of een hoofdelijke (mede)aansprakelijkheidstelling ex art. 2:403 BW. Beide dienen meegewogen te worden in de beoordeling. Dat Holding haar 403-verklaring op ieder moment kan intrekken, is op zichzelf genomen juist. Dit leidt er echter slechts toe dat rechtshandelingen van V&D B.V. aangegaan na de intrekking niet onder de hoofdelijke aansprakelijkheid vallen.¹⁹ De intrekking heeft evenwel niet tot gevolg dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van Holding jegens de verhuurder voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst vervalst. Deze zogenaamde ‘overblijvende aansprakelijkheid’ duurt voort en kan niet worden ingetrokken zolang de huurder nog een groepsmaatschappij van Holding is. Uit de uitspraak blijkt niet dat V&D B.V. zou uitvaren. Bovendien geldt dat indien V&D B.V. op enig moment zou worden verkocht en Holding de ‘overblijvende aansprakelijkheid’ onder de 403-verklaring zou intrekken, de wet de verhuurder op dat moment bescherming biedt. De verhuurder kan dan tegen de intrekking in verzet komen op de grond

dat verhuurder na intrekking onvoldoende waarborgen voor de nakoming van de huurovereenkomst heeft.²⁰ Dit dient te worden beoordeeld op grond van de dan aan de orde zijnde omstandigheden. Ook in dit geval is de termijn kort: slechts 2 maanden vanaf deponering en publicatie in een landelijk verspreid dagblad van het voornemen tot intrekking. De wijze waarop de kantonrechter te Assen de 403-verklaring in zijn oordeel heeft betrokken lijkt ons dus niet juist.

De tegenstelling met de Bredase kantonrechter is opvallend. Hij overweegt: ‘Waar Huurster tezamen met V&D Group Holding BV voldoende waarborg biedt voor zowel de nakoming van de financiële verplichtingen krachtens de huurovereenkomst als voortzetting van het gebruik overeenkomstig de bestemming (exploitatie), is de kantonrechter van oordeel dat onvoldoende is gebleken van feiten en omstandigheden ten gevolge van de splitsing die maken dat de huurovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand kan blijven.’ Impliciet refererend aan de 403-verklaring betreft de kantonrechter Holding dus nadrukkelijk in de beoordeling of er voldoende waarborg voor de nakoming van de huurovereenkomst bestaat. De stelling van de verhuurder dat Holding haar 403-verklaring zal intrekken, wordt kortweg gepasseerd omdat onvoldoende feitelijk wordt onderbouwd dat intrekking aan de orde is. Aan de hiervoor opgenomen bespiegelingen over intrekking kwam de kantonrechter daarom niet toe. Het voorgaande heeft ertoe geleid dat de kantonrechter te Assen de huurovereenkomst op de voet van art. 2:334r BW heeft gewijzigd door daarin de verplichting tot het stellen van een bankgarantie van 6 maanden aan de huurder op te leggen. De kantonrechter te Breda wijst de vorderingen af.²¹ Uit deze twee uitspraken blijkt dat de kantonrechters de norm van art. 2:334r BW toepassen op de feiten zoals deze zich voordoen ten tijde van de procedure. De kantonrechters kijken dus niet alleen naar de gevolgen van de splitsing zelf, maar betrekken (onder meer) ook de pas daarna plaatsgevonden verkoop van V&D B.V. en Services uit het Maxeda concern, de intrekking door Maxeda van haar 403-verklaring en het afleggen door Holding van een nieuwe 403-verklaring in hun beoordeling. Men zou zich kunnen afvragen of dit juist is. Strikt genomen beperkt de wettekst zich immers tot een wijziging of ontbinding die behoort plaats te vinden ‘ten gevolge van de splitsing’. Gezien de wettelijke redelijkheidstoets moet aangenomen worden dat alle relevante omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. De kantonrechters hebben de latere rechtshandelingen kennelijk tot die omstandigheden gerekend. Dit lijkt ons juist.

Beide uitspraken tonen aan dat het niet eenvoudig is de huurovereenkomst te wijzigen om de enkele reden dat door de splitsing sprake zou zijn van verminderde goedgeheid van de huurder. Wat dat betreft dringt zich de vergelijking op met de vordering tot indeplaatsstelling: indien bij de in de plaats te stellen huurder sprake is van goedgeheid van de

19. Daarnaast vervallen de vrijstellingen ex art. 2:403 BW voor de huurder ten aanzien van haar verplichting haar jaarrekening op bepaalde wijze in te richten en te publiceren.

20. Zie nader art. 2:404 BW.

21. De kantonrechter stelt wel V&D B.V. als huurder in de plaats van V&D Services, nu niet tussen partijen in geschil was dat dit diende te gebeuren.

huurder (die niet even sterk hoeft te zijn als die van de zittende huurder), dan is een belangrijke hobbel genomen.²² Uitgangspunt lijkt te zijn dat het belang van de verhuurder wordt begrensd door de huurovereenkomst. In dat kader is een interessante vraag, waarop in de rechtspraak het antwoord nog gegeven moet worden, hoe zwaar schending van de mededelingsplichten zoals opgenomen in de ROZ-modellen zal wegen bij de beoordeling van vorderingen tot ontbinding dan wel wijziging van de huurovereenkomst. Volgens de algemene bepalingen ROZ van de huurovereenkomst heeft verhuurder immers recht op tijdige mededeling van de (voorgenomen) splitsing. Huurders die geen risico's wensen te nemen, doen er verstandig aan tijdig mededeling te doen.

6. Conclusie

De wettelijke waarborgen voor een verhuurder bij een juridische splitsing van zijn huurder zijn vanwege de korte wettelijke vervalttermijnen bepaald niet royaal te noemen. Vorderingen gegrond op art. 2:334r BW dienen bovendien met terughoudendheid tegemoet te worden getreden. De lat ligt hoog. Daarbij dient volgens lagere rechtspraak het richtsnoer te zijn of de huurder na splitsing voldoende waarborgen biedt voor de nakoming van de huurovereenkomst. Daarbij gaat het met name om de verplichting tot gebruik overeenkomstig de bestemming en de betaling van huur. Indien de verhuurder er in slaagt de voorgenomen splitsing tijdig op te merken en twijfels heeft of de nieuwe huurder voldoende waarborg voor de nakoming biedt, doet verhuurder er verstandig aan verzet tegen de splitsing in te stellen. In de praktijk geeft dit de verhuurder een sterke onderhandelingspositie, omdat het verzet moet zijn ingetrokken of opgeheven voordat de akte van splitsing mag worden verleend. Gezien de korte vervalttermijnen doet een verhuurder er verstandig aan in de huurovereenkomst te bedingen dat de huurder een voorgenomen splitsing aan de verhuurder dient te melden bij gebreke waarvan een stevige boete wordt verbod.

22. Zie jurisprudentie over de indeplaatsstelling met betrekking tot de kredietwaardigheid van de in de plaats te stellen huurder (onder meer Kantonrechter Breda, 14 november 2001, *WR* 2002, 34; Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 6 juli 2009, *WR* 2009,76.)