

De juridische (af)splitsing: wat als een huurder van kleur verschiet?

*Mr. J. G. A. van Olst**

Inleiding

In augustus 2010 werd bekend dat retailer Maxeda zijn winkellabels V&D/LaPlace, de Bijenkorf, Hunkemöller en M&S apart zou gaan verkopen en niet in één pakket. Deze winkels werden alle door Maxeda gehuurd van verschillende grote beleggers. Op haar beurt verhuurde Maxeda deze winkels aan de betreffende winkellabels. Vaak had Maxeda kunnen bedingen dat als zekerheid voor de nakoming van de huurverplichtingen niet, zoals gebruikelijk, een bankgarantie gesteld hoefde te worden, maar dat daarvoor een 403-verklaring (art. 2:403 BW) van de moedervennootschap van het Maxeda-concern zou gelden.

Het probleem waarvoor Maxeda zich gesteld zag, was dat nadat de aandelen in de winkellabels verkocht zouden zijn, Maxeda nog steeds de positie van hoofdhuurder zou bekleden terwijl zij geen band meer zou hebben met het onderhurende winkellabel. Ook voor de koper was dit een probleem, omdat deze bij voorkeur in een rechtstreekse huurrelatie met de verhuurder wilde komen te staan.

De oplossing voor voormeld probleem vond Maxeda in het afsplitsen van een aantal vennootschappen, waarin de huur-rechten voor de specifieke winkellabels werden ondergebracht. Vervolgens werd elke afgesplitste vennootschap samen met het winkellabel verkocht, zodat Maxeda uit de huurstructuur wegviel en de huurderspositie volledig bij de koper kwam te liggen. Het gevolg voor de verhuurders was echter wel dat waar zij een huurovereenkomst met een grote kapitaalkrachtige partij waren aangegaan, afgedekt door een 403-verklaring, zij plotse-ling geconfronteerd werden met een afgesplitste huurder en een ingetrokken 403-verklaring.

Het juridische (af)splitsen (er wordt onder juridische splitsing zowel de 'zuivere splitsing' als 'afsplitsing' verstaan als bedoeld in art. 2:334a lid 1 BW; hierna wordt op beide figuren gedoeld met de termen 'splitsen' en 'splitsing') van vennootschappen lijkt een trend te zijn. Zo zijn de laatste jaren grote divisies afgesplitst, niet alleen van Maxeda, maar ook van Akzo Nobel, Ahold, Numico, Wolters Kluwer, Nielsen (VNU), DSM en TNT.

Of het een trend is of commerciële noodzaak, in elk geval krij-gen verhuurders bij een splitsing van de huurder te maken met een verandering van de identiteit van die huurder. Dit kan negatieve financiële gevolgen hebben, maar ook een verslechter-ing van de positie van de verhuurder om andere redenen. Te denken valt aan imago-vernederend, hetgeen in het bijzonder voor winkelruimte, als omschreven in artikel 7:290 BW, van belang is. Bij kantoorruimte, als bedoeld in artikel 7:230a BW, kan dit ook een rol spelen, maar in dat kader is een verhuurder minder afhankelijk van het 'trekpleistergehalte'.

Voor een commerciële verhuurder is het rendement van het vastgoed waarin geïnvesteerd wordt hoofdzakelijk gebaseerd op huurinkomsten. Een financieel solide huurder is van groot belang voor de beleggingswaarde van het betreffende vastgoed. Om de beleggingswaarde te waarborgen dient een verhuurder ervoor te zorgen dat de huurovereenkomst voorziet in mo-ge-lijkheden tot risicobeheersing op dit gebied.

Opvallend is dat, hoewel zij daartoe wel de mogelijkheid heb-ben, verhuurders maar weinig gebruik maken van hun verzet-middelen tegen een veranderende identiteit van hun huurder ten gevolge van een splitsing. Bij een splitsing gaan contracten over onder algemene titel en is er geen sprake van een con-tractoverneming (in de zin van art. 6:159 BW) waarbij mede-werking van de andere contractspartij benodigd is. Ook is bij een splitsing indeplaatsstelling (geregeld in art. 7:307 BW) niet aan de orde.

In deze bijdrage wordt de positie van een verhuurder in het kader van een splitsing belicht en wordt beschreven welke waarborgen (al dan niet) voorhanden zijn. Het gaat het kader van deze bijdrage te buiten om een volledige uiteenzetting te geven van de waarborgen die in het huurrecht een rol spelen. Volstaan zal worden met de waarborgen voor en na de split-sing. Aandacht wordt besteed aan het wettelijke toetsings-kader voor gevallen waarin een huurder van identiteit veran-dert, of althans wanneer dat beoogd wordt. Hierbij speelt in het bijzonder de waardering van de waarborgen voor de schuldeiser een rol.

Ter afsluiting volgt een aanbeveling over hoe de verhuurder contractueel kan voorkomen dat een huurovereenkomst over-gaat naar een minder solvante (of om andere redenen minder wenselijke) huurder.

* Mr. J.G.A. van Olst is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

Overgang onder bijzondere titel

In het kader van het onderzoek naar de positie van een verhuurder bij een splitsing is het goed om eerst een zijstapje te maken naar regelingen die zien op gevallen waarin rechten en verplichtingen onder een huurovereenkomst onder bijzondere titel (art. 3:80 lid 2 BW) overgaan op een nieuwe huurder, te weten (1) contractsoverneming, (2) indeplaatsstelling en (3) de ROZ-bepalingen.

Contractsoverneming

De figuur van contractsoverneming is een vorm van overgang van rechten en verplichtingen onder bijzondere titel met als uitgangspunt contractsvrijheid. Deze contractsvrijheid ziet op de inhoud van een overeenkomst, maar ook op de vrijheid van een partij om zelf te bepalen met wie zij die overeenkomst aangaat. Op basis van artikel 6:159 BW is medewerking van de contractspartij vereist voor het overdragen van een rechtsverhouding tot die contractspartij bij de betreffende overeenkomst. Het staat een verhuurder vrij zijn medewerking te onthouden, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Indeplaatsstelling

Artikel 7:307 BW is een *lex specialis* van de *lex generalis* uit artikel 6:159 BW en maakt een belangrijke uitzondering op de regel van artikel 6:159 BW voor zover het gaat om winkelruimte. Artikel 7:307 BW biedt de huurder de mogelijkheid om met een machtiging van de rechter tegen de wil van de verhuurder overdracht van de huur van bedrijfsruimte te realiseren in verband met de overdracht van het bedrijf dat in die bedrijfsruimte wordt uitgeoefend.¹

De wetgever heeft deze mogelijkheid onderworpen aan de (in art. 7:307 BW lid 2 opgenomen) voorwaarden dat:

- de huurder het door hem (of door een ander) in het gehuurde uitgeoefende bedrijf wenst over te dragen aan de nieuwe huurder;
- de huurder een zwaarwichtig belang heeft bij de overdracht van het bedrijf;
- de nieuwe huurder voldoende waarborgen biedt voor een volledige nakoming van de huurovereenkomst en een behoorlijke bedrijfsvoering.

Daarnaast dient de rechter een belangenafweging te maken waarin alle omstandigheden van het geval worden meegewogen. De verhuurder speelt in zoverre een rol bij het (al dan niet) tot stand komen van een indeplaatsstelling dat hij de mogelijkheid heeft om daar bezwaren tegen te maken. Bij de belangenafweging worden deze bezwaren afgewogen door de rechter tegen het belang van de huurder bij de indeplaatsstelling. Mocht het risico aanwezig zijn dat de nieuwe huurder geen goede partij zou (lijken te) zijn, dan kan dat aan het toekennen van een indeplaatsstelling in de weg staan.

1. H.J. Rossel, Tekst en Commentaar Huurrecht, art. 7:307 BW, aant.1; HR 16 juni 1978, NJ 1979, 22 (Schellekens/MAVO); HR 8 mei 1992, NJ 1992, 690 (Schuitema Zuid/Schuitema Vastgoed).

Een interessant vraagstuk, waarvan behandeling hier te ver voert, is of een huurder door de figuur van splitsing de bovengenoemde voorwaarden die gelden bij een indeplaatsstelling kan omzeilen. Bij de splitsing is er geen sprake van een overdracht in de zin van artikel 7:307 lid 1 BW (uitsluitend een overgang onder algemene titel), zodat men niet toekomt aan een machtiging.² Om te concluderen dat een splitsing zich leent voor een dergelijk (oneigenlijk) gebruik, moet eerst bekeken worden wat de positie van de verhuurder is bij een splitsing. Op die vraag kom ik hierna nog terug bij het behandelen van de door de wetgever gegeven mogelijkheden die schuldeisers hebben om in verzet te komen tegen een splitsing.

ROZ-bepalingen

ROZ-bepalingen zijn algemene bepalingen die deel uitmaken van het model voor huurovereenkomsten dat ontwikkeld werd door de Raad voor Onroerende Zaken voor kantoor- of winkelruimtes. Het gebruik van deze modellen wordt gezien als gangbare praktijk. De modellen bevatten overwegend verhuurdersvriendelijke bepalingen. Van deze bepalingen kan door partijen contractueel worden afgeweken.

Op grond van artikel 8.1 en 12.1 van de ROZ-bepalingen voor respectievelijk kantoor- en winkelruimte³ ('Onderhuur') is het een huurder niet toegestaan de huurrechten geheel of gedeeltelijk aan derden over te dragen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de verhuurder. Dit ziet op gevallen waarin sprake is van een overgang van rechten en verplichtingen onder bijzondere titel en geeft de verhuurder geen rechten waar het gaat om een splitsing (waarbij deze overgang immers plaatsvindt onder algemene titel en derhalve van rechtswege).

Voormelde artikelen bepalen eveneens dat het de huurder niet is toegestaan om de huurrechten in te brengen in een rechtspersoon of personenvennootschap, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de verhuurder. Ook hier geldt dat dit een overgang onder algemene titel in het kader van een splitsing niet in de weg staat, zodat dit verbod geen grondslag voor inspraak van de verhuurder biedt in het kader van een splitsingsprocedure.⁴

De laatste versie van de ROZ-bepalingen voor winkelruimte bevat een bepaling die aan de huurder de verplichting oplegt om de verhuurder onmiddellijk op de hoogte te stellen van een (voorgenomen) naamswijziging, overname, juridische fusie of splitsing. Deze informatieplicht voorkomt slechts dat de verhuurder te laat op de hoogte zal zijn van een voorgenomen splitsing (dit is niet zelden het geval, zoals hierna nog aan de

2. B.W. Brouwer, Indeplaatsstelling door splitsing?, TvHB 2010, p. 192-197.

3. De laatste versies voor kantoor- en winkelruimte zijn respectievelijk vastgesteld in juli 2003 en op 15 augustus 2008 en respectievelijk gedeponeerd op 11 juli 2003 en op 20 augustus 2008 bij de griffie van de rechtbank te Den Haag en aldaar ingeschreven onder respectievelijk nummer 72/2003 en nummer 67/2008.

4. Zie anders: C. de Bres & F. Burgers, De gesplitste huurder, TvHB 2007, p. 7.

orde zal komen), maar biedt verder geen inspraakmogelijkheden voor de verhuurder, zodat deze alsnog terug zal moeten vallen op het wettelijke kader van crediteurenbescherming bij een splitsing (dat hierna besproken wordt). Dit neemt overigens niet weg dat een verhuurder bij een schending van voormelde informatieplicht een beroep kan doen op artikel 6:265 BW en eventueel schadevergoeding kan vorderen.

Juridische splitsing

De regeling betreffende splitsing is opgenomen in de artikelen 2:334a e.v. BW. 'Zuivere splitsing' is de rechtshandeling waarbij het vermogen van een rechtspersoon die bij de splitsing ophoudt te bestaan, onder algemene titel (overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving) wordt verkregen door twee of meer verkrijgende rechtspersonen. 'Afsplitsing' is de rechtshandeling waarbij het vermogen of een deel daarvan van een rechtspersoon die bij de splitsing niet ophoudt te bestaan, onder algemene titel wordt verkregen door één of meer andere rechtspersonen.

Een splitsing vindt plaats door middel van het doorlopen van, kort gezegd, drie fasen, te weten (1) de voorbereiding, (2) de bekendmaking en (3) de uitvoering.⁵ Voor het onderhavige onderwerp is fase 2, zoals hierna zal blijken, van belang. De overige twee stadia worden buiten beschouwing gelaten.

Summiere wijze van bekendmaking

De fase van bekendmaking houdt in dat een deponering bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel van het splitsingsvoorstel en de voorgeschreven financiële informatie plaatsvindt. Van belang is dat uit het splitsingsvoorstel voor schuldeisers en wederpartijen duidelijk blijkt (1) wat de vermogenspositie van de bij de splitsing betrokken partijen na de splitsing zal zijn, (2) of hun rechtsverhouding met de splitsende vennootschap overgaat, en (3) zo ja, naar welke partij.

Voorts dient een splitsingsvoorstel ter inzage te liggen op het kantoor van de te splitsen vennootschap en elke verkrijgende vennootschap en moet een advertentie geplaatst worden in een landelijk verspreid dagblad. Het doel hiervan is het informeren van crediteuren van de splitsende vennootschap en de verkrijgende vennootschappen dat een splitsing wordt voorbereid, met het oog op het verzet (dat hierna aan bod komt) dat zij kunnen aantekenen tegen het splitsingsvoorstel.

Ondanks deze publicatieplicht is in veel gevallen de verhuurder niet of pas heel laat op de hoogte van een splitsingsvoorstel. Slechts indien een voorgenomen splitsing veel media-aandacht krijgt (zoals in de in de inleiding genoemde voorbeelden van grote bekende bedrijven), is de kans voldoende aanwezig dat een verhuurder daar op tijd kennis van neemt en vervol-

gens de wettelijke mogelijkheden die hem in geval van bezwaar ter beschikking staan, zal gebruiken. Indien het een minder nieuwswaardige vennootschap betreft, dan komt het aan op het opmerken van de voormelde advertentie en die kans is gering. Daar komt bij dat de informatie binnen één maand na publicatie bij de verhuurder bekend moet zijn, gelet op het feit dat slechts gedurende die periode gebruik kan worden gemaakt van de verzetmogelijkheid en dat de gronden om verzet aan te tekenen beperkt zijn. Het voorgaande laat nog buiten beschouwing de gevallen waarin het een buitenlandse verhuurder betreft. Vanzelfsprekend zal de kans van (tijdige) kennisneming dan nog kleiner zijn.

Zoals reeds opgemerkt, ondervangen de ROZ-bepalingen voor winkelruimte uit 2008 het probleem van een te summiere bekendmaking door de plicht aan de huurder op te leggen om een voornemen tot splitsing onmiddellijk aan de verhuurder te melden. Wellicht dat dit ook in de nieuwe versie voor kantoorruimte wordt opgenomen. Momenteel geldt voor kantoorruimte nog de versie van 2003, waarin voormelde bekendmakingsplicht niet is opgenomen.

Wettelijke waarborgen ter bescherming crediteur

In geval van een splitsing kunnen de verhaalsmogelijkheden van een verhuurder afnemen. Te denken valt aan een situatie waarin de oorspronkelijke huurder X een aantal vermogensbestanddelen, waaronder de verplichting tot het betalen van huurpenningen aan verhuurder A, afsplitst naar een nieuwe entiteit Y. Verhuurder A wordt dan geconfronteerd met de nieuwe huurder Y, die slechts een gedeelte van het vermogen van de oorspronkelijke gesplitste huurder X bezit dat kon dienen tot verhaal van zijn huurpenningen.

De wetgever heeft rekening gehouden met het risico voor schuldeisers in het geval van een splitsing:

'Zij worden na de splitsing immers geconfronteerd met een nieuwe schuldenaar, die slechts een deel van het oorspronkelijke vermogen van de splitsende rechtspersoon bezit, dat bestemd was voor verhaal van hun vorderingen. In een splitsingsregeling moet aan de positie van de schuldeisers daarom in het bijzonder aandacht worden besteed. Het wetsvoorstel bevat een samenstel van waarborgen dat tot gevolg heeft dat de schuldeisers door een splitsing niet behoeven te worden geschaad.'⁶

Hierna komen de wettelijke mogelijkheden voor crediteuren in geval van een voorgenomen splitsing aan bod (ik laat daarbij buiten beschouwing de waarborgen die zien op splitsing van een afzonderlijke rechtsverhouding (art. 2:334j BW) en op eventuele onduidelijkheid omtrent aan welke rechtspersoon een schuld is toebedeeld (art. 2:334s BW)).

5. P. Kirpensteijn, L.H. Donkers & D.P. Anker, *Vademecum ondernemingsrecht: juridische splitsing*, Deventer: Kluwer 2001. Zie ook M. van Olffen, F.K. Buijn & P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 26-29 en De Bres & Burgers 2007, p. 4-8.

6. Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3 (MvT), p. 3.

Verzet

Op grond van artikel 2:334l BW kan elke wederpartij van een partij bij de beoogde splitsing tegen het voorstel tot splitsing in verzet komen door middel van een verzoekschrift aan de rechtbank.

De termijn voor verzet is een maand vanaf de bekendmaking van het splitsingsvoorstel. Van dit middel wordt niet vaak gebruik gemaakt. Ook in het voorbeeld van Maxeda, waarbij een aanzienlijke verandering plaatsvond in de identiteit van de huurders, heeft geen van de verhuurders gebruik gemaakt van deze wettelijke mogelijkheid. De rechtspraak toont bovendien aan dat het recht van verzet niet snel aan een splitsing in de weg zal staan.⁷

Het verzet kan uitsluitend betrekking hebben op (a) de wijze waarop het splitsingsvoorstel voorziet in de overgang of het behouden van de rechtsverhouding (art. 2:334l jo. 2:334j BW), of (b) (het gebrek aan) de waarborgen die de schuldeiser heeft voor de voldoening van zijn vordering(en) (art. 2:334l jo. 2:334k BW). Het aspect onder b is in het kader van deze bijdrage van belang en zal hierna worden belicht.

Vergelijking waarborgen

Het verzoek in het kader van verzet wordt afgewezen indien de schuldenaar voldoende waarborgen heeft of als de vermogenstoestand van zijn nieuwe schuldenaar niet minder waarborg voor voldoening biedt dan vóór de splitsing (art. 2:334k BW). Deze criteria zijn niet cumulatief; is aan een van de twee voldaan, dan zal de rechter het verzet ongegrond verklaren.

Bij de vergelijking van de waarborgen hoeft het niet zo te zijn dat het vermogen waarop een schuldeiser zich kan verhalen vóór en ná de splitsing gelijk is. Het gaat erom dat het vermogen vóór en ná de splitsing een even grote waarborg moet bieden dat de vordering zal worden voldaan. Daaraan is voldaan als zowel voor als na de splitsing voor een schuldeiser uitzicht bestaat op volledige voldoening van zijn vordering.⁸

Dit criterium laat ruimte open voor vragen. De vraag rijst bijvoorbeeld of bij de mate van waarborgen waarnaar gekeken wordt ook de toekomstige huurpenningen worden betrokken. In de rechtspraak is bepaald dat toekomstige huurpenningen toekomstige vorderingen zijn.⁹ Het is voorts aannemelijk dat de hier te behandelen artikelen die de crediteur beogen te beschermen slechts zien op vorderingen die bestaan ten tijde

van de (beoogde) splitsing.¹⁰ Juist de voortdurendheid van de huurinkomsten is echter van groot belang voor een verhuurder.

Een verhuurder zal doorgaans zekerheid van een huurder bedingen ten aanzien van toekomstige huurpenningen. Het ligt dan ook in de rede dat bij een vergelijking van de waarborgen vóór en ná de splitsing, een eventueel duurzaam karakter van de door huurder gestelde zekerheid gewaarborgd blijft, omdat de positie van de schuldeiser niet achteruit mag gaan. De verhuurder hoeft er echter niet op vooruit te gaan. Mocht bij het sluiten van de huurovereenkomst geen duurzame zekerheid door de verhuurder zijn bedongen, dan kan het niet zo zijn dat ter gelegenheid van de splitsing alsnog via het middel van verzet de contractpositie van de verhuurder wordt verbeterd.

Zekerheden voor verhuurders

In huurovereenkomsten wordt vaak een concerngarantie of een 403-verklaring gegeven. Indien een moedervernootschap van de huurder een 403-verklaring heeft gedeponereerd, heeft zij zich daarmee hoofdelijk aansprakelijk verklaard voor de schulden van de huurder aan de verhuurder uit hoofde van de huurovereenkomst. Een 403-verklaring vervalt zodra de huurder niet meer kwalificeert als groepsmaatschappij (art. 24b BW) en aan de overige voorwaarden van artikel 2:404 BW is voldaan.

Het wettelijke kader met betrekking tot verzet tegen een splitsing (en de daarin vervatte vergelijking van waarborgen) laat ruimte voor onduidelijkheden. Zekerheden voor verhuurders vóór en ná een splitsing kunnen niet simpelweg op een weegschaal worden gelegd om te kijken of de positie van de schuldeiser in balans is, alleen al vanwege het feit dat die zekerheden voor en na de splitsing eventueel een andere vorm zullen (moeten) aannemen.

Vaak zal een splitsing ten doel hebben om de afgesplitste vennootschap via een aandelenoverdracht te verkopen aan een derde, waarmee de 403-verklaring vervalt (art. 2:404 BW). Een 'change of control'-clause, waarbij de toestemming van de verhuurder voor een verandering in de zeggenschap vereist is, zou hier uitkomst kunnen bieden.

Een aantal aandachtspunten waarnaar gekeken dient te worden bij de waardering van zekerheden als bank- en concerngaranties zijn bijvoorbeeld:

- Zijn de voorwaarden krachtens welke de bank of de moedervernootschap tot betaling aan verhuurder dient over te gaan eenduidig en ondubbelzinnig geredigeerd of laten zij ruimte voor interpretatieverschillen?
- Is de bank- of concerngarantie overdraagbaar?
- Biedt de moedervernootschap voldoende verhaal in geval van een concerngarantie of 403-verklaring?

7. Rb. Arnhem 1 juni 1999, JOR 1999, 173; Hof Amsterdam (OK) 18 november 1999, JOR 1999, 254 m.nt. Van Luyn; Rb. Amsterdam 4 april 2003, JOR 2003, 105. Zie ook M.A. Verbrugh, Juridische fusie en splitsing als herstructureringsinstrument, O&F 2003, (56), p. 47. Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-11*, Deventer: Kluwer 2009.

8. Rb. Amsterdam 4 april 2003, JOR 2003, 105, r.o. 4.11 (Dexia Bank Nederland).

9. HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (WUH/Emmerig q.q.).

10. Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 10. Zie ook: F.K. Buijn, Verzet bij splitsing, Ondernemingsrecht 2011, p. 388.

- Voorziet de bank- of concerngarantie in een mogelijkheid om ook schade te verhalen wegens huurdering vanwege het faillissement van huurder?

Voor wat betreft dit laatste punt heeft de Hoge Raad begin dit jaar een interessant arrest gewezen.¹¹ Hier was de vraag aan de orde of de door de vroegtijdige beëindiging van de huurovereenkomst door de curator misgelopen huurinkomsten kunnen worden geclaimd onder een bankgarantie. Het antwoord op die vraag luidt volgens de Hoge Raad ontkennend. Wat wel mogelijk lijkt, is de contractuele bevoegdheid aan de verhuurder te geven de huurovereenkomst te ontbinden als de huurder failliet gaat en daaraan een verplichting te koppelen tot het betalen van schadevergoeding voor gedeelde huurinkomsten. Een dergelijke vordering zou ook onder een garantie moeten kunnen worden geclaimd.

Vermogenspositie moederennootschap

De vraag rijst of de financiële status van de nieuwe moederennootschap van de huurder bij de vergelijking van de waarborgen vóór en ná de splitsing wordt meegewogen. Als een 403-verklaring of een concerngarantie is afgegeven door de moederennootschap van de huurder en ‘diezelfde’ zekerheid zal worden afgegeven door de nieuwe moederennootschap van de huurder, dan is die financiële status van belang. Een confrontatie met een andere moederennootschap kan leiden tot een verminderde zekerheid voor de verhuurder na een splitsing. Een concerngarantie van een beursgenoteerde multinational is tenslotte waarschijnlijk meer waard dan een garantstelling door een wankelende BV. Zal de toets door de rechter zo ver gaan, dat ook zal worden beoordeeld of de na de splitsing gestelde zekerheid door de nieuwe moederennootschap evenveel waard is als de oorspronkelijk gestelde zekerheid? Met andere woorden: wordt de vermogenspositie van de moederennootschap vóór de splitsing vergeleken met de vermogenspositie van de moederennootschap ná de splitsing?

Om op voormelde onzekerheid te anticiperen zou gedacht kunnen worden aan een bepaling in de huurovereenkomst dat in geval van het intrekken van een 403-verklaring of concerngarantie de verhuurder het recht heeft om de huurder een vervangende bankgarantie te laten stellen. Dit zou contractueel kunnen worden vormgegeven door in de huurovereenkomst op te nemen dat de huurder een bankgarantie zal stellen onder de opschortende voorwaarde dat een 403-verklaring of een concerngarantie gesteld wordt door de moederennootschap. Zodra deze zekerheid wegvalt, zal de verplichting tot het stellen van een bankgarantie gaan gelden.

Hoofdelijke aansprakelijkheid

Artikel 2:334t lid 1 BW bepaalt: ‘(...) de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersonen zijn aansprakelijk tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersonen ten tijde van de splitsing.’ Dit artikel

(in samenhang met art. 2:334k BW) brengt mee dat het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon dat beschikbaar was voor uitwinning, als zodanig beschikbaar blijft, maar dan verdeeld over de verschillende bij de splitsing betrokken rechtspersonen.¹² Als partijen bij een verzet van de schuldeiser kunnen aantonen dat, mede ten gevolge van artikel 2:334t BW, het totale uitwinbare vermogen ten gevolge van de splitsing niet afneemt, zal verzet dat slechts op financiële gronden plaatsvindt weinig kans van slagen hebben. De verdeling van het vermogen over verschillende rechtspersonen biedt bovendien op zichzelf geen grond voor verzet (art. 2:334l jo. 2:334j BW).¹³

De hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 2:334t BW biedt slechts een eventuele oplossing ná de splitsing. Het is daarbij de vraag wat de financiële status is van de rechtspersonen. Daarop heeft de verhuurder geen invloed kunnen uitoefenen. Iets dat hij ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst wél mee kan nemen in zijn keuze of hij al dan niet in zee gaat met de betreffende huurder. Bovendien zullen, net als geldt voor artikel 2:334l BW, toekomstige huurpenningen logischerwijs niet onder de hoofdelijke aansprakelijkheid vallen. Anders zou dit de mogelijkheid van verzet overbodig maken.¹⁴

Redelijkheid en billijkheid

Een derde waarborg voor de verhuurder wordt geboden door artikel 2:334r BW. Op grond van dit artikel kan de verhuurder vorderen dat de rechter de huurovereenkomst wijzigt of ontbindt indien deze overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven. Over dit artikel is nauwelijks jurisprudentie. Wat meer algemeen wel uit de rechtspraak blijkt, is dat het criterium ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid’ een hoge drempel is voor toewijzing van de vordering.¹⁵ Daarnaast is er een tijdslimiet aan deze eventuele remedie gekoppeld, te weten zes maanden na het passeren van de splitsingsakte. Het artikel betreft alleen de verandering die ten gevolge van de splitsing optreedt en laat onverlet een vordering wegens onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 BW op grond van een ander feitencomplex.¹⁶

Vervangende zekerheid voor de verhuurder

Om te voorkomen dat slechts via de weg van verzet naar een analyse van de positie van de verhuurder wordt gekeken, is het zoals reeds opgemerkt raadzaam om in de huurovereenkomst een ‘change of control’-clause op te nemen met een daaraan gekoppelde verplichting voor de huurder om een vervangende zekerheid te (doen) stellen. Dat kan bijvoorbeeld een bankgarantie zijn, een concerngarantie of een 403-verklaring van de ‘nieuwe’ moederennootschap. Daarbij dient te worden opge-

11. HR 14 januari 2011, LJN BO3534 (Aukema q.q./Uni-Invest).

12. Rb. Arnhem 1 juni 1999, JOR 1999, 173 en Hof Amsterdam (OK) 18 november 1999, JOR 1999, 254 m.nt. Van Luyn.

13. Zie ook Buijn 2011, p. 389.

14. Zie ook De Bres & Burgers 2007, p. 5.

15. Zie onder meer HR 17 december 2004, NJ 2005, 271.

16. Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 2.

merkt dat, om in aanmerking te komen voor de in artikel 2:403 BW geboden vrijstellingsmogelijkheden, een aantal strikte constitutieve voorwaarden in acht genomen dient te worden. Of een nieuwe moedervenootschap aan die voorwaarden zal voldoen, is nog maar de vraag.

Conclusie

Het is voor een verhuurder niet wenselijk dat deze geconfronteerd wordt met een verandering in de identiteit van de huurder zonder dat hij daar enige invloed op uit kan oefenen. Wanneer beoogd wordt dat een huurder van identiteit zal veranderen door middel van een splitsing, dient een verhuurder zich bewust te zijn van de beperkte mogelijkheden die hem wettelijk ter beschikking staan om die splitsing tegen te gaan of om daar voorwaarden aan te stellen. Vaak is een verhuurder überhaupt niet (op tijd) op de hoogte van een voorgenomen splitsing en mocht dat al wel zo zijn, dan moet helaas geconcludeerd worden dat, naast het feit dat er in de praktijk maar weinig gebruik van wordt gemaakt, de mogelijkheden van verzet ex artikel 2:334l BW, hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 2:334t lid 1 BW en het beroep op de redelijkheid en billijkheid ex artikel 2:334r BW bij een (beoogde) splitsing weinig soelaas lijken te bieden voor de verhuurder.

Waar bij de contractoverneming goedkeuring van de verhuurder nodig is en bij indeplaatsstelling ruimte is voor een algehele belangenafweging door de rechter, is dit allebei niet het geval bij een splitsing. Bij een beoogde splitsing is sprake van een beperkt toetsingskader waarbij onduidelijkheden aan de orde zijn. In het bijzonder de toets ten aanzien van de waarborgen die de schuldeiser ter beschikking staan, roept de nodige vragen op. De waarborgen die de schuldeiser voor en na de splitsing ter beschikking staan, kunnen weliswaar hetzelfde zijn, maar dat wil nog niet zeggen dat zij ook evenveel zekerheid bieden. Er zou ook moeten worden gekeken naar de financiële status van de moedervenootschap als het gaat om een 403-verklaring of een concerngarantie. De wetssystematiek lijkt echter geen ruimte te bieden voor een dergelijke toets.

Voorts gaat het in een huurrelatie om een duurovereenkomst en wordt bij de toetsing in geval van het aantekenen van verzet ex artikel 2:334l BW en een beroep op de hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 2:334t lid 1 BW waarschijnlijk slechts gekeken naar de vorderingen ten tijde van de splitsing. Toekomstige huurvorderingen lijken daar niet onder te vallen, terwijl de continuïteit van huurinkomsten juist zo belangrijk is voor een verhuurder.

Contractuele remedies

Omdat voorkomen beter is dan genezen, zal een verhuurder moeten proberen om zijn positie contractueel zo sterk mogelijk te maken. Dit zal niet altijd gemakkelijk zijn nu verhuurders, onder andere door een groeiend aanbod van bedrijfsruimte, te maken hebben met sterke onderhandelingsposities van huurders.

Het is raadzaam dat een verhuurder bij het sluiten van een huurovereenkomst bepaalde preventieve remedies inbouwt. Te denken valt aan een 'change of control'-clausule:

1. met een effectief gesanctioneerde meldingsplicht wanneer verandering van de identiteit van een huurder beoogd wordt door middel van een overdracht onder algemene titel (zoals een fusie of splitsing);
2. die het verbod tot een dergelijke overdracht behelst indien geen toestemming van verhuurder wordt verkregen; en
3. die het recht voor de verhuurder behelst om voorwaarden te stellen aan een eventuele toestemming. Een voorwaarde kan bijvoorbeeld zijn de verplichting voor de huurder tot het (doen) stellen van een contractueel af te spreken vervangende zekerheid (bijvoorbeeld een bankgarantie) in het geval een 403-verklaring wordt ingetrokken/vervalt.

Voormelde suggesties geven een verhuurder contractueel een steviger positie en kunnen voorkomen dat deze voor onaangename verrassingen komt te staan.