

HUURRECHT EN INSOLVENTIE 2018

Inhoud

Inleiding

1. Insolventie: afgrenzing faillissement, surseance en WSNP
2. Faillissement en huur
3. Surseance en huur
4. WSNP en huur

Het accent ligt nadrukkelijk op het faillissementsrecht.

Inleiding

Aangezien ik niet weet in hoeverre mijn lezers voldoende basiskennis hebben omtrent de werking van het faillissement, surseance en WSNP, zal ik er mee beginnen om deze wettelijke systemen in hoofdlijnen te bespreken. Daarna zal ik dit toespitsen op het huurrecht.

1. Insolventie: afgrenzing faillissement, surseance en WSNP

1.1. Insolventie

Indien een natuurlijke persoon of een rechtspersoon (B.V., N.V., stichting, vereniging e.d.) zijn schulden niet meer kan betalen, kan deze trachten zelf afspraken te maken met zijn schuldeisers: uitstel van betaling, gedeeltelijke kwijtscheldingen e.d. In de praktijk is dit zeer lastig te realiseren omdat alle partijen die daarbij zijn betrokken allemaal eigen belangen hebben. In een groot aantal gevallen mislukt dit dan ook. Slechts in zeer bijzondere gevallen kan het worden afgedwongen (HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485 (V&D) en HR 12 augustus 2005, NJ 2006, 230 (Payroll)).¹

Indien er betalingsmoeilijkheden zijn, zijn er wettelijk de volgende regelingen:

1. faillissement (artikel 1 e.v. Fw);
2. surseance van betaling (artikel 214 e.v. Fw);
3. wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) (artikel 284 e.v. Fw).

Een faillissement, surseance of WSNP komt nooit "uit de lucht vallen". Zij worden uitgesproken na een (zeer korte) procedure door de Rechtbank (en soms in hoger beroep/cassatie door het Gerechtshof/Hoge Raad).

Ik zal u hierna kort uitleggen wat het verschil is tussen deze drie regelingen nu de toepasselijkheid daarvan gevolgen heeft voor de positie van verhuurder of huurder.

1.2. Faillissement

1.2.1. Algemeen

Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen (B.V., N.V., stichting, vereniging e.d.), ongeacht of deze al dan niet een onderneming exploiteren kunnen failleren. Zowel op eigen aangifte als op verzoek van een schuldeiser. Het faillissement betekent dat de schuldenaar is opgehouden te betalen (artikel 1 Fw). Het kan zijn dat hij wel voldoende vermogen heeft (bijvoorbeeld onroerend goed), maar als hij dat niet tijdig te gelde kan maken, kan hij - ondanks het feit dat het vermogen de schulden dekt - toch failliet gaan. Het gaat dus om het tijdig kunnen beschikken over geld (cash) en betalen.

Door het faillissement ligt er van rechtswege beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar (artikel 20 Fw). Op het moment dat het faillissement door de Rechtbank wordt uitgesproken, wordt er door de

¹ Doch zie wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen II.

Rechtbank een curator benoemd (nagenoeg altijd een advocaat). Deze dient het vermogen van de failliet te liquideren (= te gelde maken).

Als het faillissement is uitgesproken, kan, indien dit op verzoek van een schuldeiser is uitgesproken, de failliet - indien hij verstek heeft laten gaan - daartegen in verzet gaan. Als hij wel verweer heeft gevoerd, kan hij in hoger beroep gaan. Overigens kunnen ook belanghebbenden in verzet gaan tegen het faillissement (zoals werknemers, de curator pro se (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636)).

Indien een van de betrokkenen een rechtsmiddel aanwendt, heeft dit geen schorsende werking. Derhalve ondanks het verzet/hoger beroep/cassatie is er sprake van een faillissement (zie artikel 13 Fw). Van de curator wordt verwacht (tenzij het een evident kansloos rechtsmiddel is) dat hij terughoudend omgaat met zijn bevoegdheden, zoals bijvoorbeeld opzegging van de huurovereenkomst.

1.2.2. Curator en rechter-commissaris

De curator beheert en vereffent de boedel (artikel 68 Fw). Hij is als enige bevoegd om de boedel te binden. Het toezicht op de curator wordt gehouden door een lid van de Rechtbank (de rechter-commissaris).

Voor nagenoeg alle handelingen (opzegging huurovereenkomst, ontslag werknemers, verkoop, opstarten procedures e.d.) heeft de curator (voorafgaand) toestemming van de rechter-commissaris nodig.

Vaak is er echter te weinig tijd om van tevoren toestemming te vragen. Om dat soort risico's te voorkomen sluit de curator dan ook altijd overeenkomsten "onder voorbehoud toestemming rechter-commissaris".

De curator is feitelijk niet veel meer dan een - onbezoldigd - ambtenaar. Zijn positie is hybride. Enerzijds wordt van hem verwacht dat hij met een grote mate van "objectiviteit" naar de posities van de diverse schuldeisers kijkt en moet in dat kader als een soort "verkeersagent" optreden. Anderzijds wordt er wel van hem verwacht dat hij voor de boedel opkomt en steeds tracht zo gunstig mogelijke afspraken ten behoeve van de boedel te maken. Er wordt dan ook handelsgeest en doortastendheid verwacht.

Nagenoeg alle curatoren zijn lid van de Vereniging INSOLAD. Vereniging INSOLAD heeft wat betreft het gedrag/optreden van de curatoren praktijkregels opgesteld. Deze praktijkregels hebben niet een kracht van wet maar zijn wel richtinggevend.

Een curator kan q.q. (qualitate qua) en/of pro se (privé) aansprakelijk worden gehouden.

Wat betreft de q.q. aansprakelijkheid is dat (doorgaans) een concurrente boedelschuld (zie hierna onder het kopje "Uitdeling"). Dit kan veroorzaakt zijn door het feit dat hij bepaalde verplichtingen is aangegaan of dat de boedel onrechtmatig handelt althans zulks uit de wet volgt. Een q.q. aansprakelijkheid komt erop neer dat de boedel is gebonden.

Een pro se aansprakelijkheid gaat veel verder. In dat geval wordt de curator in privé aansprakelijk gehouden.

Wat betreft de pro se aansprakelijkheid van de curator zijn er twee normen: de Maclou-norm (HR NJ 1996/727) en de Prakke/Gips-norm (HR 16 december 2011 ECLI:NL:HR:2011:BU4204). De eerste norm komt het er kort gezegd op neer dat de 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. Dit geeft de curator veel vrijheid. In de Prakke/Gips-norm is die vrijheid vergaand ingeperkt indien de curator aan regels is gebonden.

1.2.3. Fixatie

Een faillissement werkt altijd terug tot 00:00 uur van de dag waarop het faillissement is uitgesproken (artikel 23 Fw).

Eén van de eerste acties van de curator is het nagaan of aanwezige zaken adequaat zijn verzekerd en er dekking is.

Voorts neemt de curator maatregelen tot bescherming van hetgeen hij aantreft. Enigszins afhankelijk van de situatie: beveiliging, inname sleutels voor zover mogelijk, afkoelingsperiode doen afkondigen.

Hij geeft instructies aan bestuur/personeel dat behoudens zijn schriftelijke toestemming er geen zaken uit kantoor/magazijn e.d. van failliet mogen worden verwijderd, personen al dan niet mogen worden toegelaten etc.

De curator moet altijd de afweging maken of het nog zinvol is om de onderneming van failliet voort te zetten. Ook dit is een kosten/baten afweging.

1.2.4. Te gelde maken en uitdelen

Doel: liquidatie vermogen en uitdeling (zie bijv. A-G 6 december 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336, randnummer 3.21).

1.2.4.1. Te gelde maken

Verkoop activa/doorstart

Positie curator als verkoper. Dit geschiedt altijd onder voorbehoud toestemming rechter-commissaris. Indien er goederen worden verkocht die zijn verpand of verhypothekerd dan geschiedt het onder voorbehoud vrijgave zekerheidsrecht.

Anders dan een "gewone" verkoper, is de curator doorgaans nauwelijks op de hoogte van de "ins- en outs" van hetgeen hij verkoopt. Daarnaast staat hij vaak onder grote tijdsdruk om tot verkoop over te gaan. Hij zal zich wel zoveel als mogelijk doen informeren door het bestuur en medewerkers van failliet en zelf ingeschakelde specialisten zoals taxateur, accountant, bouwkundige e.d.

Indien de activa enigszins substantieel zijn, zal de curator, nadat hij gegadigden een geheimhoudingsverklaring heeft laten tekenen hen een bidbook toesturen en/of hen toegang verlenen tot een (digitale) dataroom.

Het contract dat de curator koper aanbiedt gaat uit van het systeem dat de koper degene is die er zelf zorg voor moet dragen dat hij alle voor hem van belang zijnde informatie vergaart (onderzoeksplicht). De curator neemt ten behoeve van zich (en soms ook derden) disclaimers op teneinde te voorkomen dat koper, als het gekochte hem tegenvalt de curator aanspreekt (vgl. artikel 7: 19 BW). Let wel, wat de curator weet, moet hij melden.

1.2.4.2. Uitdeling

Uitgangspunt: paritas creditorum.

Onderscheid:

1. boedelschulden (HR 19 april 2013, NJ 2013, 291 (Koot/Tideman q.q., r.o. 3.7.1.).
2. faillissementsschulden (bestonden op datum faillissement).

Rangorde schulden zowel in de categorie boedelschulden als faillissementsschulden (HR, NJ 1991/305 (De Ranitz/Ontvanger)).

Meest voorkomende boedelschulden (rangorde):

- salaris curator;
- werknemers met ingang van datum faillissement (artikel 40 Fw);
- huurpenningen m.i.v. datum faillissement (artikel 39 Fw).

Meest voorkomende faillissementsschulden (rangorde):

Preferente, w.o.:

- rijksbelastingen;
- vorderingen van werknemers/UWV.

Concurrente:

- gewone schuldvorderingen, w.o. huurpenningen tot datum faillissement.

1.2.5. Afwikkeling van het faillissement

Het is mogelijk dat een faillissement ex artikel 8 of 10 Fw wordt vernietigd door een geslaagd verzet, hoger beroep of cassatie. Vernietiging heeft geen gevolgen voor door de curator gedane handelingen (artikel 13 Fw). Nuancering bij opgezegde arbeidsovereenkomsten (artikel 13a Fw).

Indien het faillissement niet door vernietiging eindigt, hangt de beëindiging van het faillissement af van de hoeveelheid gerealiseerd actief (geld) tegenover de omvang van de passiva en in het bijzonder de boedelschulden en de preferente faillissementsschulden. Er zijn vier mogelijkheden:

1. het faillissement wordt beëindigd wegens de toestand van de boedel (artikel 16 Fw). Dit betekent dat in het beste geval slechts de boedelschuldeisers enige betaling tegemoet kunnen zien;
2. de zogenaamde "oneigenlijke opheffing" (artikel 137a Fw). Alle boedelschulden worden betaald en (een deel van) de preferente faillissementsschulden wordt/worden betaald;
3. uitdeling. In dit geval is er ook voldoende geld om (ook een deel van) de concurrente faillissementsschulden te betalen;
4. akkoord. In dat geval biedt een derde, vaak op enigerlei wijze verbonden met failliet, gelden aan waarmee aan de schuldeisers een betaling kan worden gedaan.

Ik zal nu aan de hand van een aantal voorbeelden laten zien hoe dit werkt. Voor de eenvoud heb ik de BTW-component eruit gelaten.

Voorbeeld 1:

Gerealiseerd actief: € 100,00

Boedelschulden:

Salaris curator: € 40,00

UWV: € 10,00

Huur: € 10,00

Faillissementsschulden:

Preferente schuldeisers € 10,00

Concurrente schuldeisers € 80,00

Uitkering geschiedt top-down. In dit rekenvoorbeeld betekent dat, dat er zelfs nog een deel (naar rato) uitgekeerd zal worden aan de concurrente faillissementsschuldeisers.

Voorbeeld 2:

Gerealiseerd actief € 100,00

Boedelschulden:

Salaris curator: € 50,00

UWV: € 10,00

Huur: € 10,00

Faillissementsschulden:

Preferente schuldeisers: € 50,00

Concurrente schuldeisers: € 100,00

Uit dit rekenvoorbeeld blijkt dat slechts de boedelcrediteuren en een deel van de preferente schuldeisers een uitkering krijgen. De concurrente schuldeisers niet: zie artikel 137a Fw.

Voorbeeld 3:

Gerealiseerd actief € 100,00

Boedelschulden:

Salaris curator € 50,00

UWV € 50,00

Huur: € 10,00

Faillissementsschulden

Preferente schuldeisers: € 1.000,00

Concurrente schuldeisers: € 100,00

Uit dit voorbeeld blijkt dat er onvoldoende overblijft voor de faillissementsschuldeisers. Dit faillissement zal derhalve door de curator worden voorgedragen voor opheffing wegens toestand van de boedel (artikel 16 Fw).

1.3. Surseance van betaling

De surseance van betaling (uitstel van betaling) kan slechts worden toegepast ten behoeve van ondernemers: natuurlijke personen die als eenmanszaak of v.o.f. een bedrijf exploiteren of rechtspersonen (artikel 214 lid 4 Fw). Een surseanceverzoek kan slechts door de schuldenaar (later sursiet) zelve worden gedaan. Een schuldeiser kan het niet aanvragen.

Het doel van een surseance is de continuïteit van de onderneming trachten te waarborgen. De schulden/betaling aan de gewone schuldeisers wordt bevroren (artikel 230 Fw). Echter de zogenaamde preferenten (w.o. Belastingdienst) (artikel 232 Fw) en de separatisten (pand- en hypotheekhouder) hoeven zich niets van de surseance aan te trekken.

Tegelijkertijd met de uitspraak waarin de (voorlopige) surseance wordt toegestaan, wordt door de Rechtbank een bewindvoerder aangesteld (nagenoeg altijd een advocaat). De bewindvoerder dient samen met de directie te onderzoeken:

- of het bedrijf kan worden voortgezet,
- of en zo ja wanneer betalingen kunnen worden hervat (artikel 247 Fw),
- of dat er een akkoord kan worden aangeboden aan de schuldeisers (artikel 252 Fw),
- of indien er sprake is van een natuurlijke persoon, de surseance moet worden omgezet in een WSNP (artikel 247a Fw),
- of dat de sursiet dient te failleren.

In de meeste gevallen eindigt een surseance na kortere of langere tijd in een faillissement (artikel 242 Fw). De rechter-commissaris is adviseur van de bewindvoerder (artikel 223a Fw).

De surseance van betaling wordt overigens veelvuldig (oneigenlijk) gebruikt als voorportaal van een faillissement. Dit vooral als de schuldenaar niet kan wachten op de reguliere faillissementszitting en/of indien er binnen de aandeelhoudersvergadering van de vennootschap geen meerderheid aanwezig is om het faillissement aan te vragen. In dat geval vraagt de directie surseance aan. Dan wordt korte tijd later, op verzoek van de bewindvoerder (in samenwerking met de directie) de surseance omgezet in een faillissement.

1.4. WSNP (Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen)

Deze regeling wordt alleen gehanteerd voor natuurlijke personen. Dit geldt ook voor degenen die een onderneming drijven of een zelfstandig beroep uitoefenen. Een verzoek tot toepassing van de WSNP kan slechts door de schuldenaar (later saniet) worden gedaan.

Na de uitspraak ligt er beslag op het vermogen van de schuldenaar (saniem). De saniet is verplicht (een zo hoog mogelijk) inkomen te verwerven of te solliciteren. Al hetgeen hij verwerft boven het zgn. door de rechter-commissaris vastgestelde vrij te laten bedrag wordt afgedragen aan de boedel.

De gelijktijdig door de Rechtbank benoemde bewindvoerder (meestal is dat geen advocaat) ziet erop toe dat de saniet zijn verplichtingen nakomt en er kan worden gespaard op de boedelrekening. De rechter-commissaris houdt toezicht op de bewindvoerder.

De opbrengst van de verkoop van eventuele vermogensbestanddelen van de saniet en het afkomen van zijn inkomen (hoe klein ook) wordt (-/- salaris bewindvoerder) aan de schuldeisers uitgedeeld. Het restant van de schuld (hoe groot ook) wordt kwijtgescholden. Uiteindelijk is het de bedoeling dat na ongeveer drie jaar er een zogenaamde "schone lei" wordt verleend. Als de saniet tussentijds in staat is zijn betalingen te hervatten c.q. de schulden zijn voldaan of een akkoord wordt aangenomen en gehomologeerd, wordt de WSNP tussentijds beëindigd door de Rechtbank.

Indien de saniet zijn verplichtingen niet nakomt, kan de Rechtbank de regeling tussentijds beëindigen. Afhankelijk van de vraag of er voldoende actief is gerealiseerd, wordt - gelijktijdig - het faillissement uitgesproken. Ook kan aan het eind van de drie jaar geen schone lei worden gegeven c.q. kan een schone lei alsnog worden ingetrokken.

2. Faillissement en huur

2.1. Algemeen

Het uitgangspunt is, zoals ondermeer weergegeven in HR 19 april 2013 NJ 2013, 291 (Koot/Tideman q.q. r.o. 3.6.1):

"Op zichzelf brengt het faillissement geen wijziging in de verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst (Van der Feltz I, p. 409). De curator heeft echter, zoals blijkt uit art. 37 lid 1 Fw, de mogelijkheid om overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen (vgl. HR 3 november 2006, LJN AX8838, NJ 2007/155)."

Het gevolg hiervan is dat de huurrechten intact blijven.

Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan:

- ontruimingsbescherming van het gebouwd onroerend goed (7:230a BW) HR 22 juli 1991, NJ 1991, 748 (Planex);
- indeplaatsstelling (artikel 7:307 BW).

Doch op grond van de faillissementswet worden enkele wettelijke/contractuele regels nader aangevuld/opzij gezet.

Bijvoorbeeld:

- faillissement huurder, biedt artikel 39 Fw een extra opzegmogelijkheid;
- artikel 63a Fw (afkoelingsperiode) deze verlengt de ontruimingstermijn, ook van niet 230a ruimte met maximaal twee maal twee maanden (dit hoeft overigens niet aaneengesloten te zijn) (zie beschikking rechter-commissaris Dordrecht 28 april 1995, NJ 1995, 636).

Daarnaast zijn van belang artikel 37 Fw en artikel 53 Fw.

2.2. De failliete verhuurder

2.2.1. Dulden

Één van de vragen waar een curator zich, vooral bij huur van woonruimte, voor gesteld ziet, is of hij een hem niet welgevallige huurovereenkomst, kan beëindigen en het (voorheen) gehuurde vrij kan verkopen. Dit als beëindigings-/ontruimingsmogelijkheid naast het BW. Aanwijzingen daarin worden gevonden in HR 3 november 2006 LJN AX 8838, NJ 2007, 155 (Nebula). Dit is overigens geen -rechtstreekse- huurcasus.

De feiten waren als volgt.

De failliete verhuurder was juridisch eigenaar. Walton was economisch eigenaar. Walton verhuurde -ook na faillissementsdatum- een onroerende zaak als woonruimte aan derden en incasseerde de huurpenningen. Er was geen huurrelatie tussen de failliet en de derden.

De Hoge Raad overwoog ondermeer:

“3.5 In de tweede plaats verdient het volgende opmerking. Zoals onder meer is gesteld in de memorie van toelichting op artikel 37 F. “oefent de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet de minste invloed uit; de verbintenissen van de gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd” (Van der Feltz I, blz. 409). Het feit dat het (voort)bestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement van een van de contractanten, betekent echter niet dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende, onder meer in de artikelen 26 en 108 e.v. F. tot uiting komende, beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken. Dit geldt ook voor gevallen waarin de gefailleerde krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst niet is gehouden een bepaalde prestatie te verrichten, maar het gebruik van een aan hem in eigendom toebehorende zaak te dulden. Indien de wederpartij van de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt, zou deze wederpartij immers in feite bevoegd zijn het faillissement in zoverre te negeren. Voor dat laatste is echter slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Bovendien zou door aanvaarding van een zodanige regel een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt (vgl. HR 22 december 1989, nr. 13721, NJ 1990, 661).”.

Ergo het voortgezet gebruik is in strijd met de paritas creditorum. De wederpartij van de curator kan geen voortgezet gebruik verlangen, behoudens in de wet uitdrukkelijk geregelde gevallen. De gedachte hierachter is, zoals hierboven door Hoge Raad in r.o. 3.5 verwoord dat in dit geval de wederpartij van de curator dan, in tegenstelling tot de andere schuldeisers, op die manier zijn vordering “betaald” kreeg.

In de lagere rechtspraak heeft dit tot verschillende uitkomsten geleid.²

De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet expliciet uitgelaten. Echter in het arrest HR 11 juli 2014 RI 2014/80 (ABN AMRO/Berzona) is overwogen:

² Hoofdhuur (woonruimte):

- Vزر. Rechtbank Almelo, 30 juli 2012, LJV BX3143 (Daniëls q.q./Van der Kolk): ontruimen woonruimte: ja, want voortzetten i.s.m. paritas.
- Gerechtshof Arnhem, 6 november 2012, LJV BZ0345 (Van der Kolk/Daniëls q.q.) HB vزر. Almelo: nee. MvT artikel 37, faillissement geen invloed op huur. *“Op zichzelf brengt het faillissement geen wijziging in de verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst (Van der Feltz I, p. 409). De curator heeft echter, zoals blijkt uit art. 37 lid 1 Fw, de mogelijkheid om overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen (vgl. HR 3 november 2006, LJV AX8838, NJ 2007/155).”.* Geen cassatie ingesteld.

Onderhuur:

- Vزر. Rechtbank Dordrecht, 14 juni 2007, JOR 2008/133 (Gilhuis q.q./Knappe): 230a-ruimte: nee, faillissement verhuurder maakt niet dat huurder geen beroep kan doen op ontruimingsbescherming. Huur is een uitdrukkelijke wettelijke regeling.
- Kgt. Haarlem, 9 april 2008, LJV BL9832 (tandartsen): 230a-ruimte; paritas prevaleert.

Rol artikel 7:226 BW. Echter let op het onderscheid verhuurder eigenaar en verhuurder niet-eigenaar. Zie ook, L.L. de Boef en A.M. Coolen: “De verhuurder is failliet en nu?” WR 2012/127.

“3.6.4. Het uitspreken van het faillissement heeft echter niet tot gevolg dat de curator ook (‘actief’) een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst niet toekent, zoals tot ontruiming of opeising van het gehuurde als de huurovereenkomst nog loopt. Dit zou immers in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten, dat bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW is bevestigd (Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 387-390).

3.6.5 In het arrest van 3 november 2006 (Nebula) ligt geen ander oordeel besloten. Dat arrest heeft slechts betrekking op de vraag of de curator gebonden is aan een huurovereenkomst die na het faillissement van de juridische eigenaar van de verhuurde zaak is aangegaan door de economisch eigenaar daarvan op grond van een hem daartoe door de juridische eigenaar verleende contractuele bevoegdheid. Die vraag is in dat arrest ontkennend beantwoord op de grond dat de mogelijkheid om door het aangaan van een huurovereenkomst te beschikken over zaken die behoren tot de boedel, een te vergaande inbreuk vormt op de gelijkheid van schuldeisers. Deze beslissing betreft een andere kwestie dan hier aan de orde.

3.6.6 Uit het vorenstaande volgt dat, ingeval de huurder ten tijde van de faillissementsaanvraag in het genot is van het gehuurde, de curator niet bevoegd is dat genot te beëindigen als de huurovereenkomst nog loopt. De vordering tot het verschaffen van huurgenot levert in dat geval geen vordering op die in het faillissement ter verificatie kan worden ingediend. Die vordering kan daarom niet dienen als steunvordering, gelet op de hiervoor in 3.4.1 vermelde strekking van het pluraliteitsvereiste.”.

Het lijkt erop dat de HR terugkomt op Nebula, hoewel de Hoge Raad dat expliciet ontkent.

Gevolg lijkt te zijn: doorbreken paritas. Schuldeisers van een verbintenis tot een dulden krijgen hun vordering steeds volledig voldaan dit in tegenstelling tot andere schuldeisers.

Het lijkt erop dat de (oudere) lagere rechtspraak niet meer relevant is.

2.2.2. Aan wie komen de opbrengsten toe als huurpenningen zijn verpand?

Vanaf datum faillissement vallen verschenen huurtermijnen niet onder het pandrecht van bank (HR 30 januari 1987 NJ 1987/530 (WUH/Emmerig q.q.)).

Geen verrekening na faillissement verschenen huurtermijnen met pre-faillissementsschuld die niets met de huurrelatie te maken heeft (HR 22 december 1989 NJ 1990/661 Tiethoff q.q./NMB).³ Zie recentelijk Ktg. Rechtbank Gelderland 9 september 2015 ECLI: NL:RBGEL:2015: 5770 (huurpenningen en bodemverhuurconstructie).

Indien de onroerende zaak is verhuurde/als de huurpenningen zijn verpand, aan wie komt bij afkoop/vergoeding wegens tussentijdse beëindiging door huurder deze vergoeding toe?

Aan de pand/hypotheekhouder wegens artikel 3: 229 BW? Of aan de boedel o.g.v. artikel 20, 23 en 35 Fw (vgl. ING/Nederend q.q. HR 3 december 2010 LJN BN9463)? Rechtbank Midden-Nederland 20 maart 2013 (ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5549, JOR 2013/317): heeft beslist dat dit toekomt aan de pand/hypotheekhouder.

2.2.3 Capita selecta failliete verhuurder

Bankgarantie en waarborgsom

Bankgarantie (wijzigt niet). De curator heeft niet meer rechten dan de verhuurder. Als de waarborgsom onder de failliet is gestort en niet op een kwaliteitsrekening staat, dan valt deze in het faillissement. Wellicht biedt (HR 22 december 1989 NJ 1990/661 (Tiethoff q.q./NMB)) de huurder soelaas.

Als het verhuurde wordt overgedragen aan een derde, dan “herleving”, 7: 226 BW en 6: 130 BW (HR 21 januari 2000 RvdW 2000/28 (Stet/Braaksma)).

³ Zie voor een nadere uitwerking: L.L. de Boef en A.M. Coolen: “De verhuurder is failliet en nu?” WR 2012/127.

Zie voor een nadere uitwerking: L.L. de Boef en A.M. Coolen: "De verhuurder is failliet en nu?" WR 2012/127.

En als de onderverhuurder failliet? Moet de hoofverhuurder de waarborgsom terugbetalen? Dit is geen overdracht ex artikel 7: 226 BW. De Ktg. Rotterdam paste artikel 7: 226 BW naar analogie toe (Ktg. Rotterdam 28 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2175).

Verrekening met dreigende schade wegens toekomstige niet nakoming

Onderhuur 230a-ruimte; huurder/onderverhuurder failliet. hoofdhuur is door curatoren huurder ex artikel 39 Fw opgezegd; Onderhuurder wil verschuldigde huurpenningen met schade (onder)huurder wegens voortijdige ontruiming verrekenen. Zolang curator genot verschaft moet huurder betalen (Vzr. Zwolle 19 oktober 2012 LJN, BY0525 (EMS/Curatoren Eurocommerce)): geen verrekening.

Termijnstelling artikel 37 Fw

Zekerheidsstelling ex artikel 37 Fw door curator van verhuurder jegens huurder (artikel 37 lid 2 Fw, 6: 51 lid 1 BW). Niet in verband met gebruik gehuurde (duldend) maar in verband met service en onderhoud. Ook persoonlijke zekerheid. Hoeft niet "bij" verklaring, mag ook later (Ktg. Arnhem 24 januari 2014 ECLI:RBGEL:2014:1961).

2.3. Huurder failliet

Wijze beëindigen/ontruimen:

- Opzeggen ex artikel 39 Fw
- Ontbindings-/ontruimingsvonnis
- Buitengerechtelijk?

2.3.1. Reikwijdte artikel 39 Fw

De wetttekst maakt geen onderscheid tussen roerende en onroerende zaken. De parlementaire geschiedenis gaat uit van onroerende zaken. Het is lang onduidelijk geweest of artikel 39 Fw ook opgaat voor roerende zaken. HR 13 mei 2005 NJ 2005/406 (BabyXL) gaf een sterke aanwijzing dat artikel 39 Fw ook opgaat voor roerende zaken. Het antwoord luidt inmiddels bevestigend: HR 9 januari 2015 NJ 2015/43 (Doka/Kalmijn q.q.).

2.3.2. Gevolgen artikel 39 Fw

De huurpenningen zijn vanaf datum faillissement (concurrente) boedelschuld (artikel 39 Fw).

Indien huurder failliet is, bestaat er een extra opzeggingsmogelijkheid: artikel 39 Fw. Dit dus naast de mogelijkheden van het BW/contract.

Opzeggen ex artikel 39 Fw.

- Zowel door verhuurder of curator (met toestemming rechter-commissaris).
- Opzegtermijn bedraagt maximaal drie maanden, tenzij de huurpenningen zijn vooruitbetaald (wat atypisch: Rechtbank Almelo 10 januari 2012 LJN BV0622 (Laserline, stille doorstart)).

Kan de huurder (bijvoorbeeld van woonruimte) bezwaar maken tegen (komende) opzegging curator? Ex artikel 69 Fw kan de huurder een verzoek indienen bij de rechter-commissaris.

In nagenoeg alle gevallen is de curator terughoudend met het opzeggen van de huur van woonruimte. Doorgaans laat de curator de verhuurder weten dat de huur buiten bezwaar van de boedel kan worden voortgezet. De curator dient wel duidelijk met verhuurder te communiceren en dat door verhuurder te doen bevestigen. Immers anders loopt de curator het risico dat als de failliete huurder (na faillissement) de huurpenningen niet betaalt, de curator met een boedelschuld wordt geconfronteerd (Ktg. Amsterdam 14 maart 2014, WR 2014/111: artikel 305 Fw niet naar analogie toegepast).

Als door curator is opgezegd is dat rechtsgeldig (huurrecht woonruimte niet zo hoogstpersoonlijk dat het buiten de reikwijdte artikel 23 Fw valt, Gerechtshof Den Bosch 26 september 2006, LJN AY9630).

Indien de verhuurder opzegt en de failliete huurder is in staat en bereid om buiten het faillissement aan zijn verplichtingen te voldoen, zijn betalingsgedrag correct is en/of er sprake is van een fors tijdsverloop tussen het faillissement en de opzegging, kan de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (Ktg. Alkmaar 18 januari 2006, LJN AV1129, Gerechtshof Den Bosch 11 april 2006 WR 2007/18, Gerechtshof Amsterdam 15 juli 1993 WR 1993/67). Anders, doch bijzondere casus, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013 ECLI:GHARL:2013:7709 (X/Goeseije).

2.3.3. Schadeplichtig door artikel 39 Fw opzegging?

Ondanks BW-bepalingen/contractuele bepalingen is een opzegging ex artikel 39 Fw een regelmatige wijze van beëindiging (HR 14 januari 2011, NJ 2011, 114 (Aukema q.q./Uni-Invest)). Dus bij opzegging ex artikel 39 Fw geen schadevergoeding wegens "voortijdige" opzegging.

2.3.4. Is dit contractueel te ondervangen?

Vanuit de contractuele benadering "voelt" een beëindiging ex art. 39 Fw als een soort wanprestatie van de huurder.

Welke mogelijkheden zijn er op basis van de vigerende jurisprudentie?

HR 14 januari 2011, NJ 2011, 114 (Aukema/Uni-Invest) overweegt:

"3.5.3 Het vorenoverwogene strookt met hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 12 januari 1990, nr. 13748, LJN AC2325, NJ 1990/662, betreffende het op een soortgelijke belangenafweging berustende art. 40 F. De Hoge Raad heeft daarvan niet willen afwijken in zijn arrest van 13 mei 2005, nr. C04/075, LJN AT2650, NJ 2005/406. In dat arrest is geoordeeld dat de - in geval van surseance van betaling geldende, op een vergelijkbare belangenafweging berustende - bepaling van art. 238 F. zich niet ertegen verzet dat in de huurovereenkomst een bepaling wordt opgenomen die, in aanvulling op de wettelijke regeling, ook aan de verhuurder een contractuele mogelijkheid biedt tot tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst in geval van surseance van betaling. Vervolgens heeft de Hoge Raad met betrekking tot de contractuele bepaling inzake schadevergoeding bij ontbinding onder meer overwogen dat de omstandigheid dat bij een beëindiging van de huur op de voet van art. 39 F. of 238 F. de verhuurder geen recht op schadevergoeding heeft, niet in de weg staat aan de geldigheid van een beding zoals toen aan de orde, dat een recht op schadevergoeding verbindt niet aan een beëindiging van de huur op grond van die artikelen, maar aan ontbinding van de huurovereenkomst ingevolge een beding in die overeenkomst dat daartoe de bevoegdheid verschaft onder meer in geval van surseance van betaling of faillissement van de huurder. (...)"

Uitgangspunt is zoals gezegd: opzegging ex artikel 39 Fw is een regelmatige wijze van beëindiging. Huurder is niet schadeplichtig. Echter, mits de wet zich hiertegen niet verzet, kan een contractuele regeling uitkomst bieden (zie hierna).

Een contractueel schadevergoedingsbeding waardoor verhuurder aanspraak op een garantie heeft die is gesteld door een derde, zoals bijvoorbeeld een concerngarantie is wel geldig. Echter het heeft geen effect tegen de boedel.

HR 15 november 2013 RI 2014/13 (Romania):

"3.3.3 (...) De op die afweging berustende regeling van art. 39 Fw strekt niet mede ter bescherming van het belang van de gefailleerde. Er is daarom geen reden om een beding waarbij de huurder zich heeft verplicht tot vergoeding van de schade die de verhuurder lijdt door een voortijdig einde van de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement van de huurder, nietig te achten jegens de gefailleerde huurder zelf, ingeval de huurovereenkomst wordt opgezegd op de voet van het artikel. Het arrest Aukema q.q./Uni-Invest moet dan ook aldus worden verstaan dat dit beding in het geval van opzegging op de voet van art. 39 Fw alleen geen effect sorteert jegens de boedel."

en

“3.3.4 (...) Indien, zoals in deze zaak, een derde de nakoming van die vordering heeft gegarandeerd, brengen het faillissement van de huurder en een opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw dus geen verandering in de verplichtingen uit die garantie, tenzij anders is bedongen. Voor de eventueel uit de nakoming van de garantie voor de derde voortvloeiende regresvordering op de gefailleerde huurder geldt eveneens dat deze niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder. Indien de voorwaarden van de garantie dat toestaan, kan de garant hieraan een verweermiddel ontfemen jegens de verhuurder.”.

Hetgeen is bepaald in Aukema q.q./Uni-Invest gaat ook op indien de huurovereenkomst onderdeel uitmaakt van een sale- and lease-backtransactie (HR 22 november 2013, RI 2014/14 (TEP)).

In HR 17 februari 2017 NJ 2017/142 (Hansteen/Verwiel q.q.) is het volgende beslist.

Faillissement van huurder. Verhuurder trekt bankgarantie in verband met leegstandsschade. Of dat al dan niet rechtmatig was, staat in cassatie niet ter discussie. De bank keert uit en neemt daarop verhaal op de failliete boedel. De curator verzet zich daar niet tegen. De curator spreekt de verhuurder aan wegens onrechtvaardigde verrijking. HR r.o. 4.2: “(...) De ontvangst van de betaling waarop Hansteen (...) in haar verhouding tot ABN AMRO gerechtigd was, werd immers niet ongerechtvaardigd doordat ABN AMRO verhaal nam op de boedel en de curator dit niet verhinderde.”

Samenvattend: leegstandsschade kan worden overeengekomen en geclaimd maar nooit als gevolg van opzegging ex artikel 39 Fw jegens de boedel. Garanties zijn geldig, maar er kan geen regres jegens de boedel worden genomen. Ook niet via zekerheden of verrekening.

Kan dit worden opgelost door in plaats van opzegging ex artikel 39 Fw voor (buitengerechterlijke) ontbinding te kiezen? HR 14 januari 2011, NJ 2011, 114 (Aukema/Uni-Invest) overweegt:

“3.5.3 (...) Aldus is, wat schadevergoedingsbedingen betreft, onderscheid gemaakt tussen enerzijds de gevallen van opzegging op de voet van art. 39 waarin de wettelijke regeling een beding tot het vooraf bepalen van de schadevergoeding in geval van opzegging bij faillissement niet toelaat, en anderzijds gevallen waarin de wettelijke regeling (ook art. 39) zich niet verzet tegen een contractuele regeling betreffende de vergoeding van schade bij tussentijdse ontbinding. Bij dit laatste gaat het om gevallen waarin krachtens wettelijke of contractuele regels tussentijdse ontbinding van de huurovereenkomst mogelijk is (met dien verstande dat in geval van verhuur van, kort gezegd, gebouwde onroerende zaken veelal de tussentijdse ontbinding van de rechter is vereist, zie art. 7:231 lid 1 BW) en waarin de vordering op grond van het schadevergoedingsbeding overeenkomstig art. 37a voor verificatie in aanmerking komt.”.

Wat zijn de mogelijkheden:

- roerende zaken en ongebouwde onroerende zaken: wel middels een buitengerechterlijke ontbinding (vgl. HR 13 mei 2005 NJ 2005/406 (BabyXL));
- gebouwde onroerende zaken: geen buitengerechterlijke ontbinding wegens wanprestatie (artikel 7: 231 BW); wel in rechte (tenzij de huurovereenkomst door opzegging is geëindigd); indien contractueel een buitengerechterlijke ontbindingsmogelijkheid met schadevergoeding is opgenomen in het geval van faillissement (niet als een tekortkoming in verband met artikel 7: 231 BW, doch als “triggering event”/ontbindende voorwaarde), kan dat?
 - artikel 290-bedrijfsruimte (in verband met artikel 7: 291 lid 2: neen, behoudens goedkeuring ex artikel 291 lid 3);
 - woonruimte (in verband met artikel 7:271 BW): neen;
 - artikel 230a-ruimte mogelijk wel (vgl. Gerechtshof Amsterdam 13 maart 2008 WR 2008/128).

2.3.5. Vonnis ontbinding/ontruiming

Gedurende het faillissement kan ontbinding/ontruiming worden gevorderd. Echter als de huur echter reeds ex artikel 39 Fw is geëindigd, is ontbinding niet meer aan de orde. Ktg. Rotterdam 7 september 2006, WR 2007, 43 (Nieuwe Unie): huur is ex artikel 39 Fw door opzegging geëindigd; huurder is niet vertrokken en betaalt geen huur; wanprestatie huurder blijft voortduren. Voorwaardelijke ontbinding voor

zover huur nog voortduurt. Naast huurder ook de curator gedagvaard (gehengen en gedogen) om zaken behorende tot de faillissementsboedel te (doen) verwijderen.

2.3.6. Afkoelingsperiode, ontbinding en ontruiming

Afkoelingsperiode ex artikel 63a Fw staat niet de opzegging/ontbinding doch wel de ontruiming in de weg (Rechtbank Den Haag 13 maart 1996 NJ 1997, 714). Overigens kan op verzoek van de belanghebbende (verhuurder) door de rechter-commissaris machtiging worden verleend om zijn rechten uit te oefenen (zie bijvoorbeeld Rb Den Haag 2 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6514; zie ook Rb Noord-Holland 19 december 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10518, i.h.b. r.o. 5.7: "(...) ook in geval van toewijzing van de vordering tot ontruiming heeft [verhuurder] een machtiging nodig van de rechter-commissaris voordat zij daadwerkelijk tot ontruiming over kan gaan". Vordering tot ontruiming werd overigens toegewezen).

2.3.7. Het gebruik van het gehuurde tijdens de boedelperiode

In de meeste contractsbepalingen, bijvoorbeeld ROZ Winkelruimte 2012, artikel 1.3 en 1.4, is een bestemmingsclausule opgenomen. In de daarbij behorende algemene bepalingen: artikel 5.1, gebruik en artikel 6, is een verbod op onderhuur opgenomen.

Het komt veelvuldig voor dat de curator het gehuurde nog tijdens de boedelperiode gebruikt. Doorgaans geldt dan één van de volgende scenario's:

1. ontruimen en/of zelf uitverkoop houden al dan niet bijgestaan door een professional (NTAB, Troostwijk, Van Beusekom);
2. veiling houden met ophaaldagen in het gehuurde;
3. zaken verkopen aan een opkoper die:
 - a. vanuit het gehuurde overgaat tot verkoop;
 - b. vanuit het gehuurde veilt;
 - c. variant a. en b. toevoegen boedelvreemde zaken;
4. in kader doorstart ter beschikking stellen aan een derde.

Variante 1. zal niet veel problemen opleveren. Variante 2. kan wel eens in strijd zijn met één van de bestemmingsclausules zoals in het contract opgenomen. Terwijl variante 3.a. betekent dat het verbod op onderhuur wordt overtreden. Hetzelfde geldt voor variante 3.b. al dan niet gecombineerd met variante 3.c. verkoop boedelvreemde zaken. Omtrent variante 3.a. heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 14 maart 2017 (JOR 2017/245) een arrest gewezen. Vastgesteld werd dat de curator het bewuste contract heeft overtreden en pro se aansprakelijk werd gehouden. Terzake variante 3.b. stelde de Rechtbank Noord-Nederland dat dit binnen de beleidsvrijheid van de curator valt (Rechtbank Noord-Nederland (kg) 9 april 2013 RI 2013/84).

Wat is nu eigenlijk het probleem? Op grond van artikel 39 Fw zijn de huurpenningen vanaf datum faillissement een concurrente boedelvordering. Dit betekent derhalve dat het alles behalve zeker is dat die huurpenningen ook daadwerkelijk worden uitbetaald. Indien de curator het gehuurde gedurende de boedelperiode door een derde laat gebruiken, wat is dan de (extra) schade voor de verhuurder? En waarom speelt in deze de pro se aansprakelijkheid een rol?

Om met dat laatste te beginnen. De pro se aansprakelijkheid uiteraard omdat in dat geval de rangorde de facto wordt doorkruist. Als de curator met succes pro se aansprakelijk wordt gehouden dan hoeft de verhuurder zich immers niets gelegen te houden aan de rangorde in het faillissement. De verhuurder zal altijd door (de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van) de curator worden betaald.

Ik ben overigens van mening dat er wel (extra) schade dient te zijn. Immers wat zou het nu uitmaken of een curator nu zelf gedurende de periode dat hij over het gehuurde kan beschikken een uitverkoop houdt (variante 1) of dit overlaat aan een derde (variante 3.a. of 3.b.)? In beide gevallen heeft de verhuurder immers "dezelfde" vordering op de boedel met dezelfde rangorde. Verhuurder wordt daardoor niet nader c.q. extra benadeeld.

2.3.8. Indeplaatsstelling en artikel 39 Fw (opzegging verhuurder)

Verhuurder zegt ex artikel 39 Fw op. Curator verkoopt (doorstart) onderneming failliete detaillist (7: 290 BW). Indien de verhuurder niet mee wenst te werken aan contractoverdracht, is een indeplaatsstelling dan mogelijk? De vereisten voor een indeplaatsstelling (veelal, in verband met de factor tijd, gaat daaraan een kort geding aan vooraf) zijn in een faillissement niet anders dan buiten faillissement. De criteria van artikel 7:307 BW zullen derhalve moeten worden nagelopen.

Het pièce de resistance is het “zwaarwichtig belang” van de boedel. Vaak is dat het verkrijgen van goodwill en/of opbrengstmaximalisatie van inventaris en voorraad (going concernwaarde in plaats van liquidatiewaarde). Daarnaast wordt door de curator aangevoerd continuïteit onderneming, belangen van maatschappelijke aard (vgl. HR 24 februari 1995 NJ 1996, 472 (Sigmacon II)): werkgelegenheid. Echter hoe zit het als de bewuste winkel slechts een klein onderdeel is van een grote keten? Is het dan ook zwaarwichtig?

In indeplaatsstellingsprocedures moet veelal ook nog een nadere afweging worden gemaakt in het geval de verhuurder de huurovereenkomst reeds ex artikel 39 Fw heeft opgezegd. In dat geval lijkt er een “extra hobbel” te moeten worden genomen omdat de opzegging in strijd moet zijn met de redelijkheid en billijkheid althans dat er sprake is van misbruik van recht. Gerechtshof Den Haag 23 december 2008 RI 2009,48 (Klootwijk) opzegging door verhuurder ex artikel 39 Fw in strijd met redelijkheid en billijkheid hetgeen door het Gerechtshof is ingevuld met dezelfde argumenten die leidden tot het zwaarwichtig belang van artikel 7: 307 BW.

Zie ook:

- Ktg. Arnhem 27 augustus 2010 JOR 2011/132 (Blauwe Steen): indeplaatsstelling afgewezen, aspirant huurder biedt onvoldoende waarborgen;
- Gerechtshof Den Haag 23 december 2008 RI 2009,48 (Klootwijk): bijeenhouden bakkerijen en winkels, kapitaalverlies voorkomen, werkgelegenheid gered: indeplaatsstelling toegewezen.

Echter veelvuldig is in de activaovereenkomst opgenomen, dat de curator de zaken verkoopt en zich zal inspannen (al dan niet tegen een incentive) teneinde indeplaatsstelling ten behoeve van koper te realiseren. Koper loopt dan het risico dat de boedel geen belang, laat staan een zwaarwichtig belang heeft in de zin van artikel 7: 307 BW, waardoor de vordering wordt afgewezen.

Zie:

- HR (concl. A-G) 10 januari 2003, LJV AF0195 (Hoving q.q.);
- Gerechtshof Den Haag 5 juni 2008, LJV BD5882 (Cabout);
- Ktr. Zwolle 17 januari 2013, LJV BZ1425, RI 2013/54;
- Ktr. Rotterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5138.

2.3.9. Ontruimingskosten/schade: boedelschuld?

In het inmiddels -expliciet- achterhaalde arrest HR 18 juni 2004, NJ 2004, 617 (Van Galen q.q./Circle Plastics, zie ook Frima q.q./Blankerts HR 12 november 1993 LJV ZC 1136 NJ 1994, 229) was bepaald dat de vraag of ontruimingskosten al dan niet een boedelschuld zouden zijn afhankelijk is van de vraag wie er opzegt: curator of verhuurder (zgn. toedocriterium). Als curator opzegt dan ontruimingskosten boedelschuld. Nogmaals, dit is achterhaald door HR 19 april 2013, NJ 2013, 291 (Koot/Tideman q.q.).

Feiten:

Huurder failliet. Opzegging door curator ex artikel 39 Fw. Verhuurder vordert betaling (boedelschuld) van opleveringsschade ex artikel 7: 224 BW en algemene bepalingen. Immers verplichting tot correcte oplevering ontstaan door opzegging curator (toedoen).

Ktr (23 november 2011):

Volgens algemene bepalingen huurovereenkomst kwam de schade al tijdens looptijd overeenkomst voor rekening huurder. Dus geen schade die naar aard pas na het beëindigen van huurovereenkomst moet worden vergoed. Verplichting tot herstel bestond dus al voor de opzegging. Vordering afgewezen. Geen boedelschuld. Sprongcassatie. HR gaat expliciet om (zie r.o. 3.8).

r.o. 3.8 (geparafraseerd).

HR komt terug op het toedocriterium met vermelding van de relevante arresten, w.o. Van Galen q.q./Circle Vastgoed. Expliciet wordt gemeld dat HR 9 juni 2006, LJN AV9234, NJ 2007, 21 (r.o. 3.5.2) wel van kracht blijft: niet nakoming verplichting curator om, op verlangen verhuurder, tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde te halen, levert wel een boedelschuld op. r.o. 3.7.1 (geparafraseerd).

Boedelschulden. Alleen o.g.v.:

1. wet (bijv. artikel 39 en 40 Fw);
2. door curator q.q. aangegane verbintenis (doordat wil curator daarop was gericht (zie artikel 3: 33 en 3: 35 BW)) (bijv. inschakelen taxateur);
3. handelen in strijd met door curator q.q. na te leven verbintenis of verplichting.

Een boedelschuld is ook de plicht van de curator om zaken van failliet te doen verwijderen (HR 9 juni 2006 ECLI:NL:HR:2006:AU9234 (Smit/Van Hees q.q.)). Overigens geldt dit ook in de situatie dat er geen sprake is van een huurrelatie maar wel van een exclusief gebruiksrecht (zie HR 31 maart 2017 ECLI:NL:HR:2017:563 (Aldel)).

Aandachtspunt:

r.o. 3.7.3. (geparafraseerd).

Uit MvT artikel 37 Fw (zie r.o. 3.6.1) volgt dat het faillissement geen invloed heeft op een overeenkomst. De curator is, tenzij wet of overeenkomst hem daartoe bevoegd maken, niet bevoegd een overeenkomst op te zeggen. Als hij wel onbevoegd opzegt dan is de daaruit voortvloeiende schade een boedelschuld, omdat hij in strijd handelt met een door hem na te leven verbintenis.

Dus letterlijke tekst artikel 37 Fw volgen om daarmee te voorkomen dat er een boedelschuld ontstaat in plaats van concurrente faillissementschuld?

3. Surseance en huur

De huurpenningen zijn vanaf datum surseance boedelschuld. Extra opzeggingsmogelijkheid als huurder sursiet is: artikel 238 Fw. Dus naast de mogelijkheden van BW/contract.

Opzeggen ex artikel 238 Fw:

- uitsluitend door sursiet met toestemming bewindvoerder (artikel 228). Verhuurder heeft deze mogelijkheid anders dan in artikel 39 Fw (faillissement) niet;
- de opzegtermijn bedraagt (maximaal) drie maanden, tenzij huurpenningen zijn vooruitbetaald.

Ondanks BW-bepalingen/contract is een artikel 238 Fw opzegging een regelmatige wijze van beëindiging (vgl. HR 14 januari 2011, NJ 2011, 114 Aukema q.q. /Uni-Invest). Dus bij opzegging ex artikel 238 Fw geen schadevergoeding door voortijdige opzegging. De afkoelingsperiode bedraagt twee maanden. Die kan nog eens met twee maanden worden verlengd (artikel 241a-241e Fw). Dit hoeft niet aaneengesloten te zijn (vgl. artikel 63a Fw).

4. WSNP en huur

Huurpenningen en herstellkosten zijn vanaf datum WSNP persoonlijke niet verifieerbare schulden saniet (MvT 22 969 pagina 47). Uitzondering 311 lid 3 Fw (voortzetten beroep of bedrijf en huurpenningen voorzover aan die voortzetting toe te rekenen: boedelschulden). Extra opzeggingsmogelijkheid als huurder saniet is: artikel 305 Fw. Dus naast de mogelijkheden van het BW/contract.

Opzeggen ex artikel 305 Fw:

- uitsluitend door bewindvoerder (met machtiging rechter--commissaris) of saniet met machtiging bewindvoerder (en rechter-commissaris). Verhuurder heeft deze mogelijkheid anders dan in artikel 39 Fw (faillissement) niet;
- de opzegtermijn bedraagt (maximaal) drie maanden, tenzij huurpenningen zijn vooruitbetaald.

- 305 lid 2: onderscheid woonruimte en andere huurovereenkomsten.
- Bij woonruimte, kan verhuurder niet opzeggen/ontbinden/ontruimen wegens niet nakomen financiële verplichtingen die voor toelating WSNP zijn ontstaan. Deze vallen onder werking WSNP (artikel 299 Fw).

- Lopende verplichtingen moeten wel worden voldaan. Zo niet, dan alsnog tenuitvoerleggen vonnis. Overigens geldt dit ook als de WSNP zonder schone lei eindigt.
- Als wel met schone lei eindigt: natuurlijke verbintenis; ontruimingsvonnis is dan komen te vervallen. Als verhuurder hier wel beroep op doet volgens wetsgeschiedenis, misbruik van recht en/of redelijkheid en billijkheid.

Extra bescherming 305 lid 2 geldt niet voor:

- opzeggen/ontbinden/ontruimen woonruimte op andere - niet financiële - gronden (bijv. overlast, woonfraude, hennepsteelt);
- niet-woonruimte;
- 305 lid 3. De verhuurder is bevoegd de huur tussentijds te beëindigen indien de schuldenaar jegens de verhuurder een (betalings)verplichting die ontstaat na de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling, niet nakomt, mits de opzegging geschiedt tegen een tijdstip, waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen. Vlg. vzg. Rechtbank Amsterdam 12 April 2012 LJV BW8891 derogeert deze bepaling aan de bepalingen omtrent opzegging en beëindiging in het BW.

WSNP en moratorium (artikel 287b Fw):

- voorafgaand aan een WSNP-verzoek kan de schuldenaar een voorlopige voorziening vragen indien er sprake is van een bedreigende situatie: bijv. ontruiming (lid 2). Max. zes maanden (lid 5). Lopende verplichtingen moeten wel worden nagekomen (lid 4 verwijst naar 304 en 305).
- afwijzing:
 - Rechtbank Amsterdam 20 augustus 2008, LJV BG4436: ernstige terugkerende wanbetaling;
 - afwijzing Rechtbank Rotterdam 4 maart 2014 WR 2014/93: ontruimingsvonnis ziet niet alleen op wanbetaling maar ook omdat huurder zich niet als goed huurder heeft gedragen; gezien de samenhang met artikel 305 kan het moratorium slechts worden verleend als het vonnis slechts ziet op huurachterstand. Nu dat niet het geval, voorziening geweigerd;
 - indien huurder tijdens moratorium trouwt waardoor echtgenote wettelijk medehuurder wordt en huurder wordt uiteindelijk niet tot de WSNP toegelaten, dan herleeft de uitgesproken ontbinding/ontruiming en vervalt het medehuurderschap die tijdens het moratorium is verworven met terugwerkende kracht (Ktg. Amsterdam 16 mei 2014 WR 2015/40).

WSNP en voortzetting beroep en bedrijf

- Artikel 311 lid 3 Fw.
- Huur is vanaf datum WSNP wel boedelschuld als er sprake is van voortzetting beroep en bedrijf tijdens looptijd WSNP en aan de volgende eisen is voldaan:
 - beschikking r-c: voortzetting bedrijf;
 - toestemming bewindvoerder: bepaalde handelingen;
 - past in normale uitoefening bedrijf.

De auteur heeft zorgvuldigheid betracht in het weergeven van delen uit het geldende recht. Evenwel noch de auteur noch Boers Advocaten kan aansprakelijk worden gesteld voor schade van welke aard dan ook gebaseerd op onjuiste en/of onvolledige informatie.

Deze uitgave althans een of meer delen daaruit/daarvan mag/mogen uitsluitend worden verveelvoudigd na schriftelijke toestemming van de auteur.

Copyright © 2017 L.L. de Boef