

# Huurrecht en faillissement

MR. P.C. VEERMAN<sup>1</sup>

In het hierop volgende artikel wordt ingesproken bij de rechten en verplichtingen van de huurder en de verhuurder in het geval van faillissement. Zowel het geval waarin de gefailleerde huurder is als dat waarin deze verhuurder is, wordt besproken.

## Opzegging

Voor alle vormen van verhuur van onroerende zaken (woonruimte, bedrijfsruimte, overige ruimte) vormt art. 39 Faillissementswet een doorbreking van de gangbare regels met betrekking tot de duur en de beëindiging van de huurovereenkomst. Genoemd artikel van de Faillissementswet geldt in het geval dat de huurder failliet is. Is de gefailleerde verhuurder, dan geldt art. 37 Fw.

Art. 39 Fw geeft de curator de gelegenheid de huurovereenkomst op te zeggen tegen een tijdstip waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen. Dat zal doorgaans tegen het einde van de maand zijn. De opzegging geschiedt met inachtneming van de overeengekomen of, bij gebrek aan een contractuele bepaling, de gebruikelijke termijn, met dien verstande dat een termijn van drie maanden in ieder geval voldoende zal zijn. Dit lijdt slechts uitzondering als er voor een langere termijn vooruit huur betaald is.

In verband met dit laatste dient opgemerkt te worden dat vrij algemeen wordt aangenomen dat een waarborgsom of bankgarantie niet hetzelfde is als een vooruitbetaalde huursom. De waarborgsom of bankgarantie dient als zekerheid voor alle verplichtingen van de huurder uit hoofde van de huurovereenkomst. Met name dient deze ook ter dekking van eventuele kosten van ontruiming en herstel voor het geval dat de huurder zelf de verplichtingen uit dien hoofde niet naar behoren is nagekomen. Dit heeft ten eerste als consequentie dat een waarborgsom aan de boedel moet worden terugbetaald, als alle overige verplichtingen uit de huurovereenkomst zijn nagekomen. Een eventueel overschot kan niet dienen om de opzegtermijn te verlengen. Als er een bankgarantie is gesteld voor een bedrag gelijk aan de huur over meer dan drie maanden, zal deze evenmin kunnen worden aangesproken voor de betaling van de huur over een langere opzegtermijn dan de hier bedoelde drie

maanden, eventueel te verlengen in verband met de eis dat de huurovereenkomst dient te worden opgezegd tegen een tijdstip waarop huurovereenkomst naar plaatselijk gebruik eindigt. Ook andere vormen van zekerheid zoals een borgstelling of 403-verklaring brengen niet mee dat kan worden afgeweken van de wettelijke opzeggingsmogelijkheid van art. 39 Fw. Dit heeft zowel te maken met het dwingendrechtelijke karakter van art. 39 Fw als met het feit dat dergelijke zekerheden accessoir zijn aan de hoofdverplichting tot het betalen van huur, waaraan door de opzegging een einde komt.<sup>2</sup>

Aangezien de regeling van art. 39 Fw derogert aan de dwingendrechtelijke bepalingen met betrekking tot de beëindiging van de huur van woonruimte, bedrijfsruimte en overige ruimte en zelf geen uitzondering bevat voor de wijze van opzegging, moet de opzegging in geval van woon- en bedrijfsruimte geschieden bij deurwaardersexploot of aangekend schrijven (art. 7:270 lid 3 BW resp. 7:293 lid 2 BW). Als sprake is van een nietige opzegging - er wordt niet opgezegd tegen een gebruikelijk tijdstip, met inachtneming van de juiste termijn of formaliteiten - vindt ex artikel 3:42 BW conversie plaats (Hof Den Haag 22 november 1995, *NJ* 1997, 238).

Gedurende de afkoelingsperiode ex art. 63a Fw mag worden opgezegd, mits tegen een datum die buiten deze afkoelingsperiode gelegen is (Rb. Den Haag 13 maart 1996, *NJ* 1997, 714).

In geval van een opzegging op grond van art. 39 Fw kan de verhuurder geen aanspraak maken op schadevergoeding wegens de vervroegde beëindiging (HR 28 november 1929, *NJ* 1930, p. 668, nadien gevolgd door lagere rechtspraak). Wel zijn er uitspraken dat gedurende faillissement wel de mogelijkheid van het vorderen van ontbinding en/of schadevergoeding bestaat (Hof Den Haag 7 april 2009, «JOR» 2009/202; Ktr. Rotterdam 7 september 2006, *WR* 2007, 43; Ktr. Utrecht 6 april 2005, «JOR» 2005/135). Vanaf

<sup>1</sup> Met dank aan Myrthe van Dam.

<sup>2</sup> Zie ook Wessels, *Insolventierecht*, II, Deventer: Kluwer 2009, p. 320 e.v.

de faillissementsdatum is de verschuldigde huur boedel-schuld.

### Indeplaatsstelling

Art. 39 Fw staat op gespannen voet met de mogelijkheid van indeplaatsstelling. Voor de curator is een overdracht van onderneming vaak de enige of belangrijkste mogelijkheid om voor schuldeisers enig boedelactief te realiseren. Bij verkoop wordt de goodwill van de onderneming te gelde gemaakt. De aanwezige inventaris, waarvan de opbrengst wegens het bodemvoorrecht van de fiscus vaak ongeacht enig pandrecht van de bank aan de boedel toevalt, brengt bij een going concernverkoop een veelvoud op van de opbrengst bij een gewone liquidatie. De curator heeft er daarom belang bij dat een indeplaatsstelling kan worden gerealiseerd. De mogelijkheid van indeplaatsstelling zou evenwel illusoir zijn, als de verhuurder met een beroep op art. 39 Fw de huurovereenkomst zou kunnen beëindigen.

In de rechtspraak bestaat de tendens om een opzegging op grond van art. 39 Fw en een op grond van die opzegging -doorgaans in kort geding - gevorderde ontruiming in strijd met de redelijkheid en billijkheid te achten als aannemelijk is dat de curator met succes indeplaatsstelling zal vorderen. Een belangrijk element van de afweging is dat er voldoende waarborgen dienen te bestaan dat de voorgestelde nieuwe huurder aan zijn verplichtingen jegens de verhuurder kan voldoen en dat een eventueel bestaande huurachterstand ter gelegenheid van de indeplaatsstelling ongedaan wordt gemaakt.<sup>3</sup>

Een ander aspect dat bij horecaondernemingen een rol speelt, is het recht dat bierbrouwerijen wegens financiering van een horecaonderneming vaak bedingen om bij het einde van de huurovereenkomst zelf een nieuwe huurder aan te wijzen. Een dergelijk recht wordt meestal gegoten in een driepartijenovereenkomst, waarbij ook de verhuurder partij is. Curatoren die de goodwill van de desbetreffende horecaonderneming door overdracht te gelde willen maken, wordt meer dan eens op basis van een dergelijk huurintredingsrecht de voet dwars gezet. De vraag is of een dergelijk beding niet in strijd is met het recht op indeplaatsstelling. Geconstateerd kan worden dat het recht op indeplaatsstelling een belangrijke plaats inneemt binnen de dwingendrechtelijke regels met betrekking tot het bedrijfsruimtehuurrecht. Niet voor niets wordt in art. 7:291 BW een uitzondering gemaakt als het gaat om het recht op indeplaatsstelling. Afwijking van dwingendrechtelijke bepalingen na goedkeuring is nu juist uitgesloten waar het de in art. 7:307 BW opgenomen mogelijkheid van indeplaatsstelling betreft. In lijn hiermee hebben Hof Den Bosch (18 juli 1995, NJ 1996, 289) en Kantonrechter Heerenveen (18 december 2007, WR 2008/35) een bepaling die de bestemming van het gehuurde dusdanig inperkt dat indeplaatsstelling praktisch onmogelijk werd, strijdig geoordeeld met het dwin-

gendrechtelijke karakter van art. 7:307 BW. Opmerkelijk is daarom dat een bepaling waarmee de huurder reeds bij de aanvang van de huurovereenkomst afstand doet van zijn recht op indeplaatsstelling, toelaatbaar wordt geacht (Pres. Rb. Amsterdam 29 november 1994, KG 1994/450).<sup>4</sup>

In de rechtspraak bestaat de tendens om een opzegging op grond van art. 39 Fw en een op grond van die opzegging gevorderde ontruiming in strijd met de redelijkheid en billijkheid te achten als aannemelijk is dat de curator met succes indeplaatsstelling zal vorderen.

### Executie van vonnis tot ontruiming

De vraag is of een reeds ten tijde van het uitspreken van het faillissement gereed liggend vonnis tot ontruiming van het gehuurde na faillissementsdatum nog kan worden uitgevoerd. In beginsel kan dit wel. Art. 26 Fw bepaalt slechts dat vorderingen die strekken tot voldoening van een geldsom en die dateren van vóór faillissementsdatum, alleen door indiening ter verificatie geldend kunnen worden gemaakt.

Wel staat de afkoelingsperiode ex art. 63a Fw in de weg aan ontruiming, aldus de President van de Rechtbank Den Haag in zijn vonnis van 23 november 1994, KG 1994/453. In gelijke zin oordeelde de Voorzieningenrechter Groningen op 24 oktober 2002 (KG 2002/288) dat een vonnis tot ontruiming door het ingaan van een schuldsaneringsregeling misbruik van recht oplevert c.q. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht.

### Verplichting tot ontruiming en herstel

Men kan nog steeds grote vraagtekens zetten bij de bestaande rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de verplichting tot ontruiming van het gehuurde na een opzegging door de curator. Vaste rechtspraak is dat, indien de curator zelf geen middelen voorhanden heeft om de ontruiming van het gehuurde te bewerkstelligen, de verplichting tot vergoeding van de schade die aan de zijde van verhuurder ontstaat doordat deze zelf moet zorgen voor verwijdering van achtergebleven zaken c.q. verontreiniging, een boedelschuld meebrengt (HR 18 juni 2004, NJ 2004, 617). Deze uitspraak is in één lijn met eerdere uitspraken ten aanzien van de verplichting tot affinanciering in het kader van een opzegging door de curator van een arbeidsovereenkomst (Frima q.q./Blankers-van Gennip; HR 12 november 1993, NJ 1994, 229) en de verplichting tot betaling van een desinvesteringvergoeding aan de ontvanger wegens verkoop van activa, waarvoor destijds in het kader van de WIR een subsidie was verleend (HR 28 september 1990, NJ 1991, 305).

<sup>3</sup> Zie voor gepubliceerde uitspraken op dit terrein Ktr. Rotterdam 22 juni 2004, WR 2005/36; Rb. Leeuwarden 23 december 2005, LJN AU8515; Vrzng. Den Haag 6 juli 2009, WR 2009/116.

<sup>4</sup> Zie ook Rb. Groningen 6 juli 2007, LJN BA8948.

De gedachtegang is dat steeds wanneer (mede) door toedoen van de curator een schuld ontstaat, deze als een boedelschuld dient te worden aangemerkt. Ook al bestaat al bij het aangaan van de huurovereenkomst reeds de verplichting van de huurder om het gehuurde bij het einde van de huur in de oorspronkelijke staat op te leveren (art. 7:224 BW), deze verplichting wordt pas onvoorwaardelijk door de opzegging. Daardoor zou de verplichting tot verwijdering van achtergebleven zaken mede door toedoen van de curator ontstaan, steeds wanneer hij de huurovereenkomst opzegt. Mijns inziens terecht bestaat er vanuit de kringen van curatoren en wetenschap de nodige kritiek op deze rechtspraak.

In de Faillissementswet vindt een driedeling plaats tussen verifieerbare pre-faillissementsschulden (art. 26 Fw), niet-verifieerbare post-faillissementsschulden (art. 24 Fw) en boedelschulden. De laatste zijn niet in de Faillissementswet gedefinieerd. We komen de term boedelschuld her en der in de Faillissementswet tegen, onder meer in art. 39 en 40. In de literatuur wordt onder meer onderscheiden tussen boedelschulden die ontstaan uit de wet en boedelschulden die ontstaan door toedoen van de curator. Mijns inziens zouden alle schulden die ontstaan in verband met de vereffening van het actief als boedelschulden dienen te gelden, die met voorrang op de opbrengsten van alle activa verhaald kunnen worden. Zoals bij verdeling van de verkoopopbrengsten bij executoriale verkoop eerst de kosten van executie in mindering worden gebracht op de verkoopopbrengst, zo worden bij faillissement - als algemeen beslag - eerst alle kosten van vereffening in mindering gebracht op de opbrengst, alvorens tot uitkering aan concurrente schuldeisers kan worden overgegaan. Het lijkt ook niet meer dan redelijk dat de verplichtingen die de curator in het kader van de vereffening aangaat, volledig worden nagekomen. Uiteraard is het dan zaak de boedelschulden tot een minimum te beperken.

## Welke rechtszekerheid de Hoge Raad voor ogen heeft als de kwalificatie van de desbetreffende vordering alleen afhangt van de vraag, wie van beiden het eerst door de bocht gaat, blijft voor mij een raadsel.

Vaak is het nuttig of noodzakelijk dat het gehuurde in verband met de vereffening van het actief enige tijd aan de curator ter beschikking blijft. In dat kader is het begrijpelijk dat de huur vanaf de faillissementsdatum als boedelschuld geldt. De wetgever heeft evenwel de periode waarvoor dit geldt willen beperken door te bepalen dat in alle gevallen waarin de huur niet voor een langere periode vooruit is betaald, een opzeggingstermijn van drie maanden voldoende is. In dat licht is toch moeilijk te verteren dat de rechtspraak een nieuwe boedelschuld introduceert door aan te nemen dat de kosten van verwijdering in het geval van een opzegging door de curator als boedelschuld gelden. Dit terwijl de verplichting tot oplevering in de oorspronkelijke

staat reeds volgt uit de huurovereenkomst, zodat daarmee de verplichting om het gehuurde in de oude staat te herstellen reeds bij het aanbrengen van enige verandering aan het gehuurde of het tweebrengen van enige verontreiniging een gegeven is, zonder dat daarvoor een opzegging door de curator vereist is. Een opzegging door de curator of de verhuurder is noodzakelijk om aan het einde van de huurovereenkomst te geraken, maar dat de vraag wie van beiden opzegt bepalend is voor de kwalificatie van de vordering tot ontruiming als pre-faillissementsschuld dan wel boedelschuld, lijkt mij tamelijk willekeurig.

Volgens de Hoge Raad zou de rechtszekerheid bij de afwikkeling van faillissementen zijn gediend met het in de vermelde rechtspraak geformuleerde uitgangspunt. Welke rechtszekerheid de Hoge Raad voor ogen heeft als de kwalificatie van de desbetreffende vordering alleen afhangt van de vraag, wie van beiden het eerst door de bocht gaat, blijft voor mij een raadsel.

Indien men er echter van uitgaat dat in de meeste gevallen de te verwijderen zaken c.q. verontreiniging al op faillissementsdatum in volle omvang aanwezig zijn, staat daarmee de omvang van de schade althans in abstracto wel vast. Het fixatiebeginsel staat er niet aan in de weg dat men aanneemt dat de vordering tot ontruiming reeds op faillissementsdatum bestaat en dus tot de pre-faillissementsschulden gerekend kan worden. Zo zal niemand er aan twijfelen dat een schuld uit een door de failliet vóór faillissementsdatum gepleegde onrechtmatige daad een verifieerbare schuld is, ook al zou de exacte omvang van de schade op faillissementsdatum nog niet bekend zijn. Men zou dan nog een uitzondering kunnen maken voor het geval dat de curator na faillissementsdatum de bedrijfsactiviteiten laat voortzetten en hij niet kan aantonen dat deze niet hebben geleid tot een verhoging van de kosten van verwijdering.

Van een redelijk handelend curator wordt verwacht dat hij de schulden niet onnodig laat oplopen. Hij zal dus uit hoofde van die verplichting zonder onnodig uitstel de huurovereenkomst moeten opzeggen. Tegelijkertijd mag een redelijk handelend curator geen verplichtingen aangaan waarvan hij weet dat de boedel ze niet zal kunnen nakomen. Als er geen middelen in de boedel zijn, mag hij dus geen opdracht geven tot het verwijderen van achtergebleven zaken c.q. verontreiniging of tot herstel van voor rekening van de huurder komende schade. Wat dat betreft gaat een vergelijking met de Beklamel-norm die voor bestuurders geldt, volledig op. Men zou dus zeggen dat van een redelijk handelende en vakbekwame curator mag worden verwacht dat hij de huurovereenkomst opzegt, aangezien de verplichting tot ontruiming c.q. de verplichting tot vergoeding van de kosten van ontruiming blijft bestaan, ongeacht wie de huurovereenkomst opzegt. Stilzitten leidt alleen maar tot het oplopen van de totale schuldenlast. Zeker nu de verplichting tot oplevering in de oorspronkelijke staat toch al uit hoofde van de huurovereenkomst bestaat en hooguit door de opzegging onvoorwaardelijk wordt, valt er mijns inziens weinig voor te zeggen een dergelijke schuld als boedelschuld te bestempelen.

Een en ander spreekt er overigens voor om de waarborg-

som die huurders bij het aangaan van de huurovereenkomst voor de nakoming van alle verplichtingen van de huurovereenkomsten doorgaans dienen te betalen, afhankelijk te stellen van de door de huurder aan te brengen veranderingen aan het gehuurde en de financiële risico's die de beoogde bedrijfsvoering voor de verhuurder meebrengt.

### Aansprakelijkheid curator

Intussen moet een curator ook persoonlijk op zijn tellen passen. De norm waaraan een curator bij het uitoefenen van zijn functie moet voldoen, is dat deze moet handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht (Maclou-arrest, HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48).

Een eerste geval van persoonlijke aansprakelijkheid van een curator hebben we in een geval als hiervoor beschreven al gezien. Het betreft een uitspraak van de Rechtbank Middelburg van 31 juli 2002, «JOR» 2003/18. Het betrof een zaak waarin de verhuurder de huurovereenkomst had opgezegd en de curator geen middelen had om een vrij omvangrijke ontruiming te bekostigen. Wel had de verhuurder de curator op enig moment aangeboden om de nog aanwezige zaken te kopen voor f 100, waartegenover de curator dan ook bevrijd zou zijn van zijn verplichting tot ontruiming. Door niet mee te werken aan een eerdere ontruiming terwijl voor de oplopende huurvordering geen middelen in de boedel aanwezig waren, was de curator volgens het oordeel van de rechtbank persoonlijk aansprakelijk voor de huurdering.

Deze uitspraak lijkt mij een hele opsteker voor die curatoren die, overeenkomstig de in de literatuur wel te lezen aanbeveling, ter voorkoming van een hoge boedelschuld wegens de kosten van ontruiming een opzegging door de verhuurder afwachten! Als dergelijke uitspraken ook mogelijk zijn, hoe is het dan gesteld met de voorgestane rechtszekerheid omtrent de afwikkeling van faillissementen?

### Faillissement verhuurder

Art. 39 Fw geldt niet als de gefailleerde verhuurder is. In dat geval geldt art. 37 Fw. De huurder kan de curator op grond van dat artikel verzoeken te bevestigen dat de verhuurder zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst zal nakomen. Wat betreft het gebruik van het gehuurde zal dat in beginsel wel mogelijk zijn. Ook bij verkoop van het gehuurde zal de huurovereenkomst ex art. 7:226 BW in stand blijven. Wat de verplichting betreft om gebreken te verhelpen, past terughoudendheid. Doorgaans ontbreekt het de boedel aan middelen om werkzaamheden waarvoor de curator opdracht geeft, te betalen. Aannemelijk is echter dat een huurder dit normaal gesproken niet zal aangrijpen om zich volledig te bevrijden van de verplichting om huur te betalen. Vrij algemeen wordt aangenomen dat een beroep op de laatste zinsnede van het eerste lid van art. 37 Fw de ontbinding van de overeenkomst tot gevolg heeft. In veel gevallen zal echter het gehuurde onder een hypo-

theekrecht vallen waarop het huurbeding van art. 3:264 BW van toepassing is. De hypotheekhouder heeft het recht van parate executie ongeacht het faillissement en kan de onroerende zaak in het openbaar verkopen. In beginsel kunnen zowel de hypotheekhouder als de veilingkoper het huurbeding tegen de huurder invoeren en ontruiming vorderen. Betreft het woonruimte, dan kan het beding slechts worden ingeroepen na daartoe van de voorzieningenrechter verkregen verlof (art. 3:264 lid 3 BW). Dit verlof zal worden geweigerd als ook met instandhouding van de huurovereenkomst kennelijk een voldoende hoge opbrengst zal worden verkregen om alle hypotheekhouders die het huurbeding kunnen invoeren, te voldoen.

**Deze uitspraak lijkt mij een hele opsteker voor die curatoren die ter voorkoming van een hoge boedelschuld wegens de kosten van ontruiming een opzegging door de verhuurder afwachten!**

De situatie kan zich voordoen dat de gefailleerde het gehuurde zelf heeft gehuurd en op zijn beurt onderverhuurd. De hoofdverhuurder kan in die situatie de huurovereenkomst opzeggen. Het einde van de hoofdhurovereenkomst brengt in het geval van bedrijfsruimte en overige ruimte automatisch het einde van de onderhuurovereenkomst mee. Niet onrechtmatig achtte de Kantonrechter Enschede in zijn uitspraak van 12 februari 1998 («JOR» 1998/97) de weigering van curatoren om de hoofdhurovereenkomst onmiddellijk te beëindigen, nu een dergelijke beëindiging niet in het belang was van de gezamenlijke crediteuren. Deze hadden veeleer belang bij het incasseren van de huurpenningen uit hoofde van de bestaande onderhuurovereenkomst.

Betreft het de verhuur van woonruimte, dan is het bepaalde in art. 7:269 BW van toepassing. De hoofdverhuurder is na opzegging van de hoofdhurovereenkomst op grond van art. 39 Fw gebonden aan de onderhuurovereenkomst, maar kan op grond van lid 2 beëindiging van die huurovereenkomst vorderen.

#### Over de auteur

Mr. P.C. Veerman is advocaat bij Brantjes Veerman Advocaten en redacteur van dit blad.