

# 67. Wanprestatie van de curator tijdens de boedelperiode

MR. L.L. DE BOEF MRICS

Nadat de huurder van bedrijfsruimte failliet is verklaard, zijn de huurpenningen vanaf datum faillissement boedelschuld. De opzegtermijn bedraagt zowel voor de curator<sup>1</sup> als de verhuurder drie maanden. Tot einde opzegtermijn<sup>2</sup> kan de curator het gehuurde blijven gebruiken, gemakshalve zal ik die periode in dit artikel aanduiden als 'boedelperiode'. Het komt voor dat de curator het gehuurde niet door de failliete huurder maar door een derde laat gebruiken. Hierbij moet u vooral denken aan de koper van de activa. Daartegenover ontvangt de curator of een gebruiksvergoeding van de koper of een hogere opbrengst voor de activa. Het is echter onzeker of de curator de verschuldigde huurpenningen over de boedelperiode aan de verhuurder zal kunnen uitkeren.<sup>3</sup>

**Kan de verhuurder met succes aanspraak maken op een daadwerkelijke uitbetaling van de huurpenningen over de boedelperiode en zo niet op enige andere wijze een vordering geldend maken?**

## Het gebruik van het gehuurde

De curator zal hangende de verkoop van activa zoveel als mogelijk de middelen waar hij reeds over beschikt gebruiken om daar geld mee te genereren. De belangrijkste twee

- 1 De in dit artikel gebruikte begrippen: 'curator'/'curator q.q.' hebben dezelfde betekenis. Deze begrippen staan tegenover de begrippen: 'curator prive'/'curator pro se'.
- 2 De opzegtermijn bedraagt op grond van art. 39 Fw doorgaans drie maanden. Afhankelijk van het antwoord op de vraag wanneer die opzegging plaatsvindt, gaat de drie maanden termijn later lopen. Echter ongeacht wanneer die drie maanden termijn gaat lopen, vanaf datum faillissement zijn de huurpenningen boedelschuld. Dus als de curator (of de verhuurder) bijvoorbeeld twee maanden talmt met opzeggen, dan is de boedelschuld vijf maanden huur (2+3).
- 3 Art. 39 Fw. Huurpenningen verschuldigd vanaf datum faillissement zijn een concurrente boedelschuld. Boedelschulden gaan als geheel boven de faillissementsschulden (dat zijn schulden die kort gezegd bestonden op datum faillissement), waaronder ook fiscale faillissementsschulden. De kans dat boedelschulden tot daadwerkelijke uitbetaling leiden is dan ook beduidend groter dan dat faillissementsschulden tot uitbetaling leiden. Boedelschulden kennen echter onderling ook een rangorde. Dit is dezelfde rangorde die die geldt voor faillissementsschulden (HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243 (*De Ranitz/Ontvanger*). Doorgaans komt dat op het volgende neer: eventueel af te dragen boedel BTW, salaris curator en verschotten, premies en salaris werknemers vanaf datum faillissement (art. 40 Fw) (doorgaans overgenomen door het UWV). Afhankelijk van de omvang van het gerealiseerde actief afgezet tegen de omvang van de hoger gerangschikte boedelschulden, zal de verhuurder wellicht nog enige vergoeding van huurpenningen tijdens de boedelperiode tegemoet kunnen zien.  
In een groot aantal gevallen, doorgaans bij de kleine faillissementen, vindt er geen enkele betaling aan de verhuurder plaats.

middelen zijn: werknemers van failliet en het gehuurde. In zijn berekeningen gaat de curator er namelijk van uit dat of hij deze twee middelen (werknemers en het gehuurde) nu daadwerkelijk gebruikt of niet, hij altijd met boedelschulden met betrekking tot werknemers en het gehuurde geconfronteerd zal worden. Derhalve zal hij trachten om de werknemers en het gehuurde zoveel als mogelijk daadwerkelijk te gebruiken tijdens de boedelperiode. Het gehuurde wordt dan gebruikt om zaken te produceren, te verkopen en overigens de afwikkeling van het faillissement te coördineren. Hangende dat traject zal de curator tevens een al dan niet beperkte doorstart proberen te realiseren.<sup>4</sup>

Indien een doorstart<sup>5</sup> niet mogelijk is, zal een curator zelf of middels derden de aanwezige activa: voorraad en inventaris te gelde willen maken. Er zijn dan meerdere scenario's mogelijk:

1. ontruimen en/of zelf uitverkoop houden al dan niet bijgestaan door een professional;
2. veiling organiseren met kijk- en ophaaldagen in het gehuurde;
3. zaken verkopen aan een (op)koper die vanuit het ge-

- 4 Een doorstart is niet alleen het verkopen van enige activa maar het verkopen van gehele of gedeeltelijke ondernemingsactiviteiten van de failliet aan een andere entiteit.
- 5 En – mogelijk – (bij een niet meewerkende verhuurder) de daarmee verband houdende indeplaatsstelling en de daaraan voorafgaande procedure tot gedogen, zal ik in het kader van dit artikel geen nadere aandacht besteden.

huurde overgaat tot verkoop of vanuit het gehuurde veilt;

4. zaken verkopen aan een (op)koper die binnen enkele weken de zaken afvoert en het gehuurde ontruimt.

Hoe verhoudt het hierboven genoemde gebruik van het gehuurde zich tot de contractuele verplichtingen van de (failliete) huurder jegens de verhuurder?

Ik zal uitgaan van gebruikelijke ROZ-voorwaarden van 290-bedrijfsruimte.<sup>6</sup>

1.3: *“Het gehuurde zal door of vanwege huurder uitsluitend worden bestemd om te worden gebruikt als (...)”* en

1.4: *“Het is huurder niet toegestaan zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van verhuurder een andere bestemming aan het gehuurde te geven dan omschreven in 1.3.”*

En de daarbij behorende algemene bepalingen:

*“Gebruik*

5.1 *Huurder zal het gehuurde – gedurende de gehele duur van de huurovereenkomst – daadwerkelijk, geheel, behoorlijk en zelf gebruiken uitsluitend in overeenstemming met de in de huurovereenkomst aangegeven bestemming. (...).”*

*“Onderhuur*

6.1 *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 de huurrechten geheel of gedeeltelijk aan derden over te dragen (...).*

6.2 *Ingeval huurder handelt in strijd met bovenstaande bepaling, verbeurt huurder aan verhuurder per kalenderdag dat de overtreding voortduurt een direct opeisbare boete, gelijk aan tweemaal de op dat moment voor huurder geldende huurprijs per dag, onverminderd het recht van verhuurder om nakoming dan wel ontbinding van de huurovereenkomst, alsmede schadevergoeding te vorderen.”*

*“Boetebepaling*

31 *Indien huurder zich, na door verhuurder behoorlijk in gebreke te zijn gesteld, niet houdt aan de in de artikelen 5.1, (...) van de algemene bepalingen opgenomen voorschriften, verbeurt huurder aan verhuurder, voor zover geen specifieke boete is overeengekomen, een direct opeisbare boete van € 250,- per kalenderdag voor elke kalenderdag dat huurder in verzuim is. Het vorenstaande laat onverlet de bevoegdheid van verhuurder om gebruik te maken van zijn overige rechten, waaronder het recht op volledige schadevergoeding voor zover de geleden schade de verbeurde boete overtreft.”*

Echter hoe gaat dit in de praktijk? De curator dient de opbrengst van aanwezige zaken maximaliseren, de (handlings)kosten daarvan te minimaliseren en het gehuurde tijdig ontruimd op te leveren. Afhankelijk van voornoemde parameters en de belangstelling in de markt zal hij een keuze maken tussen voornoemde scenario's.

Zeker bij de kleine faillissementen zijn scenario 1 (ontruimen en/of zelf uitverkoop houden) en 2 (veiling organiseren met kijk- en ophaaldagen in het gehuurde) qua organisatie vaak te bewerkelijk met het risico dat er uiteindelijk toch zaken moeten worden afgevoerd opdat het gehuurde tijdig kan worden opgeleverd. Dan blijven de scenario's 3 (zaken verkopen aan een (op)koper die vanuit het gehuurde overgaat tot verkoop of vanuit het gehuurde veilt) en 4 (zaken verkopen aan een (op)koper die binnen enkele weken de zaken afvoert en het gehuurde ontruimt) over. Doorgaans bekommeren de curatoren en ook verhuurders zich er niet om dat daardoor wellicht bovenvermelde contractuele bepalingen worden overtreden: als er uiteindelijk maar op tijd wordt opgeleverd. Bovendien wat voor belang heeft de verhuurder erbij dat bepaalde contractuele bepalingen worden gehandhaafd? Het is immers nog slechts een kortdurende relatie.

Echter als het spel hard wordt gespeeld en er wordt getoetst aan voornoemde ROZ-bepalingen, dan blijkt dat de curator in de scenario's 2 (veiling organiseren met kijk- en ophaaldagen in het gehuurde), 3 (zaken verkopen aan een (op)koper die vanuit het gehuurde overgaat tot verkoop of vanuit het gehuurde veilt) en 4 (zaken verkopen aan een (op)koper die binnen enkele weken de zaken afvoert en het gehuurde ontruimt) in overtreding is.

Ad 2. (veiling organiseren met kijk- en ophaaldagen in het gehuurde) Als de curator een veiling vanuit het gehuurde organiseert, handelt hij in strijd met de bestemmingsclausule in de overeenkomst. Immers het houden van een veiling zal niet overeenkomstig de bestemmingsbepaling van de huurovereenkomst zijn.

Ad 3 (zaken verkopen aan een (op)koper die vanuit het gehuurde overgaat tot verkoop of vanuit het gehuurde veilt) en ad 4 (zaken verkopen aan een (op)koper die binnen enkele weken de zaken afvoert en het gehuurde ontruimt) hebben als gevolg dat een derde het gehuurde gebruikt en derhalve het verbod op onderhuur wordt overtreden.

Gesteld dat een contractueel ge- of verbod wordt overtreden, wat zijn dan de mogelijkheden?

1. De verhuurder kan de contractuele boete opvorderen. Echter dat levert in het beste geval een concurrente boedelschuld<sup>7</sup> op en/of
2. de verhuurder kan schadevergoeding vorderen. Daarge-

<sup>6</sup> ROZ 17 september 2012 gedeponeed onder nummer 58/2012, overigens zijn (nagenoeg) gelijklopende bepalingen te vinden in andere roulerende modellen.

<sup>7</sup> Zie voetnoot 2 en 3. Of de verhuurder enige betaling over de boedelperiode ontvangt is volledig afhankelijk van het gerealiseerde actief afgezet tegen de omvang van de hoger preferente boedelschulden.

laten het antwoord op de vraag wat dan de schade is die de verhuurder lijdt, levert dit, als de boedel veroordeeld wordt, ‘slechts’ een concurrente boedelschuld op.<sup>8</sup>

3. De verhuurder kan staking van de overtreding vorderen op straffe van een dwangsom.

Is er wellicht een wijze om de curator tot betaling van deze boedelschuld te dwingen? Die mogelijkheid bestaat. Echter dan zal (naast de boedel (curator q.q.) met succes de curator pro se (privé) aansprakelijkheid moeten worden gehouden. Als dat slaagt levert dat een directe aanspraak op jegens de curator privé.<sup>9</sup>

### Is de curator in privé aansprakelijk als hij q.q. contractuele bepalingen overtreedt?

Op de volgende manieren wordt getoetst of er een pro se aansprakelijkheid van de curator bestaat:

De zgn. Maclou-norm:<sup>10</sup>

“3.6 (...) dat hij bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard. Deze bijzondere kenmerken van de taak van de curator brengen mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.”

En de Prakke/Gips-norm:<sup>11</sup>

“3.4.2 (...). De faillissementscurator kan wegens een onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen in wier belang hij die taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke) schuldeisers, en jegens derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van die taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde. Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels (onderst. LLdB), komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt

met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer of die afwikkeling uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt. Bij het te gelde maken van het actief van de boedel, waarop de verwijten zien die [verweerder] de Curator in deze zaak maakt, komt de faillissementscurator de hier bedoelde vrijheid toe.”

De Maclou-norm geeft de curator veel beleidsvrijheid. De Prakke/Gips-norm perkt die beleidsvrijheid in indien de curator gebonden is aan regels. De vraag is wel hoever dat gaat. Zijn dit ook contractuele regels, zoals de hierboven geciteerde ROZ-bepalingen, of gaat het alleen om een instructie van de rechter-commissaris?<sup>12</sup>

Hoe gaat de rechtspraak hiermee om? Er zijn niet veel uitspraken gepubliceerd waarin een of meer van opgemelde contractsbepalingen (of varianten daarop) aan de orde kwamen.

Rechtbank Noord-Nederland:<sup>13</sup> het betrof een scenario 3: curator verkoopt aan een opkoper die vanuit het gehuurde het gekochte veilt. Verhuurder vordert in kort geding jegens curator q.q. en de opkoper – kort gezegd – staking van de veiling op straffe van een dwangsom.

Grondslag: overtreding van de bestemmingsclausule van het gehuurde; mogelijke schade aan het gehuurde wegens veiling, kijk- en uitleverdagen; overtreden van verboden onderhuur door gebruik van het gehuurde door de koper. De voorzieningenrechter constateert dat het houden van een veiling in strijd is met de contractuele bestemming van de bedrijfsruimte en verhuurder zich buiten faillissement zich tegen de veiling zou kunnen verzetten.

Hoewel de curator niet pro se is aangesproken, toetst de voorzieningenrechter wel aan Maclou (en niet aan Prakke/Gips). De voorzieningenrechter overweegt dat binnen de aan de curator toekomende vrijheid handelt. Omdat de verhuurder niet aannemelijk heeft gemaakt welk specifiek nadeel hij lijdt is zijn vordering afgewezen. Met andere woorden de verhuurder had geen concreet belang.

Gerechthof Arnhem-Leeuwarden.<sup>14</sup> Scenario 3. Verkoop zaken door de curator aan de koper en gebruik van koper van het gehuurde tijdens de boedelperiode, terwijl verhuurder zich daartegen verzet. Na de boedelperiode heeft de koper het gehuurde nog twee maanden van verhuurder gehuurd. Over de boedelperiode zijn twee maandtermijnen niet betaald. Verhuurder vordert – kort gezegd – op grond van onrechtmatige daad veroordeling van de curator pro se tot betaling van de schade begroot op de twee maanden huurpenningen.

Het hof overweegt dat de curator het contractuele onderhuurverbod heeft overtreden en door een vergoeding (over

8 Een dergelijke vordering is – gelijk de huurpenningen over de boedelperiode een concurrente boedelschuld. Zie voetnoot 2, 3 en 7.

9 De rangordeproblematiek, zie voetnoot 3, speelt dan – vanzelfsprekend – geen rol. De (assurateur van de) curator zal dan rechtstreeks (buiten de boedel om) aan de verhuurder moeten betalen.

10 HR 19 april 1997, NJ 1996, 727.

11 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204.

12 Zie noot mr. I. Spinath onder «JOR» 2012/65.

13 Ktg (vzr) Rb. Noord-Nederland 9 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7247. Het betrof een gebouwde onroerende zaak ex art. 7:230a BW.

14 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2116.

de boedelperiode) en een voordeel heeft verkregen (betaling voor gebruik) dat anders de verhuurder zou toekomen.

Het hof past aan Prakke/Gips toe en constateert dat de curator, door dat hij regels waaraan hij is gebonden heeft overtreden en zich onzorgvuldig van zijn taak heeft gekweten, door gedurende de boedelperiode het gehuurde aan de koper ter beschikking te stellen en de verhuurder geen enkele waarborg te verstrekken voor de nakoming van de betalingsverplichtingen jegens de verhuurder.

Het hof acht het handelen van de curator dermate onzorgvuldig en zo ongebruikelijk dat hem een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

De schade bestaat volgens het hof daaruit dat de curator zonder daartoe gerechtigd te zijn de winkelruimte aan de koper ter beschikking heeft gesteld en een bate (een gebruiksvergoeding) voor de boedel heeft gekregen die niet aan verhuurder ten goede is gekomen.

Zoals hierboven weergegeven, is het discutabel of de benadering van het hof door te toetsen aan Prakke/Gips bij overtreding van contractuele bepalingen, wel geïndiceerd is.<sup>15</sup>

De overweging van het hof dat het gebruik door koper van het gehuurde tijdens de boedelperiode ‘zo ongebruikelijk’ is mijns inziens een miskennis van de werkelijkheid, in het bijzonder van die van de kleine faillissementen. Dit is immers juist de gebruikelijke manier om – als een doorstart geen optie is – het gehuurde – kostenefficiënt te doen ontruimen en tijdig aan verhuurder ter beschikking te stellen. Ik zie op basis hiervan dan ook geen aanleiding om de curator een persoonlijk verwijt te maken.

Tot slot de schade. Is er schade? Het hof acht de curator aansprakelijk voor de schade bestaande uit twee maanden huur tijdens de boedelperiode. De motivering van het hof acht ik echter zeer onbevredigend. De meest voor de hand liggende toetsing is namelijk of de verhuurder schade heeft geleden door het feit dat de curator in plaats van het gehuurde zelf te gebruiken om daaruit gedurende de boedelperiode de zaken te verkopen (scenario 1: ontruimen en/of zelf uitverkoop houden), er voor heeft gekozen om dit

over te laten aan de koper van de zaken (scenario 3: zaken verkopen aan een (op)koper die vanuit het gehuurde overgaat tot verkoop of vanuit het gehuurde veilt). Echter als het niets uitmaakt of de curator nu na toepassing scenario 1 of scenario 3 oplevert, zie ik niet waarom de verhuurder schade geleden zou hebben. Immers in beide gevallen heeft de verhuurder (dezelfde) concurrente boedelvordering op de boedel (curator q.q.). Er is door het handelen van de curator geen extra schade ontstaan waardoor de curator (ook) pro se aansprakelijk zou zijn.<sup>16</sup>

Sterker nog doordat de curator hierdoor een hogere opbrengst realiseert en/of lagere kosten maakt, blijft er meer over voor de schuldeisers. Dat is ook het voordeel van de verhuurder. Immers dat vergroot de kans dat zijn concurrente boedelschuld daadwerkelijk wordt uitgedaand.<sup>17</sup> Mijns inziens is er in deze optiek geen sprake van schade.

## Conclusie

Ook een curator dient zich – in beginsel – aan het huurcontract te houden. Echter van de curator wordt wel verwacht dat hij opkomt voor de belangen van de boedel: ergo opbrengsten maximaliseert en kosten minimaliseert. Het kan dan efficiënt zijn een contractuele bestemmingsbepaling en/of onderhuurverbod te overtreden. Als de curator q.q. dan wanpresteert, lijdt de verhuurder, gerelateerd aan de situatie dat de curator het gehuurde gedurende de boedelperiode zelf zou hebben gebruikt, geen schade.<sup>18</sup> Zoals hierboven weergegeven, divergeert de rechtspraak. Het vonnis van de Kantonrechter Noord-Nederland<sup>19</sup> is in de lijn van mijn betoog, terwijl het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>20</sup> een andere benadering hanteert. Die benadering kan ik niet volgen. Zoals uit het voorgaande blijkt zie ik geen enkele reden om bij een enkele overtreding<sup>21</sup> van deze contractsbepalingen de curator pro se aansprakelijk te houden.

### Over de auteur

**Mr. L.L. de Boef MRICS**

Advocaat/partner bij Boers Advocaten te Veenendaal.

15 Zie ook noot mr. F.B. Bosvelt onder «JOR» 2017/245, hij pleit voor een terughoudende toepassing van de Prakke/Gips norm.

16 Wellicht is enige nuance gewenst. Als de curator de bewuste bepalingen in de huurovereenkomst overtreedt, kan de verhuurder de contractuele boete opvorderen. Verdedigbaar is dat dat schadeverhogend werkt (art. 6:92 lid 2 BW). Ik meen echter dat dit een te geforceerde redenering is om extra schade te construeren.

17 Zie voetnoot 2, 3 en 7.

18 Uiteraard uitgaande van overige gelijkblijvende omstandigheden. Derhalve uitgaande dat het moment en niveau van opleveren respectievelijk tijdig en conform is.

19 Ktg. (vzr) Rb. Noord-Nederland 9 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7247.

20 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2116.

21 Derhalve zonder bijkomende schadeverhogende factoren.