ongedaanmaking van betalingen, op bevrijding ten aanzien van de eigen verplichtingen en op schadevergoeding; dit alles geheel of ten dele". De Hoge Raad laat de volgende slotzin van de rechtsoverweging van het hof weg, maar deze is denk ik wel van belang: "Andermaal herinnert het hof eraan dat het onder de term belegger ook de eega begrijpt." Zie r.o. 3.3.4.

12. Onder verwijzing naar zijn eerdere arrest van 28 januari 2011 oordeelt de Hoge Raad dat de WCAM-overeenkomst mede ziet op de onzekerheid in de zin van art. 7:900 lid 1 BW die resteert indien de effectenleaseovereenkomsten vóór de verbindendverklaring van de WCAM-overeenkomst buitengerechtelijk zijn vernietigd, maar Dexia te kennen heeft gegeven dat zij die vernietiging niet aanvaardde en niet in rechte of anderszins is komen vast te staan of deze vernietiging effect sorteert. Zie r.o. 3.3.5.

13. Maar wat geldt nu in het onderhavige geval, waarin de eiser het Dexia Aanbod heeft ondertekend en aldus de Overeenkomst Dexia Aanbod heeft gesloten, maar diens echtgenote dat niet heeft gedaan en gebruik heeft gemaakt van de haar toekomende vernietigingsbevoegdheid aangaande de onderliggende effectenleaseovereenkomsten? De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand dat in deze constellatie geen beroep kan worden gedaan op de uitzondering van art. 2.2 onder f van de Duisenberg-schikking. Hierdoor gelden zowel de eiser als zijn echtgenote als gerechtigde onder deze schikking. Zie r.o. 3.3.5.

14. Kortom, de echtgenote die vóór verbindendverklaring van de Duisenberg-schikking een beroep op vernietiging heeft gedaan, moet om deze vernietiging geldig te laten zijn als gerechtigde in de zin van de Duisenberg-schikking zowel een opt-out-verklaring sturen naar de eerder vermelde notaris te Den Haag als binnen zes maanden wederom (buitengerechtelijk) vernietigen om de verjaring rechtsgeldig te stuiten in de zin van art. 3:316 lid 2 BW. Bij betwisting hiervan door Dexia kan dit uiteraard onderwerp worden van individuele procedures tussen partijen.

15. Deze uitkomst is juridisch gezien helemaal sluitend. Ondanks het feit dat de eiser de Overeenkomst Dexia Aanbod heeft gesloten waarin hij "afstand doet van alle te zijnen behoeve door derden jegens Dexia gepretendeerde rechten" (art. 5.1.2), behelst dit geen afstand van het vernietigingsrecht ex art. 1:89 BW. Deze rechtshandeling zal de echtgenote zelf of door een ander krachtens volmacht dienen te verrichten. Aan de onzekerheid of de buitengerechtelijke vernietiging rechtsgeldig is geweest, heeft de Duisenberg-schikking een einde willen maken. De Hoge Raad kennelijk ook!

T.M.C. Arons,
universitair docent financieel recht Radboud Universiteit Nijmegen

Financiering, zekerheden en insolventie

12

Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Lelystad
18 juli 2016, rolnr. KL ZA 16-208,
ECLI:NL:RBMNE:2016:4013
(mr. Broesterhuizen)
Noot mr. C. Dullaart

Uitleg garantiebepaling in huurovereenkomst. Haviltex-maatstaf. Onduidelijk of partijen bedoeld hebben dat garantie ook strekt tot vergoeding huurtermijnen na beëindiging huurovereenkomst door curator van huurder ex art. 39 Fw. Verwijzing naar HR 5 april 2013, «JOR» 2013/198, m.nt. Bakker (Lundiform/Mexx); HR 7 februari 2014, «JOR» 2014/92, m.nt. Bakker (Afvalzorg/Slotereind) en HR 15 november 2013, «JOR» 2014/27, m.nt. JJvH onder «JOR» 2014/28 (Romania Beheer).

[Fw art. 39]

In het kader van dit kort geding moet worden beoordeeld of aan de bepaling de betekenis toekomt dat ook na 1 mei 2016 voor V&D verplichtingen uit de huurovereenkomst voortvloeien waarvoor gedaagde als hoofdelijk medeschuldenaar aansprakelijk is. De vraag wat de bedoeling van partijen is geweest met betrekking tot de bepaling moet worden beantwoord met inachtneming van de Haviltex-maatstaf. Daarmee komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van

de overeenkomst mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan groot gewicht, zij het niet beslissende betekenis, toekomen aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen. Van belang is daarbij voorts de aard en inhoud van de overeenkomst, de omvang en gedetailleerdheid van het contract en de wijze van totstandkoming (vgl. HR 5 april 2013, «JOR» 2013/198, m.nt. Bakker (Lundiform/Mexx) en HR 7 februari 2014, «JOR» 2014/92, m.nt. Bakker (Afvalzorg/Slotereind)). Het betreft een zakelijke overeenkomst die is gesloten door professioneel opererende partijen. Dat maakt dat in beginsel groot gewicht toekomt aan de bewoordingen van de bepaling, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de huurovereenkomst. In de tekst staat dat de rechtsvoorganger van gedaagde zich naast V&D tot hoofdelijk medeschuldenaar voor alle verplichtingen van V&D voortvloeiende uit de huurovereenkomst verklaart, zelfs nadat V&D na faillissement ophoudt partij bij de overeenkomst te zijn. Aan deze bewoordingen verbindt eiseres de conclusie dat gedaagde, nu V&D geen partij meer is bij de huurovereenkomst jegens eiseres, schuldenaar is geworden en op die grond tot nakoming van de huurovereenkomst gehouden is. Op voorhand kan niet worden geoordeeld dat de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis leidt tot de uitleg die eiseres bepleit, ook niet als de bepaling wordt gelezen in samenhang met de overige bepalingen uit de overeenkomst. Uit de bewoordingen van art. 9 volgt dat gedaagde hoofdelijk medeschuldenaar wordt voor alle verplichtingen die voor de huurder – dus V&D – uit de overeenkomst voortvloeien zelfs nadat huurder na surseance van betaling of faillissement ophoudt partij bij deze huurovereenkomst te zijn. Of de betaling van de huurpenningen vanaf 1 mei 2016 tot het einde van de huurovereenkomst op 31 december 2018 onder die verplichtingen valt, kan niet uit de letterlijke bewoordingen van de tekst worden afgeleid. Daarvoor zijn de bewoordingen van de bepaling niet voldoende duidelijk en gedetailleerd. De woorden "alle verplichtingen voor de huurder voortvloeiende uit de onderhavige huurovereenkomst" en "ophoudt partij bij deze overeenkomst te zijn" zijn tegenstrijdig. Immers, de verplichtingen van de huurder uit een huurovereenkomst eindigen, zodra de huurovereenkomst rechtsgeldig wordt opgezegd. In dat kader is van belang dat de curator de huurovereenkomst met een beroep op art. 39 Fw rechtsgeldig tegen 1 mei 2016 heeft opgezegd, waardoor V&D niet tot betaling van de huurtermijnen tot het einde van de huurovereenkomst op 31 december 2018 verplicht is. De opzegging door de curator hoeft echter niet te betekenen dat gedaagde geen verplichtingen uit de huurovereenkomst jegens eiseres kan hebben. In HR 15 november 2013, «JOR» 2014/27, m.nt. JJvH onder «JOR» 2014/28 (Romania Beheer) is geoordeeld dat indien een derde de nakoming van een schadevergoedingsverplichting vanwege een voortijdig einde van de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement van de huurder heeft gegarandeerd, het faillissement van de huurder en de opzegging van de huurovereenkomst met een beroep op art. 39 Fw geen verandering brengen in de verplichtingen uit die garantie, tenzij anders is bedongen. Eiseres heeft echter niet gesteld en evenmin is gebleken dat partijen bij de huurovereenkomst een schadevergoedingsverplichting voor V&D vanwege het voortijdig eindigen van de huurovereenkomst zijn overeengekomen. In de huurovereenkomst is een dergelijk beding niet opgenomen. Voorshands wordt daarom onvoldoende aannemelijk geacht dat de bodemrechter zal oordelen dat op V&D de verplichting rust om de huurtermijnen tot 31 december 2018 te betalen. De bewoordingen "zelfs nadat huurder na surseance van betaling of faillissement ophoudt partij bij deze overeenkomst te zijn" wijzen erop dat partijen een voorziening hebben willen treffen voor het geval V&D in staat van faillissement zou worden verklaard. Op grond van enkel de taalkundige betekenis van deze bewoordingen kan echter niet worden vastgesteld of gedaagde een eigen zelfstandige verplichting tot betaling van de huur op zich heeft genomen die voortduurt bij het einde van de huurovereenkomst, dan wel zich heeft verplicht om als eigen schuld aan eiseres de schade te vergoeden die zij lijdt als gevolg van het voortijdig eindigen van de huur in verband met het faillissement van V&D. Met betrekking tot de totstandkomingsgeschiedenis van de overeenkomst hebben partijen weinig concreets gesteld. Partijen kunnen niet met zekerheid zeggen door welke partij de tekst van de huurovereenkomst is opgesteld. Of partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst waren voorzien van rechtskundige bijstand is niet bekend. Evenmin is bekend of partijen uitvoerig hebben onderhandeld over de bepaling. Daarnaast is niet bekend of over de bepaling nader is onderhandeld in het kader van de herstructureringen van V&D. Er zijn dus geen aanknopingspunten voor wat partijen over en weer hebben verklaard en van elkaar hebben mogen begrijpen. Het bestaan en de omvang van de vordering is niet voldoende aannemelijk om te worden toegewezen in kort geding.

Unibail-Rodamco Nederland Winkels BV te Amsterdam,
eiseres,
advocaat: mr. W. Raas,
tegen
Maxeda DIY Group BV te Amsterdam,
gedaagde.
advocaten: mrs. J.F. Ouwehand en G.J.L. Bergervoet.

(...; *red.*)

2. De feiten
2.1. Unibail-Rodamco is eigenaar van het winkelpand dat gelegen is aan de [adres] in [vestigingsplaats] (hierna: het pand).
2.2. Op 29 december 1993 heeft de rechtsvoorganger van Unibail-Rodamco als verhuurder een huurovereenkomst gesloten met Vroom & Dreesmann Nederland B.V. (hierna: V&D, ook indien rechtsopvolgers van V&D worden bedoeld) als huurder voor de duur van 25 jaar. De overeengekomen huurprijs bedroeg laatstelijk € 177.968,81 per maand. Voor zover van belang luidt de huurovereenkomst als volgt:
"*HUUROVEREENKOMST*
De ondergetekenden:
Rodamco Retail Nederland N.V., gevestigd te Rotterdam, hierna te noemen 'verhuurder'
en
Vroom & Dreesmann Nederland B.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen 'huurder'
(...)
ARTIKEL 1: AANVANG, DUUR, OPTIE
1. Deze overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van vijfentwintig jaren, ingaande op 1 januari 1994 en derhalve eindigende op 31 december 2018
(...)
ARTIKEL 5: ONDERVERHUUR
Het is huurder uitsluitend na schriftelijke toestemming van de verhuurder toegestaan het gehuurde geheel of gedeeltelijk door derden te laten gebruiken of aan derden onder te verhuren. Aan een dergelijke toestemming kan verhuurder nadere voorwaarden verbinden. Verhuurder zal de toestemming niet op onredelijke gronden kunnen weigeren. Onderverhuur aan 100% dochterondernemingen van Vendex International N.V. is toegestaan, mits verhuurder hiervan vooraf schriftelijk in kennis gesteld is. Huurder heeft het recht om, ingeval onderverhuur plaatsvindt aan een 100% dochterondernemingen van Vendex International N.V. de bestemming van het gehuurde zoals omschreven In artikel 3 lid 1 te wijzigen, met dien verstande dat het gehuurde gelet op de gewijzigde bestemming steeds zal moeten kunnen worden aangemerkt als 1624a-bedrijfsruimte en dat de wijziging van de bestemming als hiervoor bedoeld steeds vooraf schriftelijk aan verhuurder wordt gemeld.
Wijziging van de bestemming ingeval van onderverhuur aan derden behoeft steeds de voorafgaande schriftelijke toestemming, waarbij verhuurder toestemming steeds zal verlenen ingeval aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:
1. de bestemmingswijziging de beleggingswaarde van het gehuurde naar de mening van verhuurder niet aantast
2. de onderverhuurovereenkomst een niet voor wijziging vatbare specifieke bestemmingsomschrijving bevat en verdergaande onderverhuur verbiedt.
Indien en zodra Vroom & Dreesmann Nederland B.V. om welke reden dan ook ophoudt huurder te zijn komen alle regelingen over onderverhuur en bestemmingswijziging van dit artikel 5 te vervallen en worden die vervangen door de volgende regeling:
'Het is huurder niet toegestaan het gehuurde geheel of gedeeltelijk door derden te laten gebruiken of aan derden onder te verhuren; wijziging van de bestemming als bedoeld In artikel 3 lid 1 is niet toegestaan.'
(...)
ARTIKEL 9: CONCERNGARANTIE
Door mede-ondertekening van deze huurovereenkomst verklaart Vendex International N.V. zich naast huurder tot hoofdelijk medeschuldenaar voor alle verplichtingen voor de huurder voortvloeiende uit de onderhavige huurovereenkomst, zelfs nadat huurder na surséance van betaling of faillissement ophoudt partij bij deze huurovereenkomst te zijn.
(...)
Aldus opgemaakt in tweevoud en getekend op: 29-12-1993
te Amsterdam, te Rotterdam,
HUURDER: VERHUURDER:
Vroom & Dreesmann Nederland B.V. Rodamco Retail Nederland N.V.,
door: ing. [A] door: Ing. [B]
(gevolmachtigde)
te Amsterdam,

CONCERNGARANTIE EX ARTIKEL 9
Vendex International N.V.
door: Ing. [A]
(gevolmachtigde)"
2.3. Vendex International N.V. (hierna: Vendex) is de rechtsvoorganger van Maxeda.
2.4. V&D heeft in het pand een warenhuis geëxploiteerd.
2.5. Op 19 januari 2015 heeft V&D aan haar verhuurders een brief geschreven waarin zij heeft meegedeeld dat om het voortbestaan van V&D te waarborgen, het noodzakelijk was dat deze verhuurders haar een huurkorting zouden verlenen. V&D heeft de verhuurders meegedeeld dat zij gedurende vier maanden geen huur zou betalen, en dat zij in de daarop volgende periode een huur wilde betalen van 7% van de in het gehuurde gehaalde omzet.
2.6. Bij brief van 3 februari 2015 heeft Unibail-Rodamco Maxeda gesommeerd de volledige huurpenningen te voldoen en te bevestigen dat Maxeda de toekomstige huurpenningen zal voldoen voor zover V&D daartoe niet zou overgaan. De brief luidt, voor zover van belang:
"De totale achterstand voor het object in Hilversum bedraagt op dit moment EUR 176.648,21.
Nu V&D in verzuim is ten aanzien van voornoemde betaling, wendt cliënte zich tot Maxeda als hoofdelijke schuldenaar onder de huurovereenkomst. Het is cliënte bekend dat er niet langer vennootschappelijke banden bestaan tussen Maxeda en V&D B.V. Dit doet echter niet ter zake. Cliënte heeft nimmer ingestemd met het intrekken of laten vervallen van de aansprakelijkheid van Maxeda."
2.7. Vervolgens heeft Unibail-Rodamco V&D, V&D Group Holding en Maxeda in kort geding gedagvaard om nakoming van de verplichting tot huurbetaling te vorderen. De mondelinge behandeling van dit kort geding stond gepland op 13 februari 2015.
2.8. In het weekend van 7 februari 2015 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden waarbij V&D en alle betrokken verhuurders aanwezig waren. De aanwezige partijen hebben vaststellingsovereenkomsten gesloten waarbij een tijdelijke huurkorting is overeengekomen. Unibail-Rodamco heeft daarna het kort geding ingetrokken.
2.9. Bij brief van 12 februari 2015 heeft Unibail-Rodamco Maxeda opnieuw aangeschreven en haar meegedeeld dat zij gehouden is tot volledige nakoming van de verplichtingen onder de huurovereenkomst, ongeacht of V&D in staat van faillissement zou komen te verkeren.
2.10. Bij brief van 16 maart 2016 heeft Maxeda Unibail-Rodamco meegedeeld dat zij zich op het standpunt stelt dat de medeschuld kwalificeert als een overeenkomst van borgtocht. Daarnaast heeft Maxeda de medeschuld opgezegd tegen 31 december 2018.
2.11. Met ingang van 1 december 2015 heeft V&D geen huur meer betaald.
2.12. Op 31 december 2015 is V&D in staat van faillissement verklaard.
2.13. Bij brief van 27 januari 2016 aan Unibail-Rodamco heeft de curator met een beroep op artikel 39 Faillisementswet (Fw) de huurovereenkomst tegen 1 mei 2016 opgezegd.
2.14. Bij brief van 8 februari 2016 heeft Unibail-Rodamco Maxeda gesommeerd om binnen een week te bevestigen dat zij de huurovereenkomst in volle omvang zal nakomen.
2.15. Op 25 maart 2016 heeft de voorzieningenrechter bij de rechtbank Amsterdam aan Unibail-Rodamco verlof verleend tot het leggen van conservatoir derdenbeslag ten laste van Maxeda. De voorzieningenrechter heeft de vordering beperkt tot de reeds opeisbare huurachterstand van € 533.129,43, vermeerderd met de huur voor april 2016 van € 177.709,81, alsmede een jaar aan gederfde huur vanaf 1 mei 2016 van € 2.132.517,70. Unibail-Rodamco heeft op 29 maart 2016 conservatoir derdenbeslag op de bankrekeningen van Maxeda laten leggen. Unibail-Rodamco heeft Maxeda vervolgens gedagvaard in de hoofdzaak. In die procedure, die aanhangig is bij deze rechtbank, is op 30 augustus 2016 een comparitie van partijen gepland.

3. Het geschil
3.1. Unibail-Rodamco vordert dat de voorzieningenrechter, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, Maxeda veroordeelt
1. tot betaling aan Unibail-Rodamco van een bedrag gelijk aan de tot dusver opgelopen betalingsachterstand te weten € 1.243.968,81, zulks binnen 8 dagen na dit vonnis;
2. tot betaling aan Unibail-Rodamco van een bedrag van € 177.709,83 per maand of gedeelte ervan, vanaf augustus 2016 en vervolgens maandelijks, tot en met december 2018;
3. in de proceskosten en in de nakosten.

3.2. Aan haar vordering legt Unibail-Rodamco ten grondslag dat Maxeda op grond van artikel 9 van de huurovereenkomst hoofdelijk medeschuldenaar is geworden voor alle verplichtingen die voor V&D voortvloeien uit de huurovereenkomst, zelfs nadat V&D in staat van faillissement is verklaard. Nu V&D als gevolg van haar faillissement haar verplichtingen uit de overeenkomst niet meer zal nakomen, kan Unibail-Rodamco Maxeda tot nakoming aanspreken, waarbij zij haar vordering in deze kort gedingprocedure beperkt tot de verplichting tot betaling van de (achterstallige) huurpenningen.
3.3. Ter onderbouwing van haar vordering voert Unibail-Rodamco het volgende aan. Dat Maxeda hoofdelijk medeschuldenaar is in de zin van artikel 6:6 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) staat volgens Unibail-Rodamco niet alleen letterlijk in artikel 9 van de huurovereenkomst, maar volgt ook uit de aard van de overeenkomst. Uit meerdere artikelen kan direct dan wel indirect worden afgeleid dat Maxeda dezelfde positie vertegenwoordigt als V&D. Zo bepaalt artikel 5 van de huurovereenkomst dat onderhuur is toegestaan aan dochtermaatschappijen van Maxeda. Daarnaast gaan zowel artikel 5 als artikel 9 in op de situatie dat V&D niet langer partij is bij de huurovereenkomst en niet langer verplichtingen onder die overeenkomst heeft, maar waarin de huurovereenkomst wel doorloopt en die verplichtingen nog wel tegen Maxeda te gelde kunnen worden gemaakt. Uit de bijlage bij de huurovereenkomst blijkt voorts dat in het geval financieel voordeel wordt behaald uit een eventuele herontwikkeling van het gehuurde, Maxeda begunstigde is van het financiële voordeel daarvan.
3.3.1. Artikel 9 is in de huurovereenkomst opgenomen om zeker te stellen dat de huurovereenkomst de gehele huurperiode zou worden nagekomen, ook indien V&D zou failleren. De opzegging door de curator heeft gelet op het bepaalde in artikel 9 dan ook niet tot gevolg dat de huurovereenkomst ten einde is gekomen, omdat Maxeda zich als hoofdelijk medeschuldenaar heeft verbonden om alle verplichtingen uit de overeenkomst na te komen.
3.3.2. Voor zover Maxeda zich op het standpunt stelt dat artikel 9 van de huurovereenkomst kwalificeert als borgtocht, voert Unibail-Rodamco aan dat uit het geheel van de overeenkomst volgt dat dit niet juist is. Deze is doorspekt met bepalingen die verwijzen naar Maxeda, die zelfstandige rechten voor Maxeda creëren en op grond waarvan Maxeda in de rechten van V&D kon treden. Van een afhankelijk verbintenis zoals bij borgtocht is daarom geen sprake. Ook van het subsidiaire karakter van borgtocht is geen sprake, nu niet uit de tekst, niet uit de bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst en ook niet uit de aard van de overeenkomst volgt dat Maxeda alleen als achtervang fungeerde.
3.4. Maxeda voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vordering met veroordeling van Unibail-Rodamco in de proceskosten, te vermeerderen met wettelijke rente. Zij voert daartoe het volgende aan. Artikel 9 van de huurovereenkomst kwalificeert als borgtocht. De betalingsverplichting van Maxeda strekt niet verder dan die van V&D als hoofdschuldenaar bij de overeenkomst, zodat Unibail-Rodamco Maxeda enkel kan aanspreken tot betaling van de huur over de periode dat de huurovereenkomst heeft voortgeduurd en waarvoor V&D niet aan haar betalingsverplichting heeft voldaan. De curator heeft de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw opgezegd tegen 1 mei 2016, zodat op Maxeda slechts een betalingsverplichting rust over de periode tot 1 mei 2016. Zij betwist daarom niet dat zij gehouden is de huurtermijnen in de periode van januari tot 1 mei 2016, bedragende € 710.839,24, aan Unibail-Rodamco te voldoen. Voor het overige rust op haar geen betalingsverplichting.
3.4.1. Dat artikel 9 van de huurovereenkomst als borgtocht kwalificeert, volgt uit de omstandigheid dat V&D als huurder van het pand als hoofdschuldenaar moet worden aangemerkt, terwijl de contractuele hoofdelijkheid van Maxeda enkel als zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de hoofdschuldenaar diende. Dit is Unibail-Rodamco ook kenbaar geweest bij het sluiten van de overeenkomst. Ook de overige bepalingen in de overeenkomst bevestigen dit. Zo volgt uit het slot van artikel 5 dat in het geval V&D niet langer huurder is, Maxeda – anders dan Unibail-Rodamco stelt – juist niet in de rechten van V&D kon treden. In dat geval komen alle onderhuurbepalingen te vervallen.
3.4.2. Voor V&D vloeien er na 1 mei 2016 geen verplichtingen uit de huurovereenkomst voort, zodat Unibail-Rodamco Maxeda daartoe ook niet kan aanspreken. In dat verband voert Maxeda aan dat partijen in de overeenkomst geen contractuele verplichting tot het vergoeden van leegstandschade zijn overeengekomen, net zo min als een stan-

daard ROZ garantiebepaling of een andere garantie die leegstandschade beoogt te vergoeden. Van een zelfstandige betalingsverplichting van Maxeda is geen sprake, nu de tekst van artikel 9 van de huurovereenkomst geen blijk geeft van een dergelijke intentie. Ten slotte wijst Maxeda nog op het gevolg van de uitleg van de bepaling die Unibail-Rodamco voor staat. Deze zou erop neer komen dat indien V&D na één jaar huur niet langer partij bij de overeenkomst zou zijn, Unibail-Rodamco Maxeda had kunnen aanspreken tot betaling van 24 jaar aan huurtermijnen en tot exploitatie van het pand gedurende die periode. Het is uitgesloten dat Maxeda een dergelijke onbillijke verplichting op zich zou hebben genomen bij het sluiten van de overeenkomst, mede in het licht dat – zoals Unibail-Rodamco heeft gesteld – Maxeda juist de sterkere partij zou zijn geweest bij de onderhandelingen voorafgaand aan de totstandkoming van deze overeenkomst.

3.4.3. Maxeda stelt zich ten slotte op het standpunt dat de vordering van Unibail-Rodamco onvoldoende aannemelijk is en dat Unibail-Rodamco geen spoedeisend belang heeft bij haar vordering. Volgens Maxeda is deze zaak bovendien te complex voor behandeling in kort geding. Zij verwijst in dat verband naar de gevorderde stand van de tussen partijen aanhangige bodemprocedure waarin Unibail-Rodamco een provisionele vordering heeft ingesteld die is gericht op de betaling van de huurpenningen.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De gevorderde voorziening strekt tot betaling van een geldsom. Voor toewijzing van een dergelijke vordering is in kort geding slechts plaats, als het bestaan en de omvang van de vordering voldoende aannemelijk zijn en uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening vereist is. Bij de afweging van de belangen van partijen wordt mede betrokken het risico dat niet kan worden terugbetaald, in het geval de veroordeling in kort geding geen stand houdt.

4.2. Unibail-Rodamco heeft een voldoende spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening, omdat de vordering (schadevergoeding in verband met) achterstallige huurtermijnen betreft, waarover Unibail-Rodamco in het kader van haar bedrijfsvoering dient te kunnen beschikken.

4.3. Partijen verschillen van mening over de betekenis die Unibail-Rodamco mag toekennen aan de ten gunste van haar in de overeenkomst opgenomen bepaling (hierna: de bepaling) die luidt:

"ARTIKEL 9: CONCERNGARANTIE

Door mede-ondertekening van deze huurovereenkomst verklaart Vendex International N.V. zich naast huurder tot *hoofdelijk medeschuldenaar* voor *alle verplichtingen voor de huurder voortvloeiende uit de onderhavige huurovereenkomst, zelfs nadat huurder* na surséance van betaling of faillissement *ophoudt partij bij deze huurovereenkomst te zijn.*"

4.4. Maxeda betwist niet dat zij op grond van de bepaling gehouden is tot betaling van de huurtermijnen tot het moment van de opzegging van de huurovereenkomst door de curator. De vordering tot betaling van de huurtermijnen over de periode van 1 januari tot 1 mei 2016, in totaal € 710.839,24, zal daarom worden toegewezen.

4.5. Met betrekking tot de gevorderde huurtermijnen na 1 mei 2016 voert Maxeda kort samengevat het verweer dat de huurovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd door de opzegging door de curator, waardoor de verplichtingen van V&D uit de huurovereenkomst zijn komen te vervallen en Maxeda niet voor deze verplichtingen kan worden aangesproken.

4.6. In het kader van dit kort geding moet daarom worden beoordeeld of aan de bepaling de betekenis toekomt dat ook na 1 mei 2016 voor V&D verplichtingen uit de huurovereenkomst voortvloeien waarvoor Maxeda als hoofdelijk medeschuldenaar aansprakelijk is.

4.7. De vraag wat de bedoeling van partijen is geweest met betrekking tot de bepaling moet worden beantwoord met inachtneming van de Haviltex-maatstaf. Daarmee komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan groot gewicht, zij het niet beslissende betekenis, toekomen aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen. Van belang is daarbij voorts de aard en inhoud van de overeenkomst, de omvang en gedetailleerdheid van het contract en de wijze van totstandkoming (vgl. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 («JOR» 2013/198, m.nt. Bakker (*Lundiform/Mexx*); *red.*) en HR 7

februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:260 («JOR» 2014/92, m.nt. Bakker (*Afvalzorg/Slotereind*); *red.*)).

4.8. Het betreft een zakelijke overeenkomst die is gesloten door professioneel opererende partijen. Dat maakt dat in beginsel groot gewicht toekomt aan de bewoordingen van de bepaling, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de huurovereenkomst.

4.9. In de tekst staat dat Vendex zich naast V&D tot hoofdelijk medeschuldenaar voor alle verplichtingen van V&D voortvloeiende uit de huurovereenkomst verklaart, zelfs nadat V&D na faillissement ophoudt partij bij de overeenkomst te zijn. Aan deze bewoordingen verbindt Unibail-Rodamco de conclusie dat Maxeda als rechtsopvolger van Vendex, nu V&D geen partij meer is bij de huurovereenkomst jegens Unibail-Rodamco schuldenaar is geworden en op die grond tot nakoming van de huurovereenkomst gehouden is. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan op voorhand niet worden geoordeeld dat de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis leidt tot de uitleg die Unibail-Rodamco bepleit, ook niet als de bepaling wordt gelezen in samenhang met de overige bepalingen uit de overeenkomst. Daarvoor is het volgende redengevend.

4.10. In de overeenkomst is Maxeda niet als partij aangeduid, ook bij de ondertekening is zij niet als partij genoemd. Daar staat uitdrukkelijk vermeld dat Maxeda tekent voor de concerngarantie van artikel 9. Daarnaast staat boven artikel 9 en aan het slot van de overeenkomst dat de bepaling een concerngarantie betreft, hetgeen – ongeacht de kwalificatie die daaraan moet worden gegeven – erop wijst dat partijen niet hebben beoogd om Maxeda een volwaardige partij bij de overeenkomst te laten zijn. In dit verband acht de voorzieningenrechter relevant dat Maxeda niet betrokken is geweest bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst waarmee een tijdelijke verlaagde huurprijs is overeengekomen en zij ook niet betrokken is geweest bij het bindend advies dat Unibail-Rodamco en V&D hebben gevraagd over de huurprijs. Indien het daadwerkelijk de bedoeling van partijen zou zijn geweest dat Maxeda dezelfde rechten en verplichtingen onder de huurovereenkomst zou hebben als V&D, dan zou Maxeda bij de vaststellingsovereenkomst en bij het bindend advies betrokken moeten zijn geweest. De omstandigheid dat bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst zodanig grote spoed vereist was maakt dat niet anders. Ten slotte biedt artikel 5 van de huurovereenkomst ook geen aanknopingspunt voor de door Unibail-Rodamco voorgestane uitleg. Weliswaar biedt het artikel V&D de ruimte om (onderdelen van) het gehuurde aan dochtervennootschappen van Maxeda onder te verhuren, maar de formulering van het slot van artikel 5 bepaalt nu juist dat deze onderhuurbepalingen niet langer gelden zodra V&D niet langer partij is bij de huurovereenkomst. Dat leidt er naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter toe dat vanaf het moment dat V&D niet langer huurder is, (dochtervennootschappen van) Maxeda niet langer huurrechten aan de huurovereenkomst (kan/) kunnen ontlenen. Dat partijen zou hebben bedoeld dat Maxeda zelfstandig partij bij de huurovereenkomst zou zijn en daaraan dezelfde rechten als V&D zou kunnen ontlenen, acht de voorzieningenrechter gelet op het voorgaande voorshands onvoldoende aannemelijk.

4.11. Uit de bewoordingen van artikel 9 volgt dat Maxeda hoofdelijk medeschuldenaar wordt voor alle verplichtingen die voor de huurder – dus V&D – uit de overeenkomst voortvloeien zelfs nadat huurder na surséance van betaling of faillissement ophoudt partij bij deze huurovereenkomst te zijn. Of de betaling van de huurpenningen vanaf 1 mei 2016 tot het einde van de huurovereenkomst op 31 december 2018 onder die verplichtingen valt, zoals Unibail-Rodamco stelt, kan niet uit de letterlijke bewoordingen van de tekst worden afgeleid. Daarvoor zijn de bewoordingen van de bepaling niet voldoende duidelijk en gedetailleerd. De woorden "alle verplichtingen voor de huurder voortvloeiende uit de onderhavige huurovereenkomst" en "ophoudt partij bij deze overeenkomst te zijn" zijn tegenstrijdig. Immers, de verplichtingen van de huurder uit een huurovereenkomst eindigen, zodra de huurovereenkomst rechtsgeldig wordt opgezegd. In dat kader is van belang dat de curator de huurovereenkomst met een beroep op artikel 39 Fw rechtsgeldig tegen 1 mei 2016 heeft opgezegd, waardoor V&D niet tot betaling van de huurtermijnen tot het einde van de huurovereenkomst op 31 december 2018 verplicht is.

4.12. De opzegging door de curator hoeft echter te betekenen dat Maxeda geen verplichtingen uit de huurovereenkomst jegens Unibail-Rodamco kan hebben. In zijn arrest van 15 november 2013 (ECLI:NL:HR:2013:1244 («JOR» 2014/27, m.nt. JJvH onder «JOR» 2014/28 (*Romania Beheer*);

red.)) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien een derde de nakoming van een schadevergoedingsverplichting vanwege een voortijdig einde van de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement van de huurder heeft gegarandeerd, het faillissement van de huurder en de opzegging van de huurovereenkomst met een beroep op artikel 39 Fw geen verandering brengen in de verplichtingen uit die garantie, tenzij anders is bedongen.
4.13. Unibail-Rodamco heeft echter niet gesteld en evenmin is gebleken dat partijen bij de huurovereenkomst een schadevergoedingsverplichting voor V&D vanwege het voortijdig eindigen van de huurovereenkomst zijn overeengekomen. In de huurovereenkomst is een dergelijk beding niet opgenomen. De voorzieningenrechter acht het daarom voorshands onvoldoende aannemelijk dat de bodemrechter zal oordelen dat op V&D de verplichting rust om de huurtermijnen tot 31 december 2018 te betalen.
4.14. De bewoordingen "zelfs nadat huurder na surséance van betaling of faillissement ophoudt partij bij deze overeenkomst te zijn" wijzen erop dat partijen een voorziening hebben willen treffen voor het geval V&D in staat van faillissement zou worden verklaard. Op grond van enkel de taalkundige betekenis van deze bewoordingen kan echter niet worden vastgesteld of Maxeda een eigen zelfstandige verplichting tot betaling van de huur op zich heeft genomen die voortduurt bij het einde van de huurovereenkomst, danwel zich heeft verplicht om als eigen schuld aan Unibail-Rodamco de schade te vergoeden die zij lijdt als gevolg van het voortijdig eindigen van de huur in verband met het faillissement van V&D. Met betrekking tot de totstandkomingsgeschiedenis van de overeenkomst hebben partijen weinig concreets gesteld. Partijen kunnen niet met zekerheid zeggen door welke partij de tekst van de huurovereenkomst is opgesteld. Of partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst waren voorzien van rechtskundige bijstand is niet bekend. Evenmin is bekend of partijen uitvoerig hebben onderhandeld over de bepaling. Daarnaast is niet bekend of over de bepaling nader is onderhandeld in het kader van de herstructureringen van V&D. Er zijn dus geen aanknopingspunten voor wat partijen over en weer hebben verklaard en van elkaar hebben mogen begrijpen. Daarbij komt dat dit kort geding zich niet leent voor een uitgebreid onderzoek naar de feiten.
4.15. De voorzieningenrechter stelt vast dat het antwoord op de vraag of aan de bepaling de betekenis toekomt dat ook na 1 mei 2016 voor V&D verplichtingen uit de huurovereenkomst voortvloeien waarvoor Maxeda als hoofdelijk medeschuldenaar aansprakelijk is, niet evident is. Daarmee is het bestaan en de omvang van de vordering niet voldoende aannemelijk om te worden toegewezen in kort geding. Dit leidt tot de conclusie dat de vordering van Unibail-Rodamco tot betaling van de huurpenningen na 1 mei 2016 moet worden afgewezen.
4.16. Aangezien elk van partijen als op enig punt in het ongelijk gesteld is te beschouwen, zullen de proceskosten worden gecompenseerd op de hierna te vermelden wijze.

5. De beslissing
De voorzieningenrechter
5.1. veroordeelt Maxeda om binnen acht dagen na heden aan Unibail-Rodamco te betalen een bedrag van € 710.839,24,
5.2. compenseert de kosten van deze procedure tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,
5.3. verklaart dit vonnis tot zo ver uitvoerbaar bij voorraad,
5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. *Inleiding*. Mede vanwege recente faillissementen van grote retailers (McGregor, V&D, MS Mode, USG etc.) blijft voortijdige opzegging van huurovereenkomsten een hot topic. In deze uitspraak moet de voorzieningenrechter oordelen of Maxeda DIY Group BV ("Maxeda") aansprakelijk is voor verplichtingen onder een garantie die zij had afgegeven in verband met een huurovereenkomst tussen voormalige dochtervennootschap V&D Nederland BV ("V&D") en verhuurder Unibail-Rodamco Nederland Winkels BV ("Unibail"). Deze uitspraak is interessant omdat de voorzieningenrechter aan de hand van de Haviltex-maatstaf toetst of uit de garantie na beëindiging van de huurovereenkomst door de curator ex art. 39 Fw nog verplichtingen voor Maxeda voortvloeien. Daarbij blijkt mede van belang of partijen hebben beoogd Maxeda zelfstandig partij bij de huurovereenkomst te laten zijn. Dit kort geding loopt vooruit op de bodem-

procedure die gedurende het kort geding al aanhangig was. De voorzieningenrechter oordeelt dat de vordering van Unibail onvoldoende aannemelijk is om toe te kunnen wijzen in kort geding.

2. *Feiten.* De rechtsvoorgangster van Unibail sluit met V&D een huurovereenkomst met een looptijd van 1 januari 1994 tot 31 december 2018. In de huurovereenkomst verstrekt Vendex International BV, de rechtsvoorganger van Maxeda, een "concerngarantie" waarin zij zich naast V&D tot hoofdelijk medeschuldenaar verklaart voor "[...] *alle verplichtingen voor de huurder voortvloeiende uit de onderhavige huurovereenkomst, zelfs nadat huurder na* [...] *faillissement ophoudt partij bij deze huurovereenkomst te zijn*." Vendex ondertekent de huurovereenkomst alleen ten behoeve van de concerngarantie. In de aanloop naar het faillissement van V&D stelt Unibail zich op het standpunt dat Maxeda – inmiddels al jaren geen groepsvennootschap van V&D meer – als hoofdelijk medeschuldenaar verplicht is de huurovereenkomst integraal na te komen. Maxeda stelt echter dat de concerngarantie kwalificeert als overeenkomst van borgtocht. V&D wordt 31 december 2015 failliet verklaard en de curator beëindigt ex art. 39 Fw de huurovereenkomst tegen 1 mei 2016. Unibail sommeert Maxeda de huurovereenkomst in volle omvang na te komen. Vervolgens legt Unibail beslag ten laste van Maxeda tot zekerheid van betaling en dagvaardt haar in de hoofdzaak.

3. *Voorzieningenrechter – medeschuldenaarschap.* In kort geding vordert Unibail van Maxeda alvast betaling van de volledige betalingsachterstand van V&D van circa € 1.250.000, de toekomstige opeisbare huurtermijnen van circa € 178.000 per maand vanaf augustus 2016 tot aan 31 december 2018 en proces- en nakosten. De voorzieningenrechter acht spoedeisend belang aangetoond en beoordeelt vervolgens of Maxeda op basis van de concerngarantie aansprakelijk is voor huurverplichtingen na 1 mei 2016. Ter beantwoording van die vraag hanteert zij de Haviltex-maatstaf. Nu de rechter de huurovereenkomst kwalificeert als "zakelijke" (lees: commerciële) overeenkomst die gesloten is door professioneel opererende partijen, komt in beginsel groot gewicht toe aan de bewoordingen van de bepaling, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de huurovereenkomst. Om de volgende redenen acht de rechter onvoldoende aannemelijk dat partijen bedoeld hebben Maxeda zelfstandig partij bij de huurovereenkomst te laten zijn: i) de rechtsvoorganger van Maxeda is in de huurovereenkomst niet als partij aangeduid en heeft de huurovereenkomst alleen ondertekend ten behoeve van de concerngarantie en ii) de bepaling wordt expliciet concerngarantie genoemd waaruit volgt dat partijen niet hebben beoogd Maxeda volwaardig partij te laten zijn. Ook acht de voorzieningenrechter in dat verband nog relevant dat: iii) Maxeda niet betrokken is geweest bij een vaststellingsovereenkomst waarbij een tijdelijke huurverlaging met V&D is overeengekomen of betrokken is geweest bij een bindend adviesprocedure ter zake de huurprijs, en iv) op grond van art. 5 van de huurovereenkomst onderhuur aan dochtervennootschappen van Maxeda juist niet meer is toegestaan als V&D geen partij meer is bij de huurovereenkomst.

4. *Voorzieningenrechter – verplichtingen na einde huurovereenkomst.* Uit de letterlijke bewoordingen van de concerngarantie kan volgens de voorzieningenrechter ook niet worden afgeleid dat de huurder aansprakelijk is voor toekomstig verschuldigde huurtermijnen na de opzegtermijn. De huurovereenkomst is geldig door de curator opgezegd zodat geen verplichtingen voor V&D meer bestaan, dus ook niet voor Maxeda. Met verwijzing naar HR 15 november 2013, «JOR» 2014/27, m.nt. JJvH onder «JOR» 2014/28 (*Nieuwburen/Romania Beheer*) merkt de rechter – wellicht ten overvloede – op dat het voorgaande anders zou kunnen zijn indien Maxeda zich verplicht zou hebben de leegstandschade te vergoeden, ook al wordt leegstandschade in dit kort geding niet gevorderd door Unibail. Een dergelijk schadevergoedingsbeding lijkt, anders dan in Romania Beheer, echter niet overeengekomen. Het bestaan en de omvang van de vordering is derhalve niet voldoende aannemelijk om te kunnen worden toegewezen in kort geding. Maxeda betwist overigens niet dat zij verplicht is tot betaling van de huurtermijnen tot het moment van opzegging door de curator, door de rechter begroot op circa € 711.000, voor welk bedrag de vordering dus wel wordt toegewezen.

5. *Uitleg concerngarantie.* De voorzieningenrechter hanteert voor de uitleg van de "concerngarantie" de Haviltex-formule en verwijst daarvoor

onder meer naar het arrest HR 5 april 2013, «JOR» 2013/198, m.nt. Bakker (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.2-3.4.4. Het probleem in deze zaak is echter dat partijen (in kort geding) *niet* hebben kunnen achterhalen wat ooit de bedoeling van partijen is geweest. Verwonderlijk is dat niet. De huurovereenkomst is ruim 22 jaar geleden gesloten en de vraag is of de administratie uit die tijd nog beschikbaar is om de partijbedoeling te achterhalen. In gevallen echter waarin i) een partijbedoeling niet meer kan worden achterhaald en ii) professionele partijen de overeenkomst ooit hebben opgesteld, dient mijns inziens de grammaticale uitleg van doorslaggevende betekenis te zijn, tenzij daarvoor tegenbewijs wordt geleverd (zie ook HR 19 januari 2007, «JOR» 2007/166, m.nt. Tjittes (*Meyer/PontMeyer*), r.o. 3.4.3). In het verlengde van de grammaticale uitleg of deze garantie leidt tot zelfstandige verplichtingen voor Maxeda, ben ik van mening dat voor het meewegen van overige feiten en omstandigheden na totstandkoming van de huurovereenkomst – lees: in aanloop naar het geschil – geen ruimte bestaat. Partijen kunnen immers door hun gedragingen aansturen op een voor hen wenselijke uitkomst van de uitleg van de garantie.

6. *Zelfstandige contractspartij.* Unibail heeft begrijpelijkerwijs betoogd dat Maxeda moet worden beschouwd als (hoofdelijk verbonden) medehuurder. In dat geval zou immers sprake zijn geweest van een driepartijenovereenkomst die niettegenstaande de opzegging door de curator ten behoeve van V&D gewoon zou doorlopen tussen Unibail en Maxeda. Unibail zou Maxeda in dat geval kunnen blijven aanspreken tot nakoming van alle verplichtingen onder de huurovereenkomst, inclusief toekomstige huurtermijnen. Deze uitleg achtte de voorzieningenrechter echter onvoldoende aannemelijk, mede gelet op de hiervoor onder 3 vermelde omstandigheden. Maxeda is weliswaar hoofdelijk medeschuldenaar, maar de rechter beoordeelde of de garantie ertoe leidde dat sprake is van een driepartijenovereenkomst. Daarbij is mijns inziens van belang of Unibail ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst wist dat Maxeda slechts zekerheid wilde stellen, bijvoorbeeld omdat alleen V&D daadwerkelijk gebruik zou maken van het gehuurde. Als een verhuurder zich na faillissement van een huurder voor de toekomstige huurtermijnen wil kunnen verhalen op een hoofdelijk verbonden partij, dan is dus noodzakelijk dat die partij ook daadwerkelijk kwalificeert als medehuurder en niet louter als een zekerheidsverschaffer. Voor woninghuur geldt in zo'n situatie dat de medehuurder van rechtswege hoofdelijk verbonden is, ook al is dat niet expliciet overeengekomen (HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/184, m.nt. Stein, r.o. 3.2). In de lagere rechtspraak en in de literatuur wordt aangenomen dat deze regel ook geldt bij medehuur van bedrijfsruimtes.

7. *Leegstandschade.* Nu de huurovereenkomst tegen 1 mei 2016 door de curator is beëindigd, vervalt daarmee – na betaling van het reeds door Maxeda erkende openstaande bedrag – tevens de borgtocht. Unibail is dus niet gedekt voor misgelopen huurtermijnen. Dat is anders indien de concerngarantie of huurovereenkomst voorziet in een schadevergoedingsverplichting jegens Unibail voor leegstandschade ontstaan na de opzegtermijn (Nieuwburen/Romania Beheer, r.o. 3.3.3). Dan had Unibail – bij kwalificatie van de concerngarantie als borgtocht – wel een vordering op Maxeda. De regresvordering die daaruit na betaling voortvloeit, heeft echter geen effect jegens de boedel (Nieuwburen/Romania Beheer, r.o. 3.3.4). Het is de vraag of de uitkomst in deze zaak billijk is. Uit de formulering van de garantie volgt dat partijen wel "iets" hebben willen regelen in geval van faillissement van V&D. De rechter stelt in dat kader mijns inziens echter terecht dat onduidelijk is welke rechtsgevolgen partijen daaraan hebben willen verbinden en dat de vordering daarom niet kan worden toegewezen. Na betaling van de door Maxeda onbetwiste huurachterstand gaat de vordering van verhuurder bij wijze van subrogatie over op Maxeda, welke vordering kwalificeert als boedelvordering ex art. 39 Fw (zie HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.1). Ook indien Maxeda in de bodemprocedure wel wordt veroordeeld tot nakoming van de toekomstige huurverplichtingen, is maar de vraag of zij deze schade uiteindelijk zal dragen. Maxeda maakt al jaren geen deel meer uit van het V&D-concern. Het is derhalve aannemelijk dat een dergelijke "restaansprakelijkheid" destijds is verdisconteerd in de

transactiedocumentatie inzake de verkoop door Maxeda van V&D aan de huidige (groot)aandeelhouder Sun Capital.

C. Dullaart,
advocaat bij Labré Advocaten te Amsterdam

13

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
19 juli 2016, zaaknr. 200.161.263/01,
ECLI:NL:GHSHE:2016:3097
(mr. Fikkers, mr. Vriezen, mr. Beurskens)

Borgtochtovereenkomst. Bestuurdersaansprakelijkheid. Onvoldoende feiten voor aanname borgstelling door bestuurder van rechtspersoon met betrekking tot betaling van facturen advocatenkantoor en persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder voor niet-betaling van deze facturen.

[BW art. 6:162, 7:850, 7:851 lid 2]

Appellante heeft geen concreet moment genoemd waarop tussen partijen mondeling wilsovereenstemming zou zijn bereikt over een borgstelling door geïntimeerde met betrekking tot de verbintenis van BBM tot betaling van het bedrag van € 34.548,56, voortvloeiend uit de facturen in de periode van 23 september 2011 tot en met 22 mei 2012. Appellante stelt immers dat de mondelinge overeenkomst reeds in de jaren negentig is gesloten en dat het exacte moment door haar niet gegeven kan worden. Aldus lijkt appellante te betogen dat geïntimeerde zich in de jaren negentig ook voor toekomstige verbintenissen van BBM borg heeft gesteld, als bedoeld in art. 7:851 lid 2 BW. Appellante heeft evenwel onvoldoende aangevoerd waaruit kan volgen dat en wanneer geïntimeerde zich (ook) borg heeft gesteld voor de nakoming door BBM van de verbintenis tot betaling van de werkzaamheden van appellante in 2011/2012. Bij dit oordeel wordt het tijdsverloop betrokken tussen de jaren negentig en 2011, het jaar waarin kennelijk de (eerste) werkzaamheden voor BBM zijn verricht waarvan appellante thans betaling vordert. Geïntimeerde is immers in die periode teruggetreden als bestuurder, is als zodanig opgevolgd door een andere bestuurder en is later weer aangetreden als bestuurder van BBM. Gelet hierop had het op de weg van appellante gelegen duidelijk te maken dat en wanneer (wederom) een overeenkomst van borgtocht tussen partijen is gesloten. Voorts betoogt appellante dat geïntimeerde bij herhaling de overeenkomst mondeling heeft bekrachtigd en daaraan ook uitvoering heeft gegeven. Uit de e-mails en verklaringen van geïntimeerde kan evenwel onvoldoende duidelijk worden afgeleid dat geïntimeerde borg wilde staan voor de thans aan de orde zijnde verbintenissen van BBM. Dat geïntimeerde voorts regelmatig vanaf zijn privérekening bedragen namens BBM aan appellante heeft voldaan, wijst, noch op zichzelf, noch in combinatie met de feiten, voldoende dwingend op het bestaan van een overeenkomst van borgtocht. Geïntimeerde heeft immers onweersproken gesteld dat deze betalingen later met BBM verrekend werden. Aldus heeft appellante onvoldoende feiten gesteld die, indien bewezen, kunnen leiden tot de conclusie dat tussen partijen een overeenkomst is gesloten als door appellante aan haar vorderingen ten grondslag gelegd.

Voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon is onder meer vereist dat die bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van zijn handelwijze, waardoor een derde schade lijdt. Dat geïntimeerde steeds, als bestuurder van BBM, betalingstoezeggingen aan appellante heeft gedaan die door het faillissement van Bremi niet konden worden nagekomen, is volstrekt onvoldoende om te concluderen tot de aanwezigheid van een dergelijk verwijt. Appellante stelt voorts dat geïntimeerde wist, althans moest weten dat de, door geïntimeerde toegelaten, handelwijze van BBM tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen jegens appellante niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de schade van appellante. Appellante onderbouwt deze stelling evenwel niet, althans volstrekt onvoldoende, met feiten. Datzelfde geldt voor de stelling van appellante dat geïntimeerde namens BBM verplichtingen jegens appellante is aangegaan, terwijl hij wist, althans moest weten dat dat BBM deze verplichtingen niet zou kunnen nakomen en voor de daardoor door appellante geleden schade geen verhaal zou bieden. Dat geïntimeerde in 2010 aan appellante heeft gemeld dat hij de op dat moment openstaande posten van appellante voor zijn rekening zal nemen, impliceert niet dat hij op dat moment moest weten dat BBM later, namelijk vanaf 2011, jegens appellante aangegane verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Dit geldt te meer nu het faillissement van Bremi, waardoor BBM onweersproken betalingsproblemen kreeg, pas in 2012 is uitgesproken.