

Erjeebee genoemde gronden onvoldoende om te oordelen dat haar verhaalspositie als gevolg van de splitsing is verslechterd, laat staan, zo is verslechterd, dat de huurovereenkomst moet worden gewijzigd. Het is uiteindelijk een speculatieve kwestie of Erjeebee als gevolg van de splitsing is of zal worden benadeeld.

3.7. Erjeebee heeft derhalve onvoldoende onderbouwd dat de huurovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven. Voor nadere bewijslevering is geen plaats bij gebreke van voldoende concrete stellingen die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. De vordering van Erjeebee kan niet worden toegewezen. Bij deze stand van zaken behoeven de afzonderlijke grieven geen verdere bespreking. Het vonnis van 22 april 2015 zal worden bekrachtigd. Erjeebee zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

4 Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het bestreden vonnis van 22 april 2015; veroordeelt Erjeebee in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Coltex c.s. begroot op € 711,= aan verschotten en € 894,= voor salaris en op € 131,= voor nasalaris, te vermeerderen met € 68,= voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan; verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

1256

195
Gerechthof Amsterdam 7 juni 2016, nr. 200.172.378/01 ECLI:NL:GHAMS:2016:2159 (mr. Rang, mr. Smit, mr. De Jongh) Noot M.C. Schepel, tevens behorend bij «JIN» 2016/194
Juridische splitsing. Vordering tot wijziging huurovereenkomst (art. 2:334r BW).
Staat mogelijkheid tot verzet (art. 2:334k BW) aan vordering art. 2:334r BW in de weg? Zelfde maatstaf als bij art. 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden)? Is intrekking 403-verklaring een gevolg van de splitsing?
[BW art. 2:334k, 2:334r, 2:403; BW art. 6:258]

Naar aanleiding van het betoog, dat door Coltex c.s. gemotiveerd is bestreden, overweegt het hof als volgt. Uit de omstandigheid dat Coltex vóór de splitsing beschikte over meer activa (waaronder liquide middelen) dan Superstar Huur na de splitsing volgt niet dat Erjeebee als gevolg van de splitsing is of dreigt te worden benadeeld. Erjeebee heeft bijvoorbeeld niets gesteld over de verplichtingen en andere passiva van Coltex. In dit verband acht het hof van gewicht dat Coltex c.s. als verweer hebben aangevoerd dat het concern vóór de splitsing in zwaar weer verkeerde en dat een mogelijk faillissement van een van de modeketens zou kunnen leiden tot een

'sneeuwbal-faillissement'. Coltex c.s. hebben onder meer een beroep gedaan op een in eerste aanleg gegeven toelichting door de CFO, volgens wie de totale huurlast van iedere divisie zodanig groot was dat deze niet door de rest van het concern zou kunnen worden opgevangen. Vanaf 2010 leed het concern verlies, terwijl sinds 2012 geen van de afzonderlijke divisies nog een positief resultaat had geboekt. Coltex c.s. hebben aangevoerd dat de splitsing juist ertoe strekte het 'besmettingsgevaar' tussen de verschillende divisies te beperken. Mede dankzij de splitsing konden andere divisies worden verkocht, hetgeen mogelijkerwijs de risico's voor Erjeebee heeft beperkt. Gelet op het vorenstaande kan op basis van de omstandigheid dat Superstar Huur over minder activa (waaronder liquide middelen) beschikt dan Coltex vóór de splitsing niet worden geoordeeld dat de (verhaals)positie van Erjeebee als gevolg van de splitsing zodanig is verslechterd dat een wijziging van de overeenkomst geboden is. Erjeebee heeft haar vordering in zoverre onvoldoende onderbouwd.

Uit het door Erjeebee gestelde volgt niet dat de intrekking van de 403-verklaring kan worden aangemerkt als gevolg van de splitsing. Een 403-verklaring kan op elk moment worden ingetrokken. De splitsing zelf heeft de intrekking ook niet automatisch tot gevolg gehad; deze berust op een afzonderlijke beslissing.

Stichting Erjeebee XXIV,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
advocaat: mr. T.H.G. Steenmetser te Amsterdam,
tegen
1. Coltex B.V.,
2. Superstar huur B.V.,
beide gevestigd te Heerhugowaard,
geïntimeerden,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

Hof:

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Erjeebee, Coltex en Superstar Huur genoemd. Coltex en Superstar Huur worden hierna gezamenlijk als Coltex c.s. aangeduid.

Erjeebee is bij dagvaarding van 29 mei 2015 in hoger beroep gekomen van vonnissen van de kantonrechter in de rechtbank Noord-Holland, locatie Alkmaar (hierna: de kantonrechter), van 8 oktober 2014 en 22 april 2015, onder bovenvermeld zaak-/rolnummer gewezen tussen Erjeebee als eiseres en Coltex c.s. als gedaagden.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

– memorie van grieven tevens houdende wijziging van eis, met producties;

– memorie van antwoord, met producties.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Erjeebee heeft na wijziging van eis geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis van 22 april 2015 zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad – (i) de huurovereenkomst tussen Erjeebee en Superstar Huur zal wijzigen, waarbij in de huurovereenkomst als verplichting voor Superstar Huur wordt opgenomen dat deze een bankgarantie dient te verstrekken aan Erjeebee van een Nederlandse bankinstelling, conform het ROZ-model, ter grootte van € 62.342,90 en (ii) Coltex c.s. zal veroordelen om binnen veertien dagen na betekening van dit arrest voormelde bankgarantie te verstrekken, een en ander op straffe van een dwangsom van € 1000,= per dag of gedeelte daarvan dat Coltex c.s. hieraan geen uitvoering geven, met veroordeling van Coltex c.s. in de kosten van het geding in beide instanties met rente.

Coltex c.s. hebben geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis van 22 april 2015, met – uitvoerbaar bij voorraad – veroordeling van Erjeebee in de kosten van het geding in hoger beroep met nakosten en rente.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis van 22 april 2015 onder 2 de feiten vastgesteld die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

(i) Erjeebee is een belegger in vastgoed.

(ii) Coltex en alle aan haar gelieerde vennootschappen zijn onderdeel van een kleding- en modeconcern. Dit concern exploiteert verschillende modeketens waaronder Steps, Superstar, Di di en Forecast.

(iii) Erjeebee is op 27 september 1984 met (de rechtsvoorganger van) Coltex een huurovereenkomst aangegaan met betrekking tot de winkelruimte aan de [adres]. De huurovereenkomst is inmiddels herhaaldelijk verlengd. Erjeebee en Coltex kwamen daarbij overeen dat het gehuurde door of vanwege Coltex uitsluitend zal worden bestemd om te worden gebruikt als detailhandel voor de verkoop van mode, schoenen en accessoires conform de Superstar Formule. De huurovereenkomst loopt thans tot en met 31 december 2016.

(iv) Coltex heeft op 20 november 2013 een voorstel tot (af)splitsing opgesteld en ter inzage gelegd bij de Kamer van Koophandel. Op 22 november 2013 heeft Coltex het voorstel tot (af)splitsing gepubliceerd in het landelijke dagblad Trouw.

(v) Coltex is bij notariële akte van 24 december 2013 gesplitst. Coltex zelf is blijven voortbestaan en is afgesplitst in zeven (nieuw opgerichte) vennootschappen, waaronder Superstar Huur. Aan het hoofd van de organisatie staat nu Coltex Retail Group B.V.

(vi) Als gevolg van deze splitsing is de huurovereenkomst onder algemene titel overgegaan op Superstar Huur.

3 Beoordeling

3.1. Erjeebee heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat zij als gevolg van de splitsing in een nadeliger positie is geraakt, zodat de huurovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven (art. 2:334r BW).

3.2. De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis van 22 april 2015 vooropgesteld dat terughoudend toepassing dient te worden gegeven aan artikel 2:334r BW (rov. 4.4). De splitsingsregeling is bewust zo ingericht dat deze geen medewerking van de verhuurder behoeft en dat ook overigens het belang van de splitsende vennootschap voorgaat, waarbij ondernemers niet belemmerd mogen worden in de organisatie van hun onderneming (rov. 4.7). De stelling dat de nieuwe huurster de beleggingswaarde van het gehuurde doet dalen wordt gepasseerd. Deze beleggingswaarde is van veel omstandigheden afhankelijk en niet enkel van een wijziging van de huurder. De huurovereenkomst kan op deze grond ook niet worden gewijzigd, terwijl de beleggingswaarde geen belang is dat met de huurovereenkomst wordt gediend (rov. 4.8). Erjeebee heeft haar vordering onvoldoende onderbouwd zodat deze wordt afgewezen (rov. 4.9).

3.3. Met haar hoger beroep beoogt Erjeebee dat haar (gewij-

zigde) eis onder toepassing van artikel 2:344r BW alsnog zal worden toegewezen.

3.4. Coltex c.s. hebben aangevoerd dat de vorderingen reeds moeten worden afgewezen op de grond dat het in wezen gaat om een vordering op grond van artikel 2:334k BW. Ingevolge deze bepaling kan iedere schuldeiser verlangen dat zekerheid wordt gesteld, op straffe van gegrondverklaring van een verzet als bedoeld in artikel 2:334l BW. Nu de periode van verzet inmiddels is verstreken, kan niet via de omweg van artikel 2:334r BW alsnog hetzelfde resultaat worden bewerkstelligd, aldus Coltex c.s. Dit verweer faalt. De bevoegdheid van een schuldeiser om gedurende de verzetsperiode zekerheid te verlangen doet niet af aan zijn bevoegdheid om een vordering op grond van artikel 2:334r BW in te stellen. Dat wordt niet anders indien een vordering op grond van artikel 2:334r BW in zoverre gelijkennis vertoont met een beroep op artikel 2:334k BW dat op de voet van artikel 2:334r BW wordt gevorderd dat nadere zekerheid wordt gesteld.

3.5. Bij de beoordeling van de vordering van Erjeebee stelt het hof het volgende voorop.

3.5.1. Ingevolge artikel 2:334r BW wijzigt of ontbindt de rechter de overeenkomst indien deze ten gevolge van de splitsing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven. Deze bepaling gaat indirect terug op (thans) artikel 6:258 BW (vgl. Kamerstukken II, 1995-1996, 24 702, nr. 3, p. 17 in verbinding met Kamerstukken II, 1981, 16 453, nr. 5, p. 10). Een vordering op grond van artikel 2:334r BW laat echter een vordering op grond van artikel 6:258 BW onverlet (vgl. Kamerstukken II, 1996-1997, 24 702, nr. 6, p. 2) en dient dan ook niet te worden beoordeeld aan de hand van dezelfde (terughoudende) maatstaf. Niet van belang is of sprake is van een (ten tijde van het sluiten van de overeenkomst) onvoorziene omstandigheid die noopt tot wijziging van de overeenkomst, maar of een wijziging of ontbinding van de overeenkomst geboden is ten gevolge van de splitsing. Dit brengt in de regel mee dat een beoordeling dient plaats te vinden aan de hand van een vergelijking tussen enerzijds de situatie (kort) voorafgaand aan de splitsing onder de veronderstelling dat geen splitsing zal plaatsvinden en anderzijds de situatie (kort) na de splitsing. Wijzigingen die in deze periode optreden en geen gevolg van de splitsing zijn worden daarbij buiten beschouwing gelaten.

3.5.2. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat de juridische splitsing een van de instrumenten is die vennootschappen ten dienste staan om de organisatie naar eigen goeddunken in te richten. Deze splitsing bewerkstelligt een overgang van (een deel van) het vermogen onder algemene titel en vereist derhalve niet de medewerking van contractpartners. Deze overgang heeft tot gevolg dat afgesplitste contractuele verhoudingen in beginsel in hun geheel overgaan op de verkrijgende vennootschap en derhalve in beginsel ongewijzigd blijven. Eigen aan vrijwel elke splitsing is bovendien dat de (verhaals-)positie van crediteuren van de splitsende vennootschap wijzigingen ondergaat.

3.5.3. Het vorenstaande brengt mee dat de enkele omstandigheid dat de verkrijgende vennootschap minder verhaal biedt dan de splitsende vennootschap onvoldoende grondslag biedt voor het oordeel dat een overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven. Wel kan de mate waarin de verhaalsmogelijkheden als gevolg van de splitsing zijn verminderd worden meegewogen. In dit verband is niet alleen van belang welke activa, maar ook welke passiva op de verkrijgende vennootschap zijn overgegaan. Ook kunnen kasstromen en kasstroomprognoses van belang zijn bij de beoordeling van een vordering op grond van ar-

tikel 2:334r BW. Het ligt op de weg van degene die een dergelijke vordering instelt om (bijvoorbeeld aan de hand van het splitsingsvoorstel) voldoende concrete en zwaarwegende feiten en omstandigheden te stellen en bij betwisting te bewijzen die meebrengen dat dat een wijziging of ontbinding van de overeenkomst geboden is.

3.5.4. De artikelen 6:159 en 7:307 BW spelen in het kader van de onderhavige vordering geen rol. Die artikelen zien op contracts-overneming onder bijzondere titel, respectievelijk indeplaatsstelling van de huurder. In het geval dat thans ter beoordeling voorligt gaat het om overgang onder algemene titel die geschiedt zonder dat medewerking van de wederpartij vereist is.

3.6. Erjeebee c.s. leggen aan hun vordering het volgende ten grondslag. Coltex vormde vóór de splitsing de spil van het concern. Het balanstotaal bedroeg € 17,8 miljoen, waarvan € 5,83 miljoen aan liquide middelen. In Coltex bevonden zich nagenoeg alle huurovereenkomsten van de winkels van de vier modemerken van het concern, alle arbeidsovereenkomsten met werknemers, alle intellectuele eigendomsrechten en alle ICT-eigendommen. Coltex bood derhalve veel meer verhaal dan Superstar Huur met een jaarlijkse huurlast van circa € 7,16 miljoen, slechts € 2,46 miljoen aan activa en € 809.704,= aan liquide middelen. Deze zijn nauwelijks voldoende om anderhalve maand van de totale huurverplichtingen te voldoen. Aangezien Coltex onmisbaar voor het concern was, had Erjeebee met haar een betrouwbare huurder. Met de splitsing is het eenvoudiger geworden om losse onderdelen zoals Superstar te staken. Deze scenario's hebben zich al voltrokken bij Steps en Forecast. Na de splitsing is bovendien de bestaande (door Coltex Retail Group afgegeven) verklaring als bedoeld in art. 2:403 BW ingetrokken. Ook is een verklaring in de zin van artikel 2:404 lid 3 gedeponereerd, waardoor ook de overblijvende aansprakelijkheid van Coltex Retail Group is komen te vervallen. Superstar Huur heeft als huurder een minder goede reputatie dan Coltex vóór de splitsing, hetgeen een negatief gevolg heeft op de beleggingswaarde.

3.6.1. Naar aanleiding van dit betoog, dat door Coltex c.s. gemitoeerd is bestreden, overweegt het hof als volgt. Uit de omstandigheid dat Coltex vóór de splitsing beschikte over meer activa (waaronder liquide middelen) dan Superstar Huur na de splitsing volgt niet dat Erjeebee als gevolg van de splitsing is of dreigt te worden benadeeld. Erjeebee heeft bijvoorbeeld niets gesteld over de verplichtingen en andere passiva van Coltex. In dit verband acht het hof van gewicht dat Coltex c.s. als verweer hebben aangevoerd dat het concern vóór de splitsing in zwaar weer verkeerde en dat een mogelijk faillissement van een van de modeketens zou kunnen leiden tot een 'sneeuwbal-faillissement'. Coltex c.s. hebben onder meer een beroep gedaan op een in eerste aanleg gegeven toelichting door de CFO, volgens wie de totale huurlast van iedere divisie zodanig groot was dat deze niet door de rest van het concern zou kunnen worden opgevangen. Vanaf 2010 leed het concern verlies, terwijl sinds 2012 geen van de afzonderlijke divisies nog een positief resultaat had geboekt. Coltex c.s. hebben aangevoerd dat de splitsing juist ertoe strekte het 'besmettingsgevaar' tussen de verschillende divisies te beperken. Mede dankzij de splitsing konden andere divisies worden verkocht, hetgeen mogelijkkerwijs de risico's voor Erjeebee heeft beperkt. Gelet op het vorenstaande kan op basis van de omstandigheid dat Superstar Huur over minder activa (waaronder liquide middelen) beschikt dan Coltex vóór de splitsing niet worden geoordeeld dat de (verhaals)positie van Erjeebee als gevolg van de splitsing zodanig is verslechterd dat een wijziging van de overeenkomst geboden is. Erjeebee heeft haar vordering in zoverre onvoldoende onderbouwd.

3.6.2. Uit het door Erjeebee gestelde volgt niet dat de intrekking van de 403-verklaring kan worden aangemerkt als gevolg van de splitsing. Een 403-verklaring kan op elk moment worden ingetrokken. De splitsing zelf heeft de intrekking ook niet automatisch tot gevolg gehad; deze berust op een afzonderlijke beslissing.

De deponering van een verklaring als bedoeld in artikel 2:404 lid 3 BW meer dan een jaar na de splitsing is evenmin een gevolg van de splitsing. De huurovereenkomst kan daarom ook niet op grond van deze omstandigheden met een beroep op artikel 2:334r BW worden gewijzigd.

3.6.3. De stelling dat Superstar Huur een slechtere reputatie heeft dan Coltex vóór de splitsing, met gevolg dat de beleggingswaarde is gedaald, kan toewijzing van de vordering evenmin dragen. Voor zover de beleggingswaarde – die door tal van factoren wordt bepaald – is gewijzigd als gevolg van de splitsing, gaat het hier om een omstandigheid die veeleer een afgeleide is van een eventuele benadeling door Erjeebee dan een omstandigheid waaraan zelfstandige betekenis toekomt. Overigens heeft Erjeebee onvoldoende feitelijk onderbouwd dat en in welke mate de beleggingswaarde is gedaald.

3.6.4. Ook in onderlinge samenhang beschouwd zijn de door Erjeebee genoemde gronden onvoldoende om te oordelen dat haar verhaalspositie als gevolg van de splitsing is verslechterd, laat staan, zo is verslechterd, dat de huurovereenkomst moet worden gewijzigd. Het is uiteindelijk een speculatieve kwestie of Erjeebee als gevolg van de splitsing is of zal worden benadeeld.

3.7. Erjeebee heeft derhalve onvoldoende onderbouwd dat de huurovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven. Voor nadere bewijslevering is geen plaats bij gebreke van voldoende concrete stellingen die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. De vordering van Erjeebee kan niet worden toegewezen. Bij deze stand van zaken behoeven de afzonderlijke grieven geen verdere bespreking. Het vonnis van 22 april 2015 zal worden bekrachtigd. Erjeebee zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

4 Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het bestreden vonnis van 22 april 2015;

veroordeelt Erjeebee in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Coltex c.s. begroot op € 711,= aan verschotten en € 894,= voor salaris en op € 131,= voor nasalaris, te vermeerderen met € 68,= voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

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

NOOT

Splitsing, huurovereenkomsten en een 403-verklaring

1. Deze arresten gaan over verhuurders die zich geconfronteerd zien met een huurder die onderwerp is van een juridische splitsing. In deze noot wordt ingegaan op de rol die een ten behoeve van de huurder afgegeven 403-verklaring daarbij speelt.

Coltex concern

2. Het Coltex-concern exploiteerde tot 2011 vier verschillende modeketens: Forecast, Steps (100 winkels), Superstar (65

winkels) en Didi (106 winkels). De modeketens vormden binnen het Coltrex-concern verschillende divisies. De Forecast-keten is in augustus 2010 gesloten.

Onder meer de huurovereenkomsten voor de winkels voor de verschillende divisies werden door Coltrex B.V. ('Coltex') afgesloten.

Sinds 2010 maakte het concern operationele verliezen; in 2013 elf miljoen euro.

Splitsing

3. Om te voorkomen dat problemen bij één modeketen het hele concern omver zouden kunnen trekken, is besloten tot een reorganisatie. Onderdeel daarvan is de opsplitsing van Coltrex. De splitsing is bij akte van 24 december 2013 tot stand gekomen. Coltrex is blijven bestaan. Bij de splitsing zijn zeven nieuwe vennootschappen opgericht, waaronder Steps Huur B.V., Superstar Huur B.V., Didi Huur B.V. en Forecast Huur B.V. In deze BV's zijn de huurverplichtingen van de desbetreffende divisie ondergebracht. Er is geen verzet tegen deze splitsing aangetekend.

4. Na de splitsing is Coltrex Finance B.V. de enig aandeelhouder van Coltrex geworden. Coltrex Retail Group B.V. heeft in 2012 een art. 2:403 BW-verklaring voor Coltrex afgegeven.

5. Meteen na de splitsing zijn de aandelen in Didi Huur B.V. overgedragen aan Didi Fashion B.V. De aandelen Didi Fashion B.V. worden op hun beurt gehouden door Didi Holding B.V. Op enig moment in 2014 zijn de aandelen Coltrex Finance (en daarmee van de divisies Superstar en Steps) overgedragen aan de Belgische onderneming NLB Fashion. In ieder geval vanaf dat moment behoren Coltrex en Didi Huur niet meer tot dezelfde groep.

Procedures ex art. 2:334r BW

6. Verschillende verhuurders die een huurovereenkomst met Coltrex hadden, voelden zich benadeeld nu zij na de splitsing een van de afgesplitste vennootschappen als huurder bleken te hebben in plaats van Coltrex.

Art. 2:334r BW bepaalt dat 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, de rechter deze wijzigt of ontbindt op vordering van een der partijen bij de overeenkomst. Met een beroep op deze bepaling hebben Stichting Erjeebee V ('Erjeebee V') en Stichting Erjeebee XXIV ('Erjeebee XXIV') bij de Rechtbank Amsterdam een procedure aangespannen tegen respectievelijk Coltrex en Didi Huur en Coltrex en Superstar Huur. Zij vorderen de aanpassing van de huurovereenkomst en wel zodanig dat de huurder nadere zekerheid voor de nakoming van haar verplichtingen zou moeten stellen. In beide gevallen is de vordering afgewezen en is de verhuurder is hoger beroep gegaan. Het Hof Amsterdam heeft in hoger beroep de vonnissen van de rechtbank bekrachtigd (arresten van 7 juni 2016: ECLI:NL:GHAMS:2016:2158 en 2159). De overwegingen komen grotendeels overeen.

7. Behalve Erjeebee V en XXIV is ook een aantal andere verhuurders een procedure tegen Coltrex en de nieuwe huurder begonnen (zie Rb. Oost Brabant 5 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:526, met hoger beroep bij het Hof 's-Hertogenbosch 9 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3612, Rb. Midden-Nederland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2353 en Rb. Amsterdam 24 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5478). Ook in deze procedures is de vordering dat de huurovereenkomst op grond van art. 2:334r BW aangepast zou moeten worden en wel in die zin dat de huurder aanvullende zekerheid voor de nakoming van de huurverplichtingen zou moeten stellen. In alle gevallen is de vordering afgewezen. De belangrijkste reden voor

de afwijzing is dat de verhuurders niet in een slechtere positie zijn komen te verkeren; met Coltrex ging het al niet best.

8. Bij de reorganisatie in 2010 van Maxeda (V&D) heeft een vergelijkbare situatie gespeeld. Ook daar zijn na een juridische splitsing twee verhuurders naar de rechter gestapt met de vordering dat de huurovereenkomst zou moeten worden aangepast. De ene vordering slaagde (Rb. Assen 17 januari 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BV7391), de andere niet (Rb. Breda 22 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW4408). De rechtbanken dachten verschillend over de verhaalsmogelijkheden van de verhuurders na de splitsing.

Intrekking art. 2:403 BW-verklaring

9. Hieronder ga ik in op de overweging van het Hof Amsterdam in de arresten van 7 juni 2016 over de intrekking van de art. 2:403 BW-verklaring. De verhuurders hadden betoogd dat zij extra benadeeld waren omdat ook de 403-verklaring was ingetrokken. Het hof overweegt (r.o. 3.6.3):¹ "*De splitsing zelf heeft de intrekking ook niet automatisch tot gevolg gehad: deze berust op een afzonderlijke beslissing*".

Deze overweging is niet geheel juist.

10. Coltrex Retail Group B.V. heeft een 403-verklaring voor Coltrex afgegeven. Met de splitsing is Coltrex blijven bestaan. De afgegeven 403-verklaring is door de splitsing niet (automatisch) verdwenen. Coltrex Retail Group blijft (conform de verklaring en zolang die niet is ingetrokken) ook na de splitsing hoofdelijk aansprakelijk voor de verplichtingen van Coltrex. Alleen hebben Erjeebee V en XXIV daar weinig aan, omdat de huurverplichtingen niet meer in Coltrex zitten.

11. Erjeebee V en XXIV kunnen geen beroep doen op ten behoeve van Didi Huur respectievelijk Superstar Huur afgegeven 403-verklaringen, omdat die er niet zijn. Coltrex Retail Group heeft geen (nieuwe) 403-verklaring voor de huur-BV's afgegeven. Het gaat te ver om een ten behoeve van Coltrex afgegeven 403-verklaring na de splitsing te 'converteren' in ook voor de zeven na de splitsing ontstane nieuwe vennootschappen afgegeven 403-verklaringen. De gevolgen voor de vorderingen van Erjeebee V en XXIV zijn onduidelijk. Zie J. van der Kraan, *De groepsvrijstelling op basis van artikel 2:403 BW*, Weert: Celsus Juridische Uitgeverij, p. 161-162.

12. Art. 2:334t BW bepaalt dat de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon aansprakelijk zijn tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing. Dat artikel helpt Erjeebee V en XXIV niet voor wat betreft huurtermijnen die na de splitsing verschuldigd worden (zie M.A. Verbrugh, 'Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers' (diss. Rotterdam), *IVO-reeks* deel 58, Deventer: Kluwer 2007, p. 230).

13. Anders dan het hof overweegt, is de 403-verklaring voor de verplichtingen die naar de bij de splitsing nieuw opgerichte vennootschappen zijn afgesplitst, door de splitsing 'ingetrokken' en is daar geen afzonderlijke beslissing voor nodig.

14. Erjeebee V en XXIV stonden na de splitsing echter niet met lege handen. Aangenomen mag worden dat de door Coltrex Retail Group afgegeven 403-verklaring ook de met Erjeebee V en XXIV afgesloten huurovereenkomsten dekt (zie Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AO3497, NJ 2004/87). Dat zou anders kunnen zijn als uit de door Coltrex Retail Group afgegeven 403-verklaring zou blijken dat deze huurverplichtingen niet worden gedekt. Coltrex Retail Group kan in de 403-verklaring de reikwijdte van de verklaring inperken. De aansprakelijkheid van Coltrex Retail Group is uitsluitend gebaseerd op de tekst van de

1 In het arrest met Erjeebee V als eiseres.

403-verklaring zelf. Wat een 403-verklaring in een concreet geval inhoudt, dient vastgesteld te worden door uitleg van de betreffende verklaring (zie HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447, r.o. 3.4.2-3.4.6 (Akzo Nobel/ING Bank)).

15. Ervan uitgaande dat de door Coltex Retail Group afgegeven 403-verklaring ook de met Erjeebee V en XXIV afgesloten huurovereenkomsten dekt, hebben Erjeebee V en XXIV een rechtstreekse zelfstandige vordering op Coltex Retail Group verkregen. Die vordering wordt door de splitsing niet aangetast (vgl. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, NJ 2015/255).

Met de splitsing is de 403-verklaring 'ingetrokken'. Coltex Retail Group kan, mits aan de voorwaarden van art. 2:404 BW wordt voldaan, de overblijvende aansprakelijkheid beëindigen. Uit het arrest blijkt dat Coltex Retail Group dat laatste ruim een jaar na de splitsing heeft gedaan. Erjeebee V en XXIV hebben daartegen geen verzet aangetekend.

Die beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid berust op een afzonderlijke beslissing van Coltex Retail Group. Wellicht dat het hof dat bedoelde aan te geven in plaats van te verwijzen naar een intrekking van de 403-verklaring.

M.C. Schepel
Steins Bisschop & Schepel B.V.

196

Gerechtshof Den Haag

12 juli 2016, nr. 200.142.704/01

ECLI:NL:GHDHA:2016:1935

(mr. Damsteegt-Molier, mr. Van der Ven, mr. Limborgh)

Noot M. Poelsema

Aansprakelijkheid bestuurder vennootschap jegens onbetaalde schuldeiser.

Aansprakelijkheid afgewezen. Geen nieuwe verplichtingen aangegaan op moment dat duidelijk was dat de vennootschap niet langer aan haar verplichtingen kon voldoen.

[BW art. 6:162]

1260

In de kern maakt *Staffable c.s.* [geïntimeerde] drie verwijten. In de eerste plaats dat [geïntimeerde] heeft bewerkstelligd of toegelaten dat *EnC c.s.* jegens *Staffable c.s.* verplichtingen is aangegaan op een moment dat het hem als bestuurder van die vennootschappen bekend was of had moeten zijn dat *EnC c.s.* die verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de diensgevolge door *Staffable c.s.* te lijden schade. In de tweede plaats dat [geïntimeerde] bij de verdeling van de opbrengst van *HnM* heeft bewerkstelligd of toegelaten dat crediteuren selectief zijn betaald. Ten derde verwijt *Staffable c.s.* [geïntimeerde] dat hij heeft nagelaten de vennootschappen te besturen. Bij de beoordeling van deze verwijten wordt het volgende voorop gesteld.

Beoordeeld moet worden of *Staffable c.s.* de schade die zij lijdt doordat *EnC c.s.* geen verhaal (meer) biedt voor de vorderingen die *Staffable c.s.* op deze vennootschappen heeft, kan verhalen op [geïntimeerde] als (indirect) bestuurder van deze vennootschappen. Er kan grond zijn voor aansprakelijkheid van de (indirect) bestuurder van de vennootschap voor deze schade, maar alleen dan, als hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, ter zake een voldoende

ernstig verwijt kan worden gemaakt. De maatstaf daarbij is of het handelen of nalaten van [geïntimeerde] ten opzichte van *Staffable c.s.* in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Daarvan zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat [geïntimeerde] wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschappen tot gevolg zou hebben dat dezen hun verplichtingen niet zouden nakomen en ook geen verhaal zouden bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Ook kan, als de bestuurder weet of moet weten dat een faillissement onafwendbaar is, het voldoen van één of meer bepaalde schuldeisers jegens de overige schuldeisers onrechtmatig zijn als voor die betalingen geen rechtvaardiging te geven is. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden aangenomen. Dit alles geldt ook voor een indirect bestuurder. Verwezen wordt naar HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*) en naar HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, NJ 2014/325.

1. Projectburo *Staffable B.V.*, gevestigd te Maastricht,
2. Projectburo *Staffable Detachering B.V.*, gevestigd te Maastricht,
3. *Cuise B.V.*, gevestigd te Maastricht,
4. *Mise en Place Den Haag B.V.*, gevestigd te Maastricht,
5. *Mise en Place Enschede B.V.*, gevestigd te Maastricht,
6. *Mise en Place Nijmegen B.V.*, gevestigd te Maastricht,
7. *Mise en Place Amsterdam B.V.*, gevestigd te Maastricht,
8. *House of Kent B.V.*, gevestigd te Rotterdam, appellanten, hierna te noemen: *Staffable c.s.*, advocaat: mr. N.P.F.E. van der Peet te Maastricht, tegen [geïntimeerde], wonende te Lisse, geïntimeerde, hierna te noemen: [geïntimeerde], advocaat: mr. M. Cota te Den Haag.

Hof:

Het geding

Bij exploit van 12 maart 2013 is *Staffable c.s.* in hoger beroep gekomen van drie door de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnissen van 27 april 2011, 12 december 2012 en 6 februari 2013.

Bij memorie van grieven met producties heeft *Staffable c.s.* tien grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord heeft [geïntimeerde] de grieven bestreden. Vervolgens heeft [geïntimeerde] een akte overlegging producties genomen en *Staffable c.s.* een akte. Tenslotte hebben beide partijen een antwoordakte genomen.

Vervolgens hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.