

## 15. Rechtbank Rotterdam (kort geding)

18 februari 2013

WR 2013, 61

Miss Etam / Dela Vastgoed

### Samenvatting

*(indeplaatsstelling, bedrijfsoverdracht of verkoop huur?, bestemmingsbepaling)*

Miss Etam verkoopt haar winkel aan River Island, wenst een indeplaatsstelling en start een kort geding tegen de verhuurder. In het kort geding komen de volgende vragen aan bod. Is er sprake van een bedrijfsoverdracht in de zin van artikel 7:307 lid 1 BW of van verkoop van een huurovereenkomst? Staat de bestemmingsbepaling “conform de Miss Etam formule” een beroep op artikel 7:307 BW in de weg? Heeft de huurder een zwaarwichtig belang bij de bedrijfsoverdracht en wiens belang weegt zwaarder, dat van de huurder of van de verhuurder? De voorzieningenrechter veroordeelt de verhuurder om te gehengen en te gedogen dat River Island in het gehuurde een (dames)modewinkel volgens de River Island formule zal exploiteren.

### Voorzieningenrechter

Eiseres:

Miss Etam B.V., gevestigd te Zoetermeer

Advocaat:

mr. H. Ferment

tegen

Gedaagde:

Dela Vastgoed B.V., gevestigd te Eindhoven

Advocaat:

mr. A. de Fouw

(...)

## 2. De Feiten

2.1 Sinds 1 september 2004 huurt Miss Etam, op basis van een tussen haar en (de rechtsvoorganger van) Dela gesloten huurovereenkomst, de thans in eigendom aan Dela toebehorende bedrijfsruimte gelegen aan de Lijnbaan 101-105 te Rotterdam (hierna: de winkel).

2.2 De huurovereenkomst vermeldt onder meer het volgende: “Het gehuurde, bestemming (...)

1.3 Het gehuurde zal door of vanwege huurder uitsluitend worden bestemd om te worden gebruikt als winkelruimte conform artikel 7:290 BW ten behoeve van de verkoop van damesmode en aanverwante artikelen conform de Miss Etam formule.

1.4 Het is de huurder niet toegestaan aan het gehuurde zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van verhuurder een andere bestemming aan het gehuurde te geven dan omschreven in 1.3 (...)

Duur, verlenging en opzegging

3.1 Deze overeenkomst is aangegaan voor de duur van 10 jaar, ingaande op 1 september 2004 en lopende tot en met 31 augustus 2014.

3.2 Na het verstrijken van de in 3.1 genoemde periode wordt deze overeenkomst, behoudens opzegging door de huurder, voortgezet voor 3 maal een optieperiode van 5 jaar; derhalve tot en met 31 augustus 2019, respectievelijk 31 augustus 2024, respectievelijk 31 augustus 2029.

3.3 Beëindiging van deze overeenkomst vindt plaats door opzegging tegen het einde van een huurperiode met inachtneming van een termijn van tenminste één jaar. Opzegging dient te geschieden bij deurwaardersexploot of per aangetekend schrijven.

Huurprijs, omzetbelasting, huurprijsaanpassing, betalingsverplichting, betaalperiode

4.1 De aanvangshuurprijs van het gehuurde bedraagt op jaarbasis € 543.537 (...)

4.5 Onverminderd de mogelijkheden die de wet biedt om een huurprijsaanpassing te realiseren, wordt de huurprijs jaarlijks per 1 september voor het eerst met ingang van 1 september 2005 overeenkomstig 9.1 algemene bepalingen en met inachtneming van 9.2 tot en met 9.6 algemene bepalingen. (...)

Bijzondere bepalingen (...)

11. Roltrappen

11.1 Verhuurder en huurder zijn overeengekomen dat huurder toestemming verkrijgt om de begane grond ruimte en de eerste verdieping door middel van twee te plaatsen roltrappen intern met elkaar te verbinden.

11.2 Verhuurder zal in de kosten van deze roltrappen en de plaatsing daarvan financieel bijdragen door aan de huurder een bedrag te voldoen van € 80.000,- excl. BTW. Voldoen

26. Liesbeth den Engelsman is werkzaam als advocaat bij VHUUR te Amsterdam.

van dit bedrag zal geschieden na ontvangst door verhuurder van een factuur:

11.3 De uitvoeringsplannen zullen vooraf ter goedkeuring aan verhuurder dienen te worden voorgelegd.

11.4 Verhuurder verkrijgt de eigendom van de roltrappen. Het onderhoud en/of vernieuwing c.q. vervanging evenwel van de roltrappen is voor rekening van huurder. (...)"

2.3 De gehuurde winkel is in overleg tussen partijen uitgebreid.

2.4 De algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte vermeldt onder meer het volgende:

"(...)

*Onderhuur/indeplaatsstelling*

8.1 Behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van verhuurder is het huurder niet toegestaan het gehuurde geheel of gedeeltelijk aan derden in huur, onderhuur of gebruik af te staan, dan wel het gehuurde geheel of gedeeltelijk aan derden over te dragen of in te brengen in een personenvennootschap of rechtspersoon. (...)"

2.5 In oktober 2012 heeft Miss Etam een koopovereenkomst gesloten met River Island B.V. (hierna: River Island). De koopovereenkomst vermeldt onder meer het volgende:

"(...) overwegende:

A. Verkoper exploiteert in Nederland onder de naam Miss Etam een groot aantal winkels in de kledingbranche.

B. In het kader van een experiment met schaalvergroting heeft Verkoper in 2004 een aantal te Rotterdam gevestigde winkels samengevoegd tot t een enkele sterk vergrote winkel gevestigd in het bedrijfspand aan de Lijnbaan 101-105 te Rotterdam, in welk bedrijfspand voorheen onder meer filialen van Albert Heijn, Megapool en Halfords gevestigd waren.

C. Na ruim zeven jaar aan de Lijnbaan 101-105 gevestigd te zijn geweest, heeft Verkoper moeten constateren dat de betreffende locatie, onder meer als gevolg van een gewijzigde samenstelling van de passantenstromen ter plaatse, niet langer geschikt is voor het exploiteren van een Miss Etam winkel.

D. Verkoper heeft als gevolg daarvan moeten besluiten de aan de Lijnbaan 101-105 – hierna te noemen 'Het Gehuurde' – gevestigde winkel af te stoten onder verzilvering van de daarvoor sedert 2004 opgebouwde aanzienlijke goodwill, hetzij door het Gehuurde onder liquidatie van de daarin gevestigde winkel tegen vergoeding van de goodwill-waarde te ontruimen ten gunste van een onderneming in een andere branche dan die van Verkoper, hetzij door de betreffende winkel te verkopen en vervolgens over te dragen aan een in deze zelfde branche als Verkoper werkzame onderneming. (...)

K. Koper wenst de in het Gehuurde gedreven winkel van Verkoper daarom over te nemen en voort te zetten, met behoud – voor zover mogelijk – van de daarvoor door Verkoper opgebouwde goodwill en met aanpassing aan haar eigen bedrijfsvoering. (...)

1. Definities

1.1 In de onderhavige overeenkomst hebben de volgende termen de volgende betekenis: (...)

*Bedrijf*: het in het Gehuurde door Verkoper uitgeoefende bedrijf, inclusief Goodwill.

*Gehuurde*: de door Verkoper gehuurde bedrijfsruimte aan de Lijnbaan 101-105 te Rotterdam.

2. Koop en verkoop

2.1 Verkoper verkoopt bij deze aan Koper, gelijk deze van gene koopt, het Bedrijf.

2.2 Ingevolge deze aankoop en verkoop zal Verkoper:

a. op de Overdrachtsdatum, tegen gelijktijdige betaling van de Koopprijs, de Activa aan Koper leveren, evenals eventuele met de Activa verband houdende al dan niet voorwaardelijke vorderingen op derden (zoals uit hoofde van garantieverplichtingen) en eventuele op de Activa betrekking hebbende bescheiden (zoals facturen, voor zover nog aanwezig); (...)

4. werknemers

4.1 Koper realiseert zich dat door de overdracht van het bedrijf alle rechten en verplichtingen die per de Overdrachtsdatum voor Verkopers voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst tussen Verkoper en de Werknemer van rechtswege zullen overgaan op de Koper. (...)

5. Indeplaatsstelling

5.1 Koper realiseert zich dat hij het Gehuurde in verband met de overname van het Bedrijf alleen (definitief) zal mogen betrekken indien Verkoper gemachtigd wordt om Koper in zijn plaats te stellen als huurder van het Gehuurde. (...)

6. Garanties

6.1 Verkoper garandeert:

a. Met betrekking tot het Gehuurde gelden geen andere afspraken met Verhuurder dan blijkend uit de Huurovereenkomst.

b. Jegens Werknemers bestaan geen andere verplichtingen dan vermeld in bijlage 4.

c. Per de Overdrachtsdatum zullen alle tot op dat moment opeisbaar geworden verplichtingen van de Verkoper jegens de Werknemers volledig zijn nagekomen.

d. Per de Overdrachtsdatum zal Koper de Activa in volledig en onbezwaarde eigendom verkrijgen.

Bijlage 1 (...)

*Activa*

Tot het Bedrijf behoren de volgende Activa:

a. de Goodwill;

b. de navolgende inventarisgoederen, voor zover ten tijde van de ondertekening van de Overeenkomst nog in het Gehuurde aanwezig en niet voorafgaand aan de Overdrachtsdatum in het kader van de normale bedrijfsvoering verwijderd of door normale slijtage vergaan: (...)

c. de (resultaten van de) navolgende investeringen, voor zover ten tijde van de ondertekening van de Overeenkomst nog in het Gehuurde aanwezig en niet voorafgaand aan de Overdrachtsdatum in het kader van de normale bedrijfsvoering verwijderd of door normale slijtage vergaan: (...)

d. de rechten en verplichtingen uit hoofde van de Huurovereenkomst met ingang van de Overdrachtsdatum;

e. de op de Overdrachtsdatum in het Gehuurde aanwezige voorraad handelsgoederen;

f. € 1000 (zegge: duizend euro) aan kasgeld (...)

Bijlage 3 (...)

*Koopprijs*

De op de Overdrachtsdatum door Koper aan Verkoper verschuldigde Koopprijs bedraagt € 1.500.000 (zegge: één miljoen vijfhonderdduizend euro). (...)"

### 3. Het geschil

3.1 Miss Etam vordert – samengevat – Dela te bevelen om te gehengen en te gedogen dat River Island in de door Miss Etam van Dela gehuurde bedrijfsruimte een winkel exploiteert totdat onherroepelijk zal zijn beslist op de binnen een maand na het uitspreken van dit vonnis in te stellen vorde-

ring tot het verlenen van een machtiging aan Miss Etam om River Island in haar plaats te stellen als huurder van de onderhavige bedrijfsruimte, met veroordeling van Dela in de proceskosten.

3.2 Dela voert verweer.

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

#### 4. De beoordeling

4.1 Miss Etam stelt dat zij spoedeisend belang heeft bij haar vordering aangezien zij zo spoedig mogelijk de verliesgevende exploitatie van haar winkel wenst te kunnen staken en de oplopende exploitatieverliezen van de winkel te beperken, aangezien anders een groot deel van de beoogde schadebeperking opgesoupeerd wordt door de gedurende de bodemprocedure te lijden verliezen. Dela stelt dat de verliezen, waarvan de omvang niet duidelijk is, niet doorslaggevend zijn nu het een 'flagshipstore' betreft, zodat een zeker verlies wordt goedge maakt door imago-verbetering.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Miss Etam de spoedeisendheid voldoende aannemelijk gemaakt. Dat verliezen worden geleden is aannemelijk, gelet op de exploitatieoverzichten (zie hierna 4.8); ook bij een flagshipstore is een jarenlang serieus verlies, dat naar verwachting zal voortduren, voldoende om niet tot 31 augustus 2014 dan wel tot de uitslag van een bodemprocedure af te hoeven wachten. Het ter zitting door Dela gevoerde verweer dat spoedeisend belang ontbreekt, kan derhalve niet slagen.

4.2 Aan de door haar gevorderde indeplaatsstelling heeft Miss Etam ten grondslag gelegd dat zij de winkel en de huurovereenkomst wil afstoten nu deze inmiddels zwaar verliesgevend is geworden. Tevens wil Miss Etam (een deel van) de door haar verrichte investeringen terugverdienen, hetgeen gerealiseerd kan worden door de koopovereenkomst die Miss Etam met River Island heeft gesloten. Essentieel voor het kunnen effectueren van de gewenste overdracht is dat Miss Etam gemachtigd wordt om River Island in haar plaats te stellen als huurder van de winkel.

4.3 Dela heeft zich tegen de vordering van Miss Etam verweerd en heeft daartoe aangevoerd dat een vordering die in feite neerkomt op een indeplaatsstelling zich niet leent voor behandeling in kort geding tenzij onmiskenbaar duidelijk is dat aan alle voorwaarden is voldaan. Dit is hier niet het geval omdat er geen sprake is van een bedrijfsoverdracht, Miss Etam geen zwaarwichtig belang heeft bij een indeplaatsstelling alsmede dat de belangenafweging van 7:307 BW in het voordeel Dela dient uit te vallen.

4.4 De voorzieningenrechter oordeelt als volgt.

In dit kort geding wordt geen indeplaatsstelling gevraagd (dat kan ook niet) maar slechts een ordemaatregel; daartoe leent het kort geding zich bij uitstek. Dat neemt niet weg dat toewijzing slechts op haar plaats is als in redelijkheid te verwachten valt dat de kantonrechter de vordering tot indeplaatsstelling zal toewijzen.

Ingevolge artikel 7:307 lid 1 BW kan de huurder, indien overdracht door de huurder aan een derde van het in het gehuurde door de huurder zelf of een ander uitgeoefende bedrijf gewenst wordt, vorderen dat hij gemachtigd wordt om die derde als huurder in zijn plaats te stellen. Het tweede lid bepaalt dat de rechter beslist met inachtneming van de omstandigheden van het geval, met dien verstande dat hij de vordering slechts kan toewijzen, indien de huurder of de ander die het bedrijf uitoefent, een zwaarwichtig belang heeft bij de overdracht van het bedrijf en dat hij haar steeds af-

wijst, indien de voorgestelde huurder niet voldoende waarborgen biedt voor een volledige nakoming van de overeenkomst en voor een behoorlijke bedrijfsvoering.

#### Bedrijfsoverdracht

4.5 Als voorwaarde voor de indeplaatsstelling geldt dat sprake moet zijn van een bedrijfsoverdracht. Daarbij is onder meer van belang dat er geen sprake mag zijn een bestemmingswijziging van het gehuurde. In de huurovereenkomst is onder 1.3 bepaald dat het gehuurde door de huurder uitsluitend zal worden bestemd om te worden gebruikt als winkelruimte conform artikel 7:290 BW ten behoeve van de verkoop van damesmode en aanverwante artikelen conform de Miss Etam formule.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat deze bestemmingsbepaling niet in de weg staat aan het invoeren van artikel 7:307 BW en dat onder deze formulering ook de verkoop van damesmode en aanverwante artikelen dienen te vallen die niet conform de Miss Etam formule worden verkocht. De voorzieningenrechter acht deze toevoeging – conform de Miss Etam formule – voorshands, vernietigbaar. Er is kennelijk geen sprake van een goedgekeurde bepaling als bedoeld in artikel 7:291 lid 2 BW, terwijl dit beding voorshands een afwijking ten nadele van de huurder van de wettelijke bepalingen behelst; immers, geen enkel ander bedrijf is bevoegd en in staat om conform de Miss Etam formule haar bedrijf uit te oefenen dan Miss Etam zelf. Een letterlijke uitleg zou de wettelijke bepaling van de indeplaatsstelling illusoir maken.

Weliswaar is de winkelformule van River Island anders dan die van Miss Etam, maar het betreft eveneens de verkoop van damesmode en aanverwante artikelen, (waaronder ook kinder- en mannenmode zijn te rekenen, mits deze een ondergeschikt deel van het assortiment uitmaken) hetgeen op grond van het voorgaande valt binnen de overeengekomen bestemmingsbepaling van artikel 1.3. Daarbij komt dat niet gesteld of gebleken is dat de aanwezigheid van een vestiging van juist de Miss Etam formule als zodanig voor Dela van groot belang is.

4.6 Voorts geldt dat uit de tussen Miss Etam en River Island gesloten koopovereenkomst blijkt dat goodwill, inventarisgoederen, voorraad handelsgoederen en personeel van Miss Etam aan River Island zullen worden overgedragen tegen betaling van de koopprijs van € 1.500.000. Van het over te nemen personeel is een lijst overgelegd van ruim 20, met naam en toenaam genoemde, personeelsleden.

Dela heeft ter zitting in twijfel getrokken dat na de overdracht het personeel van Miss Etam daadwerkelijk in de winkel van River Island zal komen te staan. Zij stelt dat de over te dragen activa voor River Island niet van waarde zijn aangezien Miss Etam een heel andere formule betreft en zich richt op een andere doelgroep.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat er thans onvoldoende reden is om aan te nemen dat het bestaande personeel van Miss Etam niet overgenomen zou worden door River Island. De enkele leeftijd van sommige personeelsleden is daartoe onvoldoende; bovendien is circa de helft van de betrokkenen geboren in 1980 of later, derhalve voorshands jong genoeg voor de formule van River Island. Voorts is evenmin aannemelijk is geworden dat van het winkelpersoneel van River Island wezenlijk andere vaardigheden worden geleverd dan van een verkoopster van Miss Etam. Hoewel best denkbaar is dat River Island na de overdracht van

het bedrijf personeel zal vervangen, staat dit naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet in de weg aan de kwalificatie als bedrijfsovername.

Dat River Island een andere winkelformule hanteert en dat zij (een gedeelte van) de overgenomen activa zoals kleding en inventaris niet zal gaan gebruiken, zoals Dela stelt, acht de voorzieningenrechter ook niet van zodanig gewicht dat daardoor niet van een bedrijfsovername gesproken kan worden. Ter zitting is gesteld dat de voorraden uitverkocht zullen worden en dat een deel van de inventaris vervangen wordt; dat is bij een bedrijfsovername niet ongebruikelijk. Het staat River Island, na eigenares van het bedrijf van Miss Etam te zijn geworden, vrij (de precieze invulling en formule van) dat bedrijf te wijzigen, waarbij de begrenzing ligt in de bestemming die in het huurcontract aan het gehuurde is gegeven te weten (dames)modewinkel. Het staat River Island na overdracht van het bedrijf, als iedere huurder dus ook vrij, de accenten van de overeengekomen bestemde bedrijfsvoering te verleggen. De voorzieningenrechter acht daarbij dan ook niet van belang op welk publiek de kledingwinkel zich precies richt.

Dat River Island de winkel enkel wil betrekken omdat zij op zoek is naar een zogenaamde 'flagshipstore' en de te betalen geldsom van € 1.500.000 dient als vergoeding voor de locatie is naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet voldoende aannemelijk geworden. Aannemelijk is weliswaar dat de locatie de koopsom in gunstige zin heeft beïnvloed, maar dat is niet genoeg voor het oordeel dat in feite het huurrecht is verkocht. Dat er een langdurig huurcontract geldt tegen een relatief lage huur maakt dat niet anders. Zoals ter zitting bleek, gaan alle betrokkenen ervan uit dat bij de eerstkomende gelegenheid een forse huurverhoging in de rede ligt.

4.7 Op grond van het voorgaande is voorzieningenrechter van oordeel dat vooralsnog voldoende aannemelijk is geworden dat er sprake is van een bedrijfsoverdracht in de zin van artikel 7:307 BW.

#### *Zwaarwichtig belang*

4.8 Voorts geldt als voorwaarde voor indeplaatsstelling dat Miss Etam een zwaarwichtig belang moet hebben bij de overdracht van haar bedrijf. Miss Etam heeft aangevoerd dat zij een financieel belang heeft aangezien zij verlost dient te worden van de zwaar verliesgevende winkel en dat zij met de overdracht van het bedrijf een verkoopprijs kan realiseren van € 1.500.000.

Dela betwist dat Miss Etam een zwaarwichtig belang heeft en stelt zich op het standpunt dat Miss Etam een sterke organisatie met voldoende draagkracht is, die één verliesgevend filiaal moet kunnen opvangen. Voorts stelt Dela dat deze winkel door Miss Etam niet slechts werd gehuurd voor het behalen van winst an sich maar tevens ten behoeve van de exposure van het brand 'Miss Etam' waarbij de uitermate gunstige A-locatie dient als marketing tool (de flagshipstore).

Ter onderbouwing van de bedrijfsresultaten heeft Miss Etam een exploitatieoverzicht overgelegd, waaruit vooralsnog genoegzaam is gebleken dat de financiële situatie verslechtert aangezien haar omzet respectievelijk dekkingsbijdrage in de jaren van 2007 tot 2012 gestaag is teruggelopen van 4,1 miljoen tot 2,5 miljoen respectievelijk van € 465.000 tot -(min) € 120.000. In 2011-2012 (gebroken boekjaar) is een verlies voor belasting van € 119.000 geleden. Nu Dela niet

heeft betwist dat deze winkel van Miss Etam verlieslatend is, is de voorzieningenrechter van oordeel dat thans sprake is van een situatie die redelijkerwijs vanuit financieel en bedrijfseconomisch oogpunt ongewenst en op langere termijn niet verantwoord is, zodat daarmee sprake is van een zwaarwegend belang bij de overdracht van het bedrijf. De voorzieningenrechter is voorts van oordeel dat het tot de beleidsvrijheid van Miss Etam behoort om te beslissen dat zij haar bedrijfsvoering van de winkel met onvoldoende perspectief wenst te staken en te verkopen en er niet voor kiest om het verlies van de winkel op de bedrijfsvoering van haar onderneming in het grotere geheel te laten rusten, zelfs niet als die winkel een flagshipstore is.

4.9 Tussen partijen is niet in geschil dat River Island voldoende waarborgen biedt voor een volledige nakoming van de huurovereenkomst en een behoorlijke bedrijfsvoering.

#### *Belangenafweging*

4.10 Nu de voorzieningenrechter thans van oordeel is dat Miss Etam een zwaarwichtig belang heeft bij de gevorderde indeplaatsstelling en tevens is voldaan aan de voorwaarden dat sprake is van een bedrijfsoverdracht en de voldoende waarborgen van River Island vaststaan, dient een belangenafweging plaats te vinden met in achtname van de omstandigheden van het geval.

4.11 Dela voert aan dat haar belang om als verhuurder weer op korte termijn de volledige zeggenschap over de winkel te herkrijgen en een betere huurprijs te realiseren, zwaarder weegt dan het belang van Miss Etam om geldelijk gewin bij de winkel te behalen. Dela stelt dat zij er gerechtvaardigd belang bij heeft om het pand in eigen bezit te krijgen teneinde rechtstreeks zeggenschap te kunnen uitoefenen over zowel het pand als degene die het pand gebruikt.

Dela is eveneens eigenaar van de omliggende panden en wil graag zelf bepalen wie huurder van het pand wordt, aangezien zij bezig is met planvorming voor de omgeving waarbij de onderhavige winkel een belangrijke rol speelt. De voorzieningenrechter is van oordeel dat dit belang van Dela, dat in het geheel niet is onderbouwd of geconcretiseerd (naar tijd en inhoud), niet kan opwegen tegen het vastgestelde zwaarwichtig belang van Miss Etam. Dela heeft nagelaten om de op handen zijnde planvorming en de rol van de onderhavige winkel nader te onderbouwen, zoals in het kader van de belangenafweging op haar weg had gelegen. Daarbij acht de voorzieningenrechter tevens van belang dat de huurovereenkomst in artikel 3 bepaalt dat, behoudens opzegging door de huurder, de huurovereenkomst voortgezet wordt tot 31 augustus 2029. De huurovereenkomst is niet door Dela opzegbaar. Dela wist dus dat zij de zeggenschap over het pand in beginsel geruime tijd kwijt zou zijn. De enkele wens om meer huurinkomsten te genereren, weegt in die situatie niet zwaar.

4.12 Gezien het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat er een gereede kans bestaat dat de rechter in de bodemzaak de gevorderde indeplaatsstelling zal toewijzen, zodat de gevraagde voorlopige voorziening zal worden verleend. Voor zover de bodemrechter anders mocht oordelen, is naar het oordeel van de voorzieningenrechter met het toewijzen van onderhavige vordering geen onomkeerbare situatie ontstaan, in die zin dat genoegzaam is gebleken dat River Island voldoende draagkrachtig is om de kosten van het terugbrengen in de oude staat van de winkel op zich te nemen. Daarbij komt dat Miss Etam en River Island met het

instellen van deze kort geding procedure, naar zij ter zitting hebben verklaard, bewust het risico hebben genomen dat de indeplaatsstelling in de bodemprocedure kan worden teruggedraaid, aangezien het hier een voorlopige voorziening betreft en zich daarnaar dus naar verwachting ook zullen gedragen.

4.13 Dela zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...)

## 5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1 beveelt Dela om, bij wege van voorlopige voorziening, met ingang van 5 dagen na betekening van dit vonnis te gehangen en te gedogen dat River Island in de bedrijfsruimte, Lijnbaan 101-105 te Rotterdam, een (dames)modewinkel volgens de River Island formule zal exploiteren totdat onherroepelijk zal zijn beslist op de binnen een maand na het uitspreken van dit vonnis in te stellen vordering tot het verlenen van een machtiging aan Miss Etam om River Island in haar plaats te stellen als huurder van de betreffende bedrijfsruimte;

5.2 veroordeelt Dela in de kosten van de procedure (...);

5.3 verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

## Commentaar

Miss Etam huurt een grote winkelruimte aan de Lijnbaan te Rotterdam. De huurovereenkomst is ingegaan op 1 september 2004 en aangegaan voor een eerste huurperiode van tien jaar. Na deze eerste huurperiode heeft Miss Etam nog drie optieperiodes van telkens vijf jaar en dus kan de overeenkomst voortduren tot 1 september 2029. Miss Etam exploiteert winkels in dameskleding. In de huurovereenkomst is opgenomen dat het gehuurde moet worden gebruikt:

*“(...) als winkelruimte conform art. 7:290 BW ten behoeve van de verkoop van damesmode en aanverwante artikelen conform de Miss Etam formule.”* Het is een zogenaamde flagshipstore van Miss Etam. De winkel is echter (zwaar) verliesgevend en om die reden besluit Miss Etam de onderneming die zij in het gehuurde exploiteert, te verkopen. River Island toont interesse in deze winkel. River Island exploiteert ook modewinkels maar heeft een veel breder assortiment. Zij verkoopt zowel dames- als heren- en kinderkleding. Tussen Miss Etam en River Island wordt een koopovereenkomst gesloten waarbij de volgende activa door River Island worden overgenomen: goodwill, (bepaalde) inventarisgoederen en investeringen, handelsvoorraden en € 1.000,- kasgeld. Aangezien Miss Etam en River Island deze (ver)koop als overgang van een onderneming kwalificeren, is in de koopovereenkomst bepaald dat het personeel van de winkel van Miss Etam van rechtswege zal overgaan op River Island. De koopsom bedraagt € 1.500.000,-. Miss Etam vraagt aan de verhuurder om aan een indeplaatsstelling mee te werken, maar die weigert dat, waarna Miss Etam een kort geding aanspant.

In het kort geding spelen onder meer de volgende vragen een rol:

1. Staat de overeengekomen contractuele bestemming en in het bijzonder de passage *“conform de Miss Etam formule”* een beroep op art. 7:307 BW (indeplaatsstelling) in de weg?
2. Is sprake van een bedrijfsoverdracht of van verkoop van een huurovereenkomst?
3. Heeft Miss Etam een zwaarwichtig belang bij de bedrijfsoverdracht?

4. Wiens belang weegt zwaarder: dat van de huurder of van de verhuurder?

## 1. Contractuele bestemming

Het komt bij (ver)huur van winkelruimte regelmatig voor dat een zeer beperkte contractuele bestemming in de huurovereenkomst wordt opgenomen. Meestal is die dan gekoppeld aan de formule van de huurder, zo ook in deze kwestie. Miss Etam moest het gehuurde gebruiken als winkelruimte conform de Miss Etam formule. River Island kan het gehuurde natuurlijk niet conform deze formule exploiteren en de vraag was dan ook of deze bestemmingsbepaling een beroep op art. 7:307 BW in de weg stond.

De voorzieningenrechter overweegt<sup>27</sup> dat voor een succesvol beroep op art. 7:307 lid 1 BW<sup>28</sup> in de eerste plaats sprake moet zijn van een bedrijfsoverdracht en dat daarbij van belang is dat er geen sprake mag zijn van een bestemmingswijziging van het gehuurde. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de bestemmingsbepaling (*“conform de Miss Etam formule”*) niet aan het invoeren van art. 7:307 BW in de weg staat en dat onder deze formulering ook de verkoop van damesmode en aanverwante artikelen dienen te vallen die niet conform de Miss Etam formule worden verkocht. De toevoeging *“conform de Miss Etam formule”* is naar het oordeel van de voorzieningenrechter vernietigbaar omdat deze bepaling kennelijk niet ex art. 7:291 lid 2 BW door de rechter is goedgekeurd en de toevoeging ten nadele van de huurder strekt. Met andere woorden: de voorzieningenrechter is van mening dat de bestemming verkoop van damesmode en aanverwante artikelen moet blijven.

Het oordeel van de voorzieningenrechter dat deze bestemmingsbepaling een beroep op art. 7:307 BW niet in de weg staat, acht ik juist. Zoals ook de voorzieningenrechter terecht overweegt, zou een letterlijke uitleg van de betreffende bestemmingsbepaling art. 7:307 BW illusoir maken. Dit strookt mijns inziens ook met de bedoeling van de wetgever. Het recht op indeplaatsstelling is één van de meest fundamentele rechten van een huurder van 290-bedrijfsruimte. Er kan nooit ten nadele van de huurder hiervan worden afgeweken, zelfs niet met goedkeuring van de kantonrechter. Art. 7:291 lid 2 BW sluit immers een voor de huurder nadelige afwijking van art. 7:307 BW uit. De opmerking van de voorzieningenrechter dat er geen rechterlijke goedkeuring was verleend, is op zich juist, maar de opmerking is zinloos, omdat een goedkeuring in dit geval niet had kunnen worden verleend. Los hiervan, is de beslissing op zich mijns inziens juist.

Dit is overigens ook al eens eerder in rechte geoordeeld. Ik verwijs naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden<sup>29</sup> waarin (eveneens) werd geoordeeld dat de bestemmingsbepaling (*“volgens de Albert Heijn formule”*) niet het invoeren van art. 7:307 BW in de weg kan staan, nu van deze wettelijke bepaling contractueel niet mag worden afgeweken. De verhuurder kon, aldus deze

27. Zie r.o. 4.5.

28. Zie voor een uitgebreide bespreking van art. 7:307 BW in dit tijdschrift: M.A.C. van Oijen en A.W. Jongbloed, ‘Indeplaatsstelling’, *TvHB* 2012, nr. 1, p. 4-19.

29. Rb. Leeuwarden (vzr.) 18 december 2007, *LJN* BC0642, r.o. 5.3.

voorzieningenrechter, niet met een beroep op de bestemmingsclausule de indeplaatsstelling verhinderen.<sup>30</sup>

## 2. Bedrijfsoverdracht of verkoop van huurovereenkomst?

Dit is een interessant vraagstuk. Verhuurders stellen zich regelmatig op het standpunt dat van een bedrijfsoverdracht als bedoeld in art. 7:307 lid 1 BW geen sprake is, omdat de koper een andere winkelformule heeft en vooral geïnteresseerd zou zijn in de locatie en niet in het bedrijf. Van voortzetting van een in het gehuurde uitgeoefend bedrijf is in hun visie dan geen sprake. Het enkele feit dat de koper een andere winkelformule en/of inkooporganisatie heeft, doet in beginsel echter geen afbreuk aan de kwalificatie bedrijfsoverdracht. Ik verwijs naar het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch<sup>31</sup> (C1000 werd Jumbo) waarin het hof tot de conclusie kwam dat ondanks de wijzigingen in de verkoopformule en een andere inkooporganisatie er toch sprake was van voortzetting (en overdracht) van hetzelfde bedrijf, te weten een levensmiddelen supermarkt. Aldus ook voorzieningenrechter Rechtbank Leeuwarden<sup>32</sup> (Albert Heijn zou Dekamarkt worden) en de voorzieningenrechter Rechtbank Groningen<sup>33</sup> (Super de Boer werd Lidl) waarin de voorzieningenrechter oordeelde dat het enkele feit dat Lidl een andere winkelformule hanteert, niets afdeed aan het (voorlopig) oordeel dat sprake was van een bedrijfsoverdracht<sup>34</sup>, omdat Lidl ook een supermarkt in het gehuurde zou gaan exploiteren en dat viel binnen de bestemmingsbepaling van de huurovereenkomst. De voorzieningenrechter oordeelde in de onderhavige kwestie dat de winkelformule van River Island weliswaar anders is dan die van Miss Etam, maar dat het eveneens de verkoop van damesmode en aanverwante artikelen betreft en onder 'aanverwante artikelen' zijn, aldus de voorzieningenrechter, ook te rekenen kinder- en mannenmode, mits deze een ondergeschikt deel van het assortiment uitmaken. De activiteiten blijven dan binnen de overeengekomen bestemmingsbepaling.

Uit deze jurisprudentie volgt dat de bestemming in de huurovereenkomst van wezenlijk belang is voor de vraag of sprake is van een bedrijfsoverdracht. Daarbij wordt dan vooral gekeken naar de betreffende branche (damesmode, supermarkt, etc.) en niet naar de formule (Miss Etam, Albert Heijn, etc.). De contractuele bestemming waarbij expliciet verwezen wordt naar de formule van de huurder staat weliswaar een beroep op art. 7:307 BW niet in de weg, maar kan wel een belangrijke rol spelen bij de belangenafweging en zeker als een verhuurder een specifieke branchebeschermingsbepaling met bijvoorbeeld een andere huurder in hetzelfde winkelcentrum is overeengekomen.

Voor de vraag of sprake is van een bedrijfsoverdracht, is het ook van belang om na te gaan welke activa door de betreffende koper zullen worden overgenomen. Uit de koopovereenkomst bleek dat goodwill, inventarisgoederen, voorraad handelsgoederen, kasgeld à € 1.000,-- en personeel zouden worden overgedragen. Dat was voor de voorzieningenrechter voldoende. De verhuurder bepleitte dat River Island in werkelijkheid het personeel van Miss Etam niet zal gaan overnemen (andere leeftijd en andere vaardigheden zouden zijn vereist) en dat de over te dragen activa voor River Island van generlei waarde zouden zijn, omdat zij zich op een andere doelgroep richt. Dit verweer van de verhuurder wordt door de voorzieningenrechter verworpen. Daarbij overweegt de voorzieningenrechter<sup>35</sup> dat de enkele leeftijd van de personeelsleden onvoldoende is om daaruit af te lei-

den dat in werkelijkheid geen personeel zal worden overgenomen. Bovendien was de helft van het personeel wel jong (geboren in 1980 of later). Evenmin was aannemelijk geworden dat er wezenlijk andere vaardigheden van het personeel van River Island zouden worden geëist en zelfs al zou enig personeel door River Island worden vervangen, dan zou dit niet aan de kwalificatie van een bedrijfsvername in de weg staan. Ook het feit dat River Island een andere winkelformule hanteert en dat zij (een gedeelte van) de overgenomen activa zoals kleding en inventaris niet zal gaan gebruiken, acht de voorzieningenrechter niet van zodanig gewicht dat daardoor niet gesproken kan worden van een bedrijfsoverdracht.<sup>36</sup> De voorzieningenrechter voegt daaraan toe: *"Het staat het River Island, na eigenares van het bedrijf van Miss Etam te zijn geworden, vrij (de precieze invulling en formule van) dat bedrijf te wijzigen, waarbij de begrenzing ligt in de bestemming die in het huurcontract aan het gehuurde is gegeven te weten (dames)modewinkel. Het staat River Island na overdracht van het bedrijf als iedere huurder dus ook vrij, de accenten van de overeengekomen bestemde bedrijfsvoering te verleggen. De Voorzieningenrechter acht daarbij dan ook niet van belang op welk publiek de kledingwinkel zich precies richt."*<sup>37</sup> Ook uit deze overweging volgt de bewegingsvrijheid die een huurder binnen de contractuele bestemming heeft.

Min of meer vergelijkbaar waren de overwegingen van het Hof Amsterdamin een kwestie waarbij een meubelzaak werd verkocht (huurkoop).<sup>38</sup> In de huurovereenkomst was opgenomen dat het gehuurde diende te worden gebruikt als detailhandel in meubelen. Het hof overwoog<sup>39</sup> dat aan het oordeel dat een reële bedrijfsoverdracht heeft plaatsgevonden evenmin in de weg staat dat het assortiment meubelen is gewijzigd, omdat de koper zich is blijven bewegen binnen hetzelfde segment van de detailhandel, namelijk de verkoop van meubelen.

In dit verband kunnen ook genoemd worden de uitspraken van de Rechtbank Leeuwarden (kort geding en bodemrechter) in de kwestie Kral Super Photo.<sup>40</sup> De curatoren hadden de tot de boedel behorende activa verkocht aan Intis (een

30. Zie ook: H.J. Moné, 'What's in a place, omschrijving van het gehuurde (art. 1.1) versus bestemmingsomschrijving (art. 1.3) in het ROZ-model winkelruimte 2008', *TvHB* 2010, nr. 3, p. 106 en de door hem genoemde uitspraak Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2010, *LJN* BM0894.

31. Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 1995, *NJ* 1996, 289.

32. Rb. Leeuwarden (vzr.) 18 december 2007, *LJN* BC0642, r.o. 5.4.

33. Rb. Groningen (vzr.) 3 oktober 2007, *LJN* BB4843, r.o. 9.

34. Door Lidl werden overgenomen: de exploitatie, de bouwkundige voorzieningen, de inventaris, de goodwill en de werknemers.

35. Zie r.o. 4.6.

36. Zie r.o. 4.6.

37. Zie r.o. 4.6.

38. Hof Amsterdam 10 januari 2012, *LJN* BV6351. Eerste aanleg is ook gepubliceerd: Ktr. Haarlem, 4 april 2007, *LJN* BA2587. Ook de kantonrechter oordeelde dat sprake was van een bedrijfsoverdracht.

39. Zie r.o. 3.7.

40. Rb. Leeuwarden (vzr.) 23 december 2005, *LJN* AU8515 en Ktr. Leeuwarden, 15 augustus 2006, *LJN* AY6458; *TvHB* 2006, nr. 5, p. 158-164.

100% dochtermaatschappij van KPN). In het gehuurde exploitatie Kral tot datum faillissement een winkel conform haar formule 'Photo & Phone'. De bestemmingsbepaling in de huurovereenkomst vermeldde (onder meer) de verkoop van foto-artikelen. Volgens de verhuurder zou Intis nauwelijks meer foto-artikelen gaan verkopen. Intis was namelijk een bedrijf in de (tele)communicatiebranche en dus betwistte de verhuurder dat sprake was van een bedrijfsoverdracht. De voorzieningenrechter en de bodemrechter verwierpen die stelling van de verhuurder, waarbij onder meer werd overwogen dat de fotobranche sinds 1 april 1995 (de ingangsdatum van de huurovereenkomst) grote veranderingen had doorgemaakt en dat de winkel van Kral ook is gewijzigd in de formule Photo & Phone, waarmee de verhuurder stilzwijgend had ingestemd. De door Intis in het gehuurde geplande multimediawinkel met een aanbod van 'triple play'-diensten op het gebied van televisie, telefonie en internet, paste, aldus de voorzieningenrechter, binnen de contractuele bestemming, met dien verstande dat fotografie daarin een belangrijk element diende te blijven innemen.<sup>41</sup>

Een voorbeeld waarin het voor de huurder misging, was een zaak voor het Hof 's-Gravenhage betreffende Lidl en SWF.<sup>42</sup> Daarin kwam het hof tot de conclusie dat geen sprake was van een bedrijfsoverdracht, omdat in feite te weinig activa werden overgedragen en het gehuurde leeg en bezemschoon aan de koper moest worden opgeleverd.<sup>43</sup> In de zaak voor de voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle<sup>44</sup> werden door de koper (Lidl) van de huurder (Plus) goodwill, bouwkundige voorzieningen, inventaris en het personeel, maar bijvoorbeeld niet de voorraden, overgenomen, waarna Lidl wederom een supermarkt conform haar formule in het gehuurde zou gaan exploiteren. De voorzieningenrechter oordeelde dat hier sprake was van een bedrijfsoverdracht.

Uit deze jurisprudentie volgt dan ook naar mijn mening dat bedrijfsoverdracht als bedoeld in art. 7:307 lid 1 BW niet te beperkt moet worden uitgelegd. Ook als de koper een andere formule of andere inkooporganisatie heeft, of het assortiment wijzigt dan wel zich (deels) richt op een andere doelgroep, kan nog altijd sprake zijn van een bedrijfsoverdracht, mits de bedrijfsactiviteiten maar wel binnen de overeengekomen bestemming en in het bijzonder binnen dezelfde branche, blijven. Deze uitleg strookt ook met de hiervoor genoemde bedoeling van de wetgever.<sup>45</sup>

### 3. Zwaarwichtig belang?

Het volgende vereiste voor een succesvol beroep op art. 7:307 BW is dat de huurder die een indeplaatsstelling wenst ook een zwaarwichtig belang bij de bedrijfsoverdracht moet hebben. Miss Etam had gesteld dat zij een groot financieel belang had bij de bedrijfsoverdracht, omdat het filiaal zwaar verliesgevend was en zij met de verkoop van het bedrijf een koopprijs kon realiseren van € 1.500.000,-. De verhuurder bestreed dit en was van mening dat Miss Etam een sterke organisatie was met voldoende draagkracht, die één verliesgevend filiaal moest kunnen opvangen en bovendien was dit een bijzonder filiaal omdat het een zogenaamd flagshipstore was dat vooral bedoeld was voor de exposure van de Miss Etam formule op een A1-locatie en niet enkel voor het behalen van winst. Miss Etam had voldoende aannemelijk gemaakt dat de omzet van het filiaal gedurende een aantal jaren was teruggelopen en dat het filiaal in het afgelopen boekjaar verlieslatend was. Aldus was naar het oordeel van de voorzieningenrechter sprake van een zwaarwichtig belang bij de bedrijfsoverdracht.<sup>46</sup> Daaraan voegde de voor-

zieningenrechter toe: "(...) dat het tot de beleidsvrijheid van Miss Etam behoort om te beslissen dat zij haar bedrijfsvoering van de winkel met onvoldoende perspectief wenst te staken en te verkopen en er niet voor kiest om het verlies van de winkel op de bedrijfsvoering van haar onderneming in het grotere geheel te laten rusten, zelfs niet als die winkel een flagshipstore is".<sup>47</sup> Dit oordeel acht ik juist. Het al dan niet aanhuren van nieuwe locaties of het afstoten van bestaande locaties moet naar mijn mening tot de beleidsvrijheid van een huurder behoren. Aldus ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden,<sup>48</sup> waarin de rechter overwoog: "Het behoort tot de beleidsvrijheid van Ahold om te beslissen op welke locaties zij een vestiging van Albert Heijn wil exploiteren. De daaraan in het onderhavige geval ten grondslag liggende bedrijfseconomische overwegingen van Ahold zijn aan Ahold voorbehouden en dienen dan ook door WRD [lees: verhuurder] te worden gerespecteerd." Wel kunnen deze besluiten van een huurder weer van invloed zijn op de belangenafweging.

Een zwaarwichtig belang bij een bedrijfsoverdracht, mits deugdelijk onderbouwd, wordt over het algemeen vrij snel aangenomen. Dat kan een financieel belang zijn zoals een hoge koopsom,<sup>49</sup> een verliesgevend bedrijf<sup>50</sup> of ziekte.<sup>51</sup> Tussen partijen was in onderhavige kwestie niet in geschil dat River Island voldoende waarborgen biedt voor een volledige nakoming van de huurovereenkomst en een behoorlijke bedrijfsvoering, zodat in deze kwestie ook aan het derde vereiste van een indeplaatsstelling was voldaan.

### 4. Belangenafweging

Dan resteert nog het vierde vereiste: de belangenafweging. De verhuurder had in dit kader aangegeven dat zij (i) weer de volledige zeggenschap over de winkel wilde herkrigen, (ii) een hogere huurprijs wilde realiseren en (iii) bezig is met

- 
41. Rb. Leeuwarden 23 december 2005, *LJN* AU8515 r.o. 4.3.3.
  42. Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, *LJN* BQ6647; *WR* 2011, 110.
  43. Het hof oordeelde (r.o. 3.5): "Uit het feit dat in verband met een formulewijziging met het koopcontract geen voorraden, geen inventaris en geen leveranciers- en servicecontracten zijn overgedragen, dat het gehuurde leeg en bezemschoon dient te worden opgeleverd en dat – voor zover dit gelet op de wettelijke regeling mogelijk is – de bedrijfsleider en assistent-bedrijfsleiders (de belangrijkste personeelsleden van een filiaal) niet mee overgaan, leidt het Hof af dat geen bedrijf wordt overgedragen, maar in hoofdzaak de huurrechten c.a., waarna door Coop in het gehuurde een nieuw bedrijf wordt gestart."
  44. Rb. Zwolle (vzr.) 26 mei 2011, *LJN* BQ7611; *WR* 2011, 111.
  45. Op grond van art. 7:291 lid 2 BW kan nimmer ten nadele van de huurder art. 7:307 BW worden afgeweken.
  46. Zie r.o. 4.8.
  47. Zie r.o. 4.8.
  48. Rb. Leeuwarden (vzr.) 18 december 2007, *LJN* BC0642, r.o. 5.5.
  49. Zie bv. HR 4 oktober 2002, *NJ* 2002,611 en Ktr. Haarlem, 4 april 2007, *LJN* BA2587.
  50. Zie bv. Rb. Leeuwarden (vzr.) 18 december 2007, *LJN* BC0642 en Rb. Zwolle (vzr.) 26 mei 2011, *LJN* BQ7611; *WR* 2011, 111.
  51. Zie Ktr. Amsterdam 14 september 2011, *WR* 2002, 24.

planvorming voor de omgeving (de verhuurder is ook eigenaar van omliggende objecten). Deze belangen had de verhuurder echter niet voldoende onderbouwd of geconcretiseerd. Daarbij overwoog de voorzieningenrechter dat Miss Etam huuropties heeft tot en met 31 augustus 2029 en dat de verhuurder de huurovereenkomst met andere woorden niet eerder kan opzeggen. Bovendien wist de verhuurder vanwege deze huuropties dat zij de zeggenschap over de winkel gedurende een langere periode kwijt zou zijn en tot slot overweegt de voorzieningenrechter dat de enkele wens om meer huurinkomsten te genereren in deze situatie niet zwaar weegt.<sup>52</sup> Hier komt mijns inziens nog bij dat een verhuurder ook de weg van art. 7:303 BW (huurprijsvaststelling) kan bewandelen. De voorzieningenrechter concludeerde derhalve dat er een gereede kans bestaat dat de bodemrechter de gevorderde indeplaatsstelling zal toewijzen en dus werd de gevraagde voorlopige voorziening tot het gehengen en gedogen van River Island als huurder in kort geding toegewezen. In de beslissing werd overigens nog wel aangegeven dat River Island het gehuurde als (dames)modewinkel volgens de River Island formule zal moeten exploiteren. Deze uitspraak is mijns inziens in lijn met de hiervoor besproken uitspraken van andere rechters.

Mark van Heeren<sup>53</sup>