

De reikwijdte van art. 39 Fw

Een analyse van HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42, NJ 2015/43

(Doka/Kalmijn q.q.)

*Mr. H.V. Schulte en mr. D.J.M. Kulk**

1 Inleiding

De curator van een gefailleerde huurder is op grond van art. 39 van de Faillissementswet (Fw) bevoegd om diens huurovereenkomst tussentijds te doen eindigen tegen een opzegtermijn van maximaal drie maanden. De verhuurder wordt daarvoor door middel van hetzelfde artikel gecompenseerd door ook hem die beëindigingsbevoegdheid te geven én door de huurvorderingen die na faillissement ontstaan, aan te merken als 'boedelvordering'.

Dat art. 39 Fw in ieder geval is geschreven voor huur van onroerende zaken was duidelijk vanaf zijn inwerkingtreding in 1896. Of het artikel ook van toepassing is op huur van roerende zaken was onzeker, totdat de Hoge Raad dat onlangs in zijn arrest Doka/Kalmijn q.q.¹ heeft bevestigd.

Dit arrest geeft aanleiding om te verkennen wat de praktische gevolgen van de beslissing van de Hoge Raad zijn voor de huurpraktijk in geval van faillissement van de huurder. Onder meer wordt bezien of de huur van vermogensrechten valt binnen het ('nieuwe') toepassingsbereik van art. 39 Fw. Dat doen wij in paragraaf 5. Daaraan voorafgaand komen opeenvolgend aan de orde een korte beschouwing over de gevolgen van het faillissement voor de (wederkerige) overeenkomst (par. 2), de conclusie van de advocaat-generaal (A-G) bij het arrest (par. 3) en de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad (par. 4). We sluiten af met een conclusie (par. 6).

2 De wederkerige overeenkomst in het faillissement

Faillietverklaring van een contractspartij heeft op zichzelf in beginsel geen invloed op haar wederkerige overeenkomsten en de daaruit voor de contractspartijen voortvloeiende verbintenissen. Indien de ene contractspartij de overeenkomst geheel is nagekomen, zal de ander de daartegenoverstaande verbintenissen moeten nakomen. Als die ander de gefailleerde is, zal hij de overeenkomst veelal niet (kunnen) nakomen. Zijn wederpartij

reesteert vanwege de niet-nakoming door de gefailleerde een concurrente vordering.² Indien de gefailleerde de overeenkomst volledig is nagekomen, kan de curator van de wederpartij nakoming van de daartegenoverstaande verbintenis vorderen.

Ten aanzien van wederkerige overeenkomsten die zowel door de gefailleerde als door zijn wederpartij nog niet volledig zijn nagekomen, kent art. 37 Fw de hoofdregel. Krachtens deze regel kan een contractspartij waarvan de wederpartij failliet de curator een termijn stellen, waarbinnen de curator moet verklaren of hij de overeenkomst al dan niet gestand zal doen. Indien de curator bevestigend verklaart, moet hij daarbij zekerheid voor de nakoming stellen (bovendien promoveren de verplichtingen van de gefailleerde uit die overeenkomst tot boedelvordering).³ Verklaart de curator de overeenkomst niet gestand te doen, dan vervalt zijn recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen. De contractspartij van de gefailleerde huurder heeft in dat geval de keuze tussen ontbinding van de overeenkomst met aanvullende schadevergoeding of vervangende schadevergoeding, welke vorderingen krachtens art. 37a Fw als concurrente vordering kunnen worden ingediend in het faillissement.

Voor huurkoop-, huur- en arbeidsovereenkomsten zijn in art. 38a, 39 en 40 Fw regelingen opgenomen die afwijken van art. 37 Fw. Op grond van art. 39 Fw kan zowel de curator van een gefailleerde huurder als de verhuurder de huurovereenkomst tussentijds doen eindigen door opzegging tegen een naar plaatselijk gebruik gangbaar tijdstip. Daarbij moet de overeengekomen of gebruikelijke opzegtermijn in acht worden genomen. Onderscheid moet derhalve worden gemaakt tussen enerzijds het toepasselijke tijdstip van opzegging, dat wordt bepaald door plaatselijk gebruik, en anderzijds de toepasselijke opzegtermijn, die wordt bepaald door plaatselijk gebruik ofwel door de vrije wil van partijen (zoals opgenomen in de huurovereen-

* Mr. H.V. Schulte is advocaat bij DVDW Advocaten te Rotterdam. Mr. D.J.M. Kulk is advocaat bij DVDW Advocaten te Rotterdam. Met dank aan mr. L.T. van der Sluis en mr. S.F.M. ten Berge voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42, NJ 2015/43, WR 2015/32 m.nt. Six-Hummel, JOR 2015/122 m.nt. T.T. van Zanten (*Doka/Kalmijn q.q.*).

2. S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 409.

3. Een curator zal een overeenkomst (alleen) gestand doen wanneer nakoming van de overeenkomst in het belang is van de boedel. Gestanddoening is in de praktijk de uitzondering.

komst). De opzegtermijn bedraagt maximaal drie maanden.⁴ Op voet van art. 39 Fw kan een huurovereenkomst derhalve in afwijking van de wettelijke en contractuele huurbepalingen (die buiten faillissement wél in acht moeten worden genomen) tussentijds worden beëindigd. Art. 39 Fw is echter uitsluitend van toepassing indien de huurder in staat van faillissement wordt verklaard. Het faillissement van een verhuurder heeft (in beginsel) geen invloed op de betreffende huurovereenkomst.⁵

De huurvorderingen die na faillissement ontstaan, kwalificeren ex art. 39 Fw als boedelvordering.⁶ Zonder art. 39 Fw zouden de (huur)vorderingen ontstaan na datum faillissement worden aangemerkt als (concurrente) faillissementsvordering.⁷ Dit is het geval bij andere duurovereenkomsten dan huurovereenkomsten, zoals de verzekeringsovereenkomst en bepaalde typen leaseovereenkomsten die niet als huurovereenkomst kunnen worden aangemerkt.

Aan boedelvorderingen zijn drie voordelen verbonden ten opzichte van faillissementsvorderingen (waaronder concurrente vorderingen):

1. zij worden uit de boedel voldaan voordat uitdeling aan faillissementsschuldeisers plaatsvindt;
2. zij hoeven niet ter verificatie te worden aangemeld, terwijl dat in beginsel⁸ wel geldt voor faillissementsvorderingen; en
3. zij geven aanspraak op directe betaling, in de zin dat boedelschuldeisers niet hoeven te wachten op het verbindend worden van de slotuitdelingslijst.⁹

-
4. Dat houdt niet in dat de overeenkomst steeds binnen een termijn van drie maanden kan worden beëindigd. Opzegging moet zoals opgemerkt immers geschieden tegen een naar plaatselijk gebruik gangbaar tijdstip. Naar plaatselijk gebruik kan bijv. gangbaar zijn dat een overeenkomst alleen kan worden opgezegd per 1 mei of 1 november, in welk geval de huurovereenkomst de facto niet binnen een termijn van drie maanden kan worden beëindigd. Zie B. Wessels, *Insolventierecht*, deel II, Deventer: Kluwer 2012, nr. 2512.
 5. Kortmann & Faber 1994, p. 409; HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JIN 2014/159 m.nt. F.M. Guljé (ABN AMRO/Berzona). Vgl. HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2007/76 m.nt. S.C.J.J. Kortmann & S.E. Bartels (Nebula).
 6. Dit betreft aldus een boedelvordering krachtens de wet. Zie HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2013/224 m.nt. G.A.J. Boekraad (Koot Beheer/Tideman q.q.) over de drie (ogenschijnlijk limitatieve) ontstaansgronden van boedelvorderingen.
 7. Immers, in HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2013/224 m.nt. G.A.J. Boekraad (Koot Beheer/Tideman q.q.) is door de Hoge Raad overwogen dat vorderingen die tijdens faillissement ontstaan, maar voortvloeien uit een op faillissementsdatum al bestaande rechtsverhouding, in beginsel verifieerbaar zijn. Deze vorderingen kwalificeren als een (concurrente) faillissementsvordering.
 8. Zo vloeit bijv. uit art. 57 Fw voort dat een faillissementsvordering ten behoeve waarvan een pand- of hypotheekrecht is gevestigd, niet ter verificatie hoeft te worden ingediend.
 9. Zie o.m. B. Wessels, *Insolventierecht*, deel VII, Deventer: Kluwer 2013, nr. 7074-7078 en 7082, Kortmann & Faber 1994, p. 384 en HR 28 november 1930, NJ 1931/253 (Hermans q.q./Teixeira de Mattos).

In het arrest *Doka/Kalmijn* q.q. stond de vraag centraal of de na datum faillissement ontstane huurvorderingen van de verhuurder van roerende zaken ('bekistingsmaterialen') moesten worden aangemerkt als boedelvordering ex art. 39 Fw.¹⁰ Deze bekistingsmaterialen ('stempels') waren verhuurd aan een (inmiddels) gefailleerde aannemer. De stempels waren bij de bouw van appartementen geplaatst tussen de vloer (de fundering) en de daarboven gelegen etage. Zij konden pas worden verwijderd zodra het beton was uitgehard. De verhuurder had voor het gebruik van de stempels na faillissementsdatum huur in rekening gebracht. Anders dan de curator, meende de verhuurder dat zijn huurvorderingen als boedelvordering ex art. 39 Fw moesten worden aangemerkt, omdat art. 39 Fw ook van toepassing zou zijn op roerende zaken. Dit leidde tot de prejudiciële vraag aan de Hoge Raad ex art. 392 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) of de in art. 39 Fw opgenomen regeling, die de huurprijs vanaf faillissementsdatum als boedelvordering kwalificeert, ook geldt voor de huur van roerende zaken.

3 Conclusie A-G

A-G Van Peurseem heeft bovenstaande prejudiciële vraag in zijn conclusie bevestigend beantwoord. De conclusie van de A-G wordt hieronder in grote lijnen weergegeven.¹¹

Art. 39 Fw streeft volgens de wetsgeschiedenis twee doelen na. Enerzijds voorkomt het artikel dat de boedel wordt belast met de huur van 'localiteiten' (onroerende zaken), waaraan de curator geen behoefte heeft. Ter compensatie van de verhuurder voor het aan de curator toegekende beëindigingsrecht worden de huurschulden vanaf faillissementsdatum als boedelvordering aangemerkt. Anderzijds wordt door het toekennen van een boedelvordering aan de verhuurder voorkomen dat de verhuurder (tijdens faillissement) lichtvaardig tot opzegging van de huurovereenkomst overgaat en wordt een minnelijke regeling voor beëindiging of voortzetting van de huurovereenkomst in de hand gewerkt.¹²

Uit de wetsgeschiedenis blijkt expliciet dat art. 39 Fw bedoeld is voor huur van onroerende zaken.¹³ Over de huur van roerende zaken spreekt de wet niet (expliciet). De wetsgeschiedenis bevat wel aanwijzingen dat de regeling ook daarvoor geldt, maar deze bevat evengoed aanwijzingen dat men bij de regeling uitsluitend huur van onroerende zaken voor ogen had. Aan de hand van de wetsgeschiedenis kan de vraag of art. 39 Fw ziet op huur van zowel onroerende als roerende zaken niet eenduidig worden beantwoord. De gebrekkige aandacht voor de huur van roerende zaken in de wetsgeschiedenis van art. 39

10. Zie r.o. 3.2 van het onderhavige arrest.

11. Zie sub 3.1-3.18 van de conclusie van de A-G.

12. Kortmann & Faber 1994, p. 419-420.

13. Dit betreft o.m. de passages '(...) wordt de boedel niet meer belast met het aanhouden van de huur van localiteiten, waaraan de curator geen behoefte heeft (...) en 'Eindelijk het moeilijke onderwerp, waarbij getracht is een voorziening te maken voor het geval de gefailleerde huurder is van huis of grond.' Zie Kortmann & Faber 1994, p. 419-420 en 427.

Fw hangt samen met de toenmalige wettelijke huurregeling.¹⁴ Deze was met name gericht op huur van onroerende zaken en besteedde vrijwel geen aandacht aan huur van roerende zaken.

Bovendien was ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet waarschijnlijk geen sprake van een grootschalige praktijk van langdurige huurovereenkomsten met betrekking tot bedrijfsmiddelen, zodat huur van roerende zaken een minder prominente plaats innam. De meeste huurovereenkomsten betreffende roerende zaken waren (waarschijnlijk) van korte duur, waarvoor de opzeggingstermijn van art. 39 Fw niet relevant was en de schade voor de verhuurder bij vroegtijdige beëindiging doorgaans beperkt zal zijn geweest. Uit het voorgaande mag echter niet worden geconcludeerd dat beoogd werd huur van roerende zaken uit te sluiten.

Ten aanzien van de jurisprudentie staat de A-G met name stil bij het BabyXL/Amstel Lease-arrest.¹⁵ Dat arrest betrof onder meer de vraag of art. 238 Fw beëindiging van een huurovereenkomst betreffende roerende zaken door de verhuurder gedurende een surseance van betaling van de huurder al dan niet toestaat. De Hoge Raad geeft daarover een uitvoerige beschouwing, waarbij hij impliciet aanneemt dat art. 238 Fw, zijnde de evenknie van art. 39 Fw in geval van surseance van betaling, van toepassing is op roerende zaken. Alhoewel de specifieke vraag of art. 238 Fw van toepassing is op roerende zaken in dat arrest niet aan de Hoge Raad is voorgelegd en hij die vraag niet expliciet heeft beantwoord, is de Hoge Raad daar dus wel van uitgegaan. Voorts heeft P-G Hartkamp in zijn conclusie bij dat arrest ten overvloede opgemerkt dat art. 39 en 238 Fw naar zijn mening van toepassing zijn op de huur van roerende zaken.

De lagere rechtspraak is niet eenduidig, aldus de A-G in zijn conclusie (sub 3.10).¹⁶ Tot slot behandelt de A-G de literatuur, waarin ook verdeeldheid bestaat over de vraag of art. 39 Fw van toepassing is (of zou moeten zijn) op huur van roerende zaken.¹⁷

Uiteindelijk komt de A-G tot de conclusie dat art. 39 Fw ook van toepassing is op de huur van roerende zaken. Hij hecht daarbij vooral waarde aan de bedoeling van de wetgever: boe-

delvereffening mogelijk maken met voorkoming van schade voor de boedel, door de curator de bevoegdheid toe te kennen om (langlopende) huurovereenkomsten op korte termijn te beëindigen ex art. 39 Fw. Bovendien komt de huur van roerende zaken, die worden ingezet als duurzame bedrijfsmiddelen, tegenwoordig veel voor en daarvoor geldt de ratio van art. 39 Fw evengoed, aldus de A-G.

De A-G vindt de argumenten voor een andere interpretatie van art. 39 Fw minder zwaar wegen, te weten onder meer (1) dat bij de totstandkoming van art. 39 Fw alleen zou zijn gedacht aan huur van onroerende zaken en (2) dat art. 39 Fw een uitzondering op art. 37 Fw behelst, die beperkt moet worden uitgelegd.

4 Beantwoording prejudiciële vraag Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt in navolging van de A-G dat art. 39 lid 1 Fw tevens geldt voor de huur van roerende zaken:

‘3.4.1 (...) De wetgever heeft met de regeling (...) de curator de mogelijkheid willen geven om, in afwijking van het wettelijk uitgangspunt dat het faillissement geen wijziging brengt in de verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst (Van der Feltz I, p. 409), lopende huurovereenkomsten op korte termijn te beëindigen, opdat de verschuldigde huur na het faillissement niet kan oplopen tot een hoog bedrag. Voor deze mogelijkheid heeft hij de verhuurder gecompenseerd door de huurprijs vanaf de dag der faillietverklaring tot boedelschuld te verklaren en door ook hem de bevoegdheid te geven tot tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst. (Van der Feltz I, p. 419-420)’

‘3.4.2 De tekst van art. 39 lid 1 Fw spreekt van “huur”, zonder onderscheid te maken tussen huur van onroerende zaken en huur van roerende zaken. Dit wijst erop dat deze bepaling ook van toepassing is op de huur van roerende zaken. Dit volgt ook uit de hiervoor in 3.4.1 weergegeven ratio van de regeling van deze bepaling. Deze doet immers evenzeer opgeld bij de huur van roerende zaken. Er is onvoldoende grond om, in afwijking van tekst en ratio van art. 39 lid 1 Fw, in dit verband onderscheid te maken tussen de huur van onroerende zaken en die van roerende zaken. De vraag moet dus bevestigend worden beantwoord.’¹⁸

5 De praktische gevolgen van het arrest Doka/ Kalmijn q.q.

Het oordeel van de Hoge Raad leidt onder meer tot de vraag naar het toepassingsbereik van art. 39 Fw. Die vraag behandelen we in deze paragraaf, alsmede meer specifieke praktische gevolgen voor de huur van roerende zaken in geval van faillissement van de huurder.

14. De (huidige) Fw is ingevoerd in 1896, het destijds geldende huurrecht was onderdeel van het BW van 1838.

15. HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2005/222 m.nt. W.J.M. van Andel (BabyXL/Amstel Lease).

16. De A-G wijst daarbij op Rb. Rotterdam 21 januari 1977, NJ 1980/41, Ktg. Amsterdam 31 december 1914, NJ 1915, p. 132, Rb. Den Haag 28 september 1926, W 11570, Hof Amsterdam 3 februari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT6338, JOR 2005/128 m.nt. Van Galen en Hof Den Bosch 30 september 2008, RI 2008/90.

17. Voor de door de A-G aangehaalde literatuur wordt verwezen naar sub 3.8 van de conclusie. De A-G verwijst o.m. naar Van Andel in zijn noot bij HR 13 mei 2005, JOR 2005/222 (BabyXL/Amstel Lease), D.M. van Geel & J.M. de Bruin, Huurvorderingen in faillissement anno 2013, TvHB 2013, afl. 4, p. 220-227 en T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder. Over schadevergoeding, bankgaranties en het gelijk van Vlieland Heij, TvI 2011/17.

18. R.o. 3.4.1 en 3.4.2 van onderhavig arrest.

5.1 De reikwijdte van art. 39 Fw

De overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Doka/Kalmijn q.q. roepen de vraag op of art. 39 Fw een ruimer toepassingsbereik heeft dan uitsluitend de huur van onroerende en roerende zaken.

Krachtens art. 7:201 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is 'huur' de overeenkomst waarbij de ene partij, de verhuurder, zich verbindt aan de andere partij, de huurder, een zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie. Dat kan zowel roerende als onroerende zaken betreffen (art. 3:3 BW). Ook kan huur betrekking hebben op vermogensrechten, aldus art. 7:201 lid 2 BW. Tegen de achtergrond van het arrest Doka/Kalmijn q.q. zijn wij van mening dat art. 39 Fw eveneens ziet op de huur van vermogensrechten.¹⁹

In het arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat nu de tekst van art. 39 Fw spreekt van 'huur', zonder onderscheid te maken tussen onroerende en roerende zaken, deze bepaling kennelijk ook van toepassing is op de huur van roerende zaken. Dit volgt naar het oordeel van de Hoge Raad ook uit de ratio van art. 39 Fw, te weten het aan de curator willen toekennen van de mogelijkheid om lopende huurovereenkomsten op korte termijn te beëindigen, opdat de verschuldigde huur na het faillissement niet kan oplopen tot een hoog bedrag. Art. 39 Fw maakt evenmin onderscheid tussen huur van zaken en huur van vermogensrechten. In dit verband merken we op dat ook ten tijde van de inwerkingtreding van de bepaling werd aangenomen dat vermogensrechten konden worden gehuurd.²⁰ Ook bij de huur van vermogensrechten – zoals huur van goodwill – geldt dat de verschuldigde huur na faillissementsdatum kan oplopen tot een hoog bedrag, zodat ook voor dat soort huurovereenkomsten de ratio van art. 39 Fw opgaat. Bovendien zou een andersluidende opvatting leiden tot het ongewenste gevolg dat een curator wel huurovereenkomsten betreffende onroerende en roerende zaken kan beëindigen, maar niet daarmee samenhangende huurovereenkomsten betreffende vermogensrechten.²¹

Naar aanleiding van onze opvatting dat art. 39 Fw ook van toepassing is op huur van vermogensrechten, merken we op dat niet steeds duidelijk is wanneer sprake is van huur van vermogensrechten. Daarvan is uiteraard alleen sprake indien (1) hetgeen in gebruik wordt gegeven kan worden aangemerkt als 'vermogensrecht' en (2) die ingebruikgeving heeft te gelden als 'huur'.

19. Zie in gelijke zin J.K. Six-Hummel, Raakvlakken tussen faillissement en huur, TvI 2014/15, J.K. Six-Hummel in haar noot bij HR 9 januari 2015, WR 2015/32, alsmede T.T. van Zanten in zijn noot bij HR 9 januari 2015, JOR 2015/122.
20. A-G Van Peursem in sub 3.4 van zijn conclusie bij het onderhavige arrest, met verwijzing naar o.m. G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, XII, Groningen: J.B. Wolters 1889, p. 11-12 en Asser/Limburg 5-III 1905, p. 569. Vermogensrechten werden aangeduid als 'onlichamelijke zaken'. Zie art. 559 BW (oud) en Asser/Scholten, II 1905, p. 4.
21. Zie in gelijke zin Six-Hummel 2014 en J.K. Six-Hummel in haar noot bij HR 9 januari 2015, WR 2015/32.

Het begrip 'vermogensrechten' is vrij ruim. Vermogensrechten zijn rechten die, hetzij afzonderlijk, hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of ertoe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, dan wel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel (art. 3:6 BW). Of een recht een vermogensrecht is, staat, gezien de daarvoor vereiste bestanddelen (waaronder overdraagbaarheid), niet steeds onomstotelijk vast.²² Zo is in de literatuur bijvoorbeeld uitgebreid gediscussieerd over de vraag of een assurantieportefeuille overdraagbaar is en kan worden aangemerkt als vermogensrecht, in verband met de vraag of daarop een pandrecht kan worden gevestigd.²³ Dergelijke discussies zijn nu ook van belang voor de vraag of in bepaalde gevallen sprake is van huur van vermogensrechten, in welk geval naar onze mening art. 39 Fw van toepassing is. Ook is niet steeds duidelijk of een overeenkomst betreffende het gebruik van (vermogens)rechten kan worden aangemerkt als huurovereenkomst. Dat geldt bijvoorbeeld voor licentieovereenkomsten, met name omdat de wetsgeschiedenis betreffende huur zich daartegen lijkt te verzetten.²⁴

5.2 Intermezzo: kritiek op (de reikwijdte van) art. 39 Fw

In de literatuur is al langere tijd kritiek op het toepassingsbereik van art. 39 Fw. Deze kritiek houdt in dat zonder rechtvaardigingsgrond verhuurders door art. 39 Fw worden bevoordeeld boven partijen die met de gefailleerde een duurovereenkomst anders dan een huurovereenkomst zijn aangegaan, terwijl dergelijke overeenkomsten vaak materieel gelijk zijn aan huurovereenkomsten.²⁵

In aansluiting op de eerdergenoemde kritiek op art. 39 Fw is het artikel in het Voorontwerp Insolventiewet van 2007 geschrapt. Huurovereenkomsten vallen in het Voorontwerp onder de algemene regeling voor over en weer nog niet geheel nagekomen overeenkomsten (art. 3.4.1 van het Voorontwerp Insolventiewet). In 2011 heeft de minister van Veiligheid en Justitie evenwel laten weten af te zien van een op het Voorontwerp gebaseerde integrale herziening van de faillissementswetgeving.

22. Asser/Abas 5-IIA 2007/13-14. Vgl. P.A. Stein, Groene Serie Vermogensrecht (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 6, aant. 34.
23. Zie bijv. F.J.L. Kaptein, Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon, TvI 2011/22 en G.H.G.M. van Berkel, Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht, TvI 2011/29. Die discussie is tot op heden nog niet door de Hoge Raad beslecht.
24. F.C. Folmer, T.J. de Graaf & A.M.E. Verschuur, Overdracht, licenties en derdenwerking in het intellectuele-eigendomsrecht. Een verkenning van de grondslag en reikwijdte van de derdenwerking van intellectueel-eigendomsrechtlicenties in het goederen-, verbintenissen- en intellectueel-eigendomsrecht, MvV 2008, afl. 7/8, p. 172-173.
25. Zo heeft Van Mierlo betoogd dat art. 39 Fw (alsmede art. 40 Fw) op het punt van de boedelschuldenregeling geheel kan worden geschrapt en heeft Van Andel op dezelfde gronden bepleit dat, zolang art. 39 Fw niet is afgeschaft, dat artikel op zijn minst beperkt moet worden uitgelegd en niet zou moeten zien op huur van roerende zaken. Zie respectievelijk Van Andel in zijn noot bij HR 13 mei 2005, JOR 2005/222 (Curatoren BabyXL/Amstel Lease). Zie ook R.J. van Galen, Drie typen schulden bij faillissement (i), WPNR (1996) 6225, p. 395.

Nu op grond van het arrest Doka/Kalmijn q.q. is komen vast te staan dat art. 39 Fw een ruimer toepassingsbereik heeft dan alleen de huur van onroerende zaken, is de aan het begin van deze paragraaf verwoorde kritiek wederom actueel geworden.

Overigens heeft de A-G in zijn conclusie aangegeven dat bij beantwoording van de aan de Hoge Raad voorgelegde prejudiciële vraag onderscheid gemaakt zou kunnen worden tussen huurovereenkomsten van korte duur en huurovereenkomsten van lange duur. Dat onderscheid, dat de A-G vanwege afbakeningsproblemen onwenselijk acht – wat is lang en wat is kort? –, heeft de Hoge Raad in zijn arrest in ieder geval niet gemaakt.²⁶ Deze constatering is voor het voorgaande in zoverre relevant, dat een eventueel te maken onderscheid tussen huurovereenkomsten enerzijds en andersoortige overeenkomsten anderzijds niet kan worden gerechtvaardigd met het argument dat huurovereenkomsten veelal duurovereenkomsten zijn, terwijl dat voor andersoortige overeenkomsten in de regel in mindere mate zal gelden.

5.3 Praktische gevolgen van het arrest voor verhuur van roerende zaken²⁷

In het navolgende bespreken wij een aantal praktische gevolgen van het arrest. We streven daarbij niet naar volledigheid; het betreft een selectie uit voor de praktijk relevante onderwerpen. Onderhavig arrest heeft verstrekkende consequenties voor de praktijk van huur van roerende zaken, zoals bedrijfsinventaris en auto's. Voortaan is onomstreden dat op grond van art. 39 Fw een verhuurder en de curator van een gefailleerde huurder (naast een eventuele contractuele ontbindingsbevoegdheid) bevoegd zijn om een huurovereenkomst op te zeggen en dat de huurvorderingen die na faillissement ontstaan, kwalificeren als boedelvordering. Die opzegging moet geschieden met inachtneming van de overeengekomen of gebruikelijke opzegtermijn, terwijl de opzegtermijn maximaal drie maanden bedraagt. Bij huurovereenkomsten betreffende roerende zaken zal vaak (anders dan bij huur van onroerende zaken) geen sprake zijn van plaatselijk gebruik betreffende de termijn voor opzegging.²⁸ Verhuurders van roerende zaken doen er aldus verstandig aan om in hun huurovereenkomsten te bepalen tegen welke termijn kan worden opgezegd, zodat zij dat zelf in de hand hebben. Zoals reeds opgemerkt moet opzegging bovendien geschieden tegen een naar plaatselijk gebruik gangbaar tijdstip, dat niet ter vrije bepaling van contactspartijen staat.

26. Zie sub 3.18 van de conclusie van de A-G.

27. Vanwege de omvang van deze bijdrage beperken we ons tot een uiteenzetting van de praktische gevolgen van het onderhavige arrest voor de huur van roerende zaken, op welk soort overeenkomsten het arrest immers ziet. De specifieke praktische gevolgen voor de huur van vermogensrechten laten we verder buiten beschouwing.

28. Polak/Polak, Faillissement en surséance van betaling (Mr. M. Polak's handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht, deel I, derde gedeelte) (7de druk), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972, p. 141.

Nu vorderingen betreffende huur van roerende zaken vanaf faillissementsdatum gelden als boedelvordering, zullen curatoren dergelijke huurovereenkomsten eerder in het belang van de preferente en concurrente schuldeisers moeten opzeggen dan voorheen, toen dergelijke vorderingen dikwijls als concurrente faillissementsvordering werden beschouwd. Naar nu blijkt ten onrechte.

Verhuurders van roerende zaken kunnen onder omstandigheden baat hebben bij het verkrijgen van een boedelvordering. Zij zijn daarmee tot op zekere hoogte (afhankelijk van de omvang van de boedel) verzekerd van betaling van de huurtermijnen over de opzegperiode na faillissementsdatum. Hierbij moet worden aangetekend dat (recente) arresten van de Hoge Raad, waaronder het onderhavige, hebben geleid tot een toename van het aantal boedelvorderingen, waardoor bij gelijkblijvende boedels het hebben van een boedelvordering in mindere mate zal leiden tot een uitkering.²⁹ Overigens is dat deels een academische constatering, nu in ongeveer 75% van de faillissementen sprake is van een zogeheten 'lege boedel', waarbij er onvoldoende actief is voor (gedeeltelijke) uitkering aan boedelschuldeisers.³⁰

Contractuele bepalingen

Verhuurders van onroerende en roerende zaken plegen veelal te bedingen dat zij in geval van faillissement van de huurder de huurovereenkomst tussentijds mogen doen eindigen en bovendien recht hebben op betaling van resterende huurtermijnen.³¹ De Hoge Raad heeft reeds geoordeeld over de geoorlooftheid van dergelijke bedingen ('leegstandclausules') en daaraan gekoppelde garanties (verstrekt ten behoeve van de

29. ABRvS 11 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AG3118, JOR 1997/105 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Alvat), HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3819, NJ 2000/53 m.nt. P. van Schilfgaarde (LISV-Wilderink q.q.) en ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, JOR 2015/19 m.nt. A.J. Tekstra, JM 2014/111 m.nt. P. Jong en F. Onrust.

30. A.P.K. Lutikhuis, Insolventierecht in cijfers en modellen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 30. Zie ook G. van Dijk, R.D. Vriesendorp & D.C.M.H. Vielvoe, Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels, TvI 2008/33 en W.A.H. Melissen & R. Mulder, Beloning curatoren en lege boedels; stand van zaken, wat wordt van curatoren verlangd?, TvI 2009/32.

31. In HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2011/101 m.nt. J.J. van Hees (Aukema q.q./Uni-Invest) draaide het bijv. om de rechtsgevolgen van een beroep op de toepasselijke Algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte volgens het ROZ-model 1996 in combinatie met een ten behoeve van de verhuurder van een onroerende zaak gestelde bankgarantie, voor de verplichtingen van de huurder uit de huurovereenkomst en voor de vergoeding van alle door de verhuurder te lijden schade "doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement, of aan de huurder verleende surséance van betaling, ingevolge de opzegging door de curator of door huurder en de bewindvoerder, tussentijds zal worden beëindigd". In de huurovereenkomst betreffende roerende zaken (te weten computers) die aanleiding gaf tot HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2005/222 m.nt. W.J.M. van Andel (BabyXL/Amstel Lease), was opgenomen dat in geval van ontbinding door verhuurder in geval van faillissement van de huurder alle resterende huurtermijnen direct opeisbaar waren.

verhuurder door de huurder of een derde) voor huur van onroerende zaken in relatie tot art. 39 Fw.³²

De Hoge Raad heeft kort gezegd overwogen dat art. 39 Fw niet in de weg staat aan een beroep van een verhuurder op in een huurovereenkomst opgenomen bepalingen dat de verhuurder in geval van faillissement van de huurder recht geeft op ontbinding³³ van de huurovereenkomst alsmede op schadevergoeding tot een bedrag ter grootte van (alle) resterende huurtermijnen die bij een normale uitvoering van de overeenkomst zouden zijn verschenen ('leegstandschade').³⁴ Een garant die de leegstandschade van de verhuurder door middel van een (bank)garantie garandeert, kan zijn regresvordering echter niet tegen de boedel inroepen.³⁵ Een curator kan een verhuurder het voornoemde recht op vergoeding van leegstandschade ontnemen door de huurovereenkomst ex art. 39 Fw op te zeggen voordat de verhuurder de overeenkomst ontbindt. Opzegging door de curator op grond van art. 39 Fw is volgens de Hoge Raad immers een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst, die niet tot schadevergoeding verplicht.³⁶

Gelet op het onderhavige arrest mag worden aangenomen dat de hierboven beschreven regels ook van toepassing zijn op huur van roerende zaken.³⁷

Eenzijds vormt het arrest een 'nieuwe' bedreiging voor verhuurders van roerende zaken. Eerder konden zij, indien overeengekomen, de huurovereenkomst ontbinden en aanspraak maken op 'stilstandschade' ('leegstandschade' in geval van onroerende zaken), zonder te vrezen voor opzegging van de huurovereenkomst door de curator ex art. 39 Fw. Gezien het arrest staat nu vast dat een curator een huurovereenkomst betreffende roerende zaken op grond van art. 39 Fw mag opzeggen. Zodoende kan hij de verhuurder van roerende zaken een contractueel recht op vergoeding van stilstandschade

de in geval van ontbinding van de huurovereenkomst ontnemen. Anderzijds biedt het arrest voor verhuurders van roerende zaken als voordeel dat nu vaststaat dat hun na faillissementsdatum opkomende huurvorderingen hebben te gelden als boedelvordering, terwijl die eerder dikwijls als concurrente faillissementsvordering werden beschouwd.

De verhuurder zal de voorkeur geven aan ontbinding van de huurovereenkomst en aanspraak op stilstandschade van de resterende huurtermijnen, indien voor betaling van de stilstandschade voldoende zekerheid is verstrekt door de huurder of een derde, bijvoorbeeld in de vorm van een bankgarantie. Tot die keuze zal een verhuurder ook komen indien hij uitzicht heeft op een dermate volle boedel, dat er een aanzienlijke kans bestaat dat de als concurrente vordering kwalificerende stilstandschade (grotendeels) zal worden voldaan. Kennis over de omvang van de boedel kan bijvoorbeeld aanwezig zijn bij de niet-gefaillieerde moeder die bedrijfsruimte verhuurt aan haar gefaillieerde dochter. Bij het ontbreken van garanties en (uitzicht op) een dermate lege boedel dat alleen boedelvorderingen (deels) kunnen worden voldaan, zal voor een verhuurder opzegging conform art. 39 Fw aantrekkelijker zijn dan contractuele beëindiging en aanspraak op stilstandschade van de resterende huurtermijnen. Hij heeft dan weliswaar (in de regel) een beperktere vordering (veelal maximaal drie maanden huur), maar die boedelvordering zal vóór faillissementsvorderingen moeten worden voldaan. De kans dat een verhuurder zijn vordering (deels) voldaan krijgt, is daarmee (in theorie) groter.

Indien de verhuurder de overeenkomst wil ontbinden en aanspraak wil maken op stilstandschade, zal hij moeten ontbinden voordat de curator de overeenkomst op grond van art. 39 Fw opzegt. Indien de verhuurder meer gebaat is bij een boedelvordering, zal hij de huurovereenkomst zelf opzeggen ex art. 39 Fw, of een dergelijke opzegging door de curator afwachten.³⁸

In dit verband is het van belang om op te merken dat ontbinding van huurovereenkomsten betreffende gebouwde onroerende zaken op grond van 'wanprestatie' van de huurder krachtens art. 7:231 lid 1 BW (in beginsel) slechts door de rechter kan geschieden.³⁹ Dat artikel is niet van toepassing op de ontbinding van huurovereenkomsten betreffende roerende zaken. Zodoende kan een verhuurder van roerende zaken eer-

32. HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2005/222 m.nt. W.J.M. van Andel (BabyXL/Amstel Lease), HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2011/101 m.nt. J.J. van Hees (Aukema q.q./Uni-Invest), HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 m.nt. P. van Schilfgaarde, JIN 2014/14 m.nt. L. Krieckaert, TvI 2014/12 m.nt. Spinath (Romania) en HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1381, NJ 2014/69 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2014/28 m.nt. J.J. van Hees (TEP/curatoren Autodrome Holding). Voor een beschouwing over Romania wordt verwezen naar A.L. Jonkers, Romania en bankgarantie. Een herlezing van de arresten Romania, Aukema en TEP, MvV 2014, afl. 10, p. 278-283.

33. Dat betreft ontbinding in de zin van art. 7:231 BW, niet ontbinding ex art. 6:265 BW.

34. HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2005/222 m.nt. W.J.M. van Andel (BabyXL/Amstel Lease).

35. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 m.nt. P. van Schilfgaarde, JIN 2014/14 m.nt. L. Krieckaert, TvI 2014/12 m.nt. Spinath (Romania).

36. Althans, zo wordt HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2011/101 m.nt. J.J. van Hees (Aukema q.q./Uni-Invest) algemeen opgevat.

37. Zo ook Van Zanten & Verstijlen 2011.

38. Aldus reeds V.R. Vroom & Y.M. van Beek, Perikelen bij beëindiging huurovereenkomst na faillissement huurder, FIP 2011, afl. 8, p. 216. Zij spreken over een 'wedloop' tussen de verhuurder en de curator. Zie ook Van Andel in zijn noot bij HR 13 mei 2005, JOR 2005/222 (BabyXL/Amstel Lease). De vraag kan overigens opkomen of (rechtsgeldig) kan worden overeengekomen dat in geval van faillissement van de huurder, de verhuurder de huurovereenkomst mag beëindigen tegen een bepaalde termijn (bijv. een jaar) en de na faillissementsdatum opkomende huurvorderingen desalniettemin zijn aan te merken als boedelvordering ex art. 39 Fw. In art. 39 Fw is immers bepaald dat de huurprijs vanaf faillietverklaring een boedelschuld is. Voor het kwalificeren van na faillissementsdatum opkomende huurvorderingen is immers niet vereist dat de huurovereenkomst ex art. 39 Fw is beëindigd.

39. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze bepaling in een insolventierechtelijke context Van Zanten & Verstijlen 2011.

der dan een verhuurder van onroerende zaken een huurovereenkomst (contractueel) beëindigen en daarmee beëindiging door de curator ex art. 39 Fw voor zijn.

De 'stilzittende' verhuurder

Een verhuurder van roerende zaken zou een hoge boedelvordering kunnen verkrijgen door een huurovereenkomst niet te beëindigen. In theorie kan een boedelvordering van een verhuurder onbepaald oplopen. Zolang een huurovereenkomst niet wordt beëindigd, kwalificeren de na faillissement ontstane huurvorderingen immers als boedelvordering. Terwijl een gefailleerde (vennootschap) doorgaans één of enkele huurovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken zal hebben, zal zij veelal meerdere roerende zaken huren. Het is voor een curator niet zelden lastig om (volledig) te achterhalen bij welke huurovereenkomsten de gefailleerde (vennootschap) partij is. Curatoren varen veelal op de inlichtingen die zij van een bestuurder van een gefailleerde vennootschap verkrijgen over het bestaan van huurovereenkomsten. Indien de curator niet door de bestuurder of door middel van de (onvolledige) administratie wordt geïnformeerd over bestaande huurovereenkomsten, bestaat het risico dat hij daarmee pas bekend raakt zodra hij (bijvoorbeeld) via de post (blokkade) een factuur ontvangt van de verhuurder. Het risico op een stilzittende verhuurder verschilt per context en faillissement. Zo zal een verhuurder die weet dat sprake is van een volle boedel eerder geneigd zijn om na te laten een huurovereenkomst op te zeggen, om zo een hoge boedelvordering te realiseren. Verhuurders die moeilijk kunnen oordelen over de staat van de faillissementsboedel zullen eerder geneigd zijn om de huurovereenkomst op te zeggen en hun eigendommen op te eisen, om te voorkomen dat deze worden verkocht en om te trachten die aan andere partijen te verhuren.

Een curator zal een boedelvordering van een (doelbewust) 'stilzittende' verhuurder van roerende zaken niet snel kunnen weren. Zo zal een beroep op art. 3:13 BW (misbruik van recht) en/of art. 6:2 BW (onaanvaardbaarheid naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid) niet snel slagen, gelet op de hoge eisen die in de jurisprudentie aan dergelijke verweermiddelen worden gesteld, nog los van eventuele bewijsrechtelijke problemen. Wij achten het evenwel onwenselijk dat rechten van preferente en concurrente schuldeisers op deze manier kunnen verwateren.

6 Conclusie

Blijkens het arrest Doka/Kalmijn q.q. is art. 39 Fw niet alleen van toepassing op de huur van onroerende zaken, maar ook op de huur van roerende zaken. Tegen de achtergrond van het arrest hebben wij het standpunt verdedigd dat art. 39 Fw ook ziet op de huur van vermogensrechten, waarmee art. 39 Fw naar onze mening een ruim toepassingsbereik heeft.

Krachtens art. 39 Fw kan een verhuurder aanspraak maken op een huurvordering (van in beginsel maximaal drie maanden) die als boedelvordering kwalificeert. Deze bevoegdheid bestaat

naast de mogelijkheid tot contractuele beëindiging, die onder omstandigheden aanspraak geeft op resterende huurtermijnen (de stilstandschade). Deze laatste vordering kwalificeert als concurrente vordering.

Of het onderhavige arrest positief of negatief uitpakt voor de positie van verhuurders van roerende zaken en vermogensrechten hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien de verhuurder voldoende zekerheid heeft verkregen tot betaling van stilstandschade, zal hij meer baat hebben bij een hoge stilstandschadevergoeding na ontbinding overeenkomstig een daartoe strekkende contractuele bepaling dan bij een lagere boedelvordering na opzegging ex art. 39 Fw. Indien de verhuurder een dergelijke zekerheid niet heeft gekregen en uit de boedel alleen boedelvorderingen kunnen worden voldaan, zal hij meer gebaat zijn bij het verkrijgen van een boedelvordering.

Het 'nieuwe' toepassingsbereik van art. 39 Fw kan leiden tot verschillende ongewenste consequenties, zoals toename van het aantal boedelvorderingen, wat leidt tot verschraling van de rechten van preferente en concurrente schuldeisers en de mogelijkheid tot eventueel misbruik door 'stilzittende' verhuurders. Al met al zal art. 39 Fw daarmee een voorwerp van discussie blijven.