

HR 14 januari 2011, NJ 2011, 114: Tussentijdse beëindiging van huurovereenkomsten in faillissement¹

Fw

Op grond van art. 39 Fw kan zowel de verhuurder als de curator van de failliete huurder een lopende huurovereenkomst tussentijds opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van maximaal drie maanden. Dit is voor een verhuurder vanzelfsprekend bezwarend. Om dit probleem te ondervangen spreken de verhuurder en de huurder veelal af dat de huurder een schadevergoeding voor gedeerde huurtermijnen is verschuldigd als de huurovereenkomst tussentijds wordt opgezegd door de curator en dat de huurder tot zekerheid van deze verplichting een abstracte bankgarantie moet laten stellen (die in de regel op verzoek van de bank zal zijn afgedekt door een door de huurder afgegeven contragarantie). De Hoge Raad laat zich in het arrest Aukema q.q./Uni-Invest uit over de vraag of art. 39 Fw in de weg staat aan het vorderen van schadevergoeding na opzegging van de huurovereenkomst door de curator op de voet van deze bepaling.



mr. J.P.D. van de
Klift



mr. D.A.W. van
Dijk MRE MRICS

1. ARREST HOGE RAAD (AUKEMA Q.Q./UNI-INVEST)

Aan het onderhavige arrest ligt een vergelijkbare casus ten grondslag als hierboven uiteengezet.

De huurder wordt failliet verklaard. De curator zegt vervolgens de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw op. Hierna claimt de verhuurder schadevergoeding claimt onder de bankgarantie, die vervolgens door de bank via de contragarantie ten laste van de boedel wordt gebracht.

De curator is van mening dat de strekking van art. 39 Fw zich verzet tegen de afspraken tot betaling van schadevergoeding en het stellen van een abstracte bankgarantie en vordert de veroordeling van de verhuurder tot betaling aan de boedel van de schadevergoeding die de verhuurder onder de bankgarantie heeft ontvangen.

De Hoge Raad overweegt dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 39 Fw moet worden afgeleid dat de regeling in deze bepaling berust op een afweging van enerzijds het belang van de boedel tot voorkoming van het oplopen van boedelschulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs. In het belang van de boedel heeft de wetgever de curator het recht gegeven om een huurovereenkomst op een termijn van maximaal drie maanden op te zeggen. Uit billijkheidsoverwegingen heeft de wetgever daar tegenover aan de verhuurder zekerheid verschaft door de huurtermijnen die na datum faillissement gedurende de

opzegperiode vervallen tot boedelschuld te promoveren. De wetgever vond het vervolgens overbodig om de verhuurder daarnaast nog een recht op schadevergoeding toe te kennen (r.o. 3.5.2).

Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat in art. 40 Fw een vergelijkbare regeling is opgenomen voor tussentijdse beëindiging van arbeidsovereenkomsten. Op grond van deze bepaling kan zowel de werknemer als de curator van de werkgever een lopende arbeidsovereenkomst opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van maximaal zes weken. Het loon en de premies die na datum faillissement vervallen tot aan de datum van beëindiging worden eveneens tot boedelschuld gepromoveerd. De werknemer heeft daarnaast geen recht op schadevergoeding. Tegen deze achtergrond oordeelde de Hoge Raad reeds in het arrest *Papierfabrieken Van Gelder* dat een werknemer tegen de boedel geen aanspraak kan maken op betaling van een contractueel verschuldigde ontslagvergoeding bij opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator, omdat de strekking van art. 40 Fw zich daar tegen verzet (r.o. 3.5.3).²

In het licht van het voorgaande overweegt de Hoge Raad dat de strekking van art. 39 Fw. zich verzet tegen een aanspraak van de verhuurder tegen de boedel op betaling van een contractueel verschuldigde schadevergoeding voor gedeerde huurtermijnen bij tussentijdse opzegging van de huurovereenkomst door de curator (r.o. 3.5.3). Vervolgens overweegt de Hoge Raad onder verwijzing naar het arrest *BabyXL* dat het systeem van de Faillissementswet zich niet verzet tegen

een aanspraak van de verhuurder op betaling van een dergelijke contractueel verschuldigde schadevergoeding voor gedeerde huurtermijnen bij tussentijdse ontbinding door de verhuurder op grond van een wettelijke of contractuele regeling. Een dergelijke aanspraak komt op de voet van art. 37a Fw voor verificatie in aanmerking (r.o. 3.5.3).³

2. COMMENTAAR

De Hoge Raad maakt dus een onderscheid tussen de opzegging van de huurovereenkomst en de ontbinding van de huurovereenkomst door de verhuurder op grond van een andere wettelijke of contractuele regeling. In het eerste geval kan geen aanspraak worden gemaakt op een contractueel verschuldigde schadevergoeding voor gedeerde huurtermijnen. In het tweede geval kan dat wel.

Het oordeel van de Hoge Raad is met name gebaseerd op de belangenafweging die blijkens de totstandkomingsgeschiedenis aan art. 39 Fw ten grondslag ligt. Verstijlen en Van Zanten merken terecht op dat deze belangenafweging is gebaseerd op inmiddels achterhaalde opvattingen over de werking van duurovereenkomsten in faillissement. Enerzijds biedt een boedelschuld lang niet zo veel zekerheid op betaling als destijds in 1893 tijdens de invoering van de Faillissementswet. Anderzijds zijn contractuele verplichtingen die als gevolg van een opzegging door de curator op de voet van art. 39 Fw ontstaan, zoals ontruimings- en opleveringsverplichtingen, door de Hoge Raad in het arrest tot boedelschuld verheven. Verder kunnen de huurtermijnen die vervallen na faillietverklaring niet (meer) worden geverifieerd.⁴ Daarom vragen zij zich terecht af of de positie van de verhuurder niet meer zou moeten aansluiten op de positie van andere partijen die vóór faillissement een duurovereenkomst hebben gesloten, zoals een licentieovereenkomst of een bruikleenovereenkomst, waarop art. 37 Fw en de gewone regels van het Burgerlijk Wetboek voor wederkerige overeenkomsten van toepassing zijn. Een uitzonderingspositie voor huurovereenkomsten lijkt niet langer gerechtvaardigd.⁵

Voorlopig maakt art. 39 Fw echter nog onderdeel uit van ons faillissementsrecht. Dat laat echter onverlet dat niet valt in te zien wat de rechtvaardiging is om een onderscheid te maken tussen opzegging door de curator en ontbinding door de verhuurder voor wat betreft het recht om jegens de boedel aanspraak te maken op schadevergoeding voor gedeerde huurtermijnen. De wetgever lijkt een dergelijk onderscheid niet te hebben beoogd bij de invoering van art. 39 Fw. Daar komt bij dat de uitspraak van de Hoge Raad wellicht het maatschappelijke ongewenste resultaat heeft dat verhuurders en curatoren zich zullen haasten om de huurovereenkomst als eerste te beëindigen, waardoor de kans op een succesvolle doorstart van de failliete onderneming aanzienlijk afneemt. Hierbij moeten echter drie kanttekeningen worden geplaatst.

In de eerste plaats bestaat er discussie over de vraag of een contractueel beding dat de verhuurder het recht geeft een huurovereenkomst voor gebouwde onroerende zaken te ontbinden wegens het faillissement van de huurder überhaupt wel geldig is. Op grond van art. 7:231, lid 1, BW kan een huurovereenkomst voor gebouwde onroerende zaken in geval van een tekortkoming van de huurder namelijk alleen

door de rechter worden ontbonden. Van deze bepaling kan niet ten nadele van de huurder worden afgeweken. In de doctrine wordt door sommige schrijvers betoogd dat een contractueel beding dat de verhuurder het recht geeft een dergelijke huurovereenkomst buitengerechtelijk te ontbinden wegens het faillissement van de huurder in strijd is met deze bepaling. In dat geval zou een curator zo'n beding kunnen vernietigen.⁶ Door andere schrijvers wordt betoogd dat deze bepaling alleen geldt voor ontbinding wegens wanprestatie en niet voor andere gevallen van buitengerechtelijke beëindiging, zoals het intreden van (andere) ontbindende voorwaarden.⁷ In dat verband kan de vraag worden gesteld of het partijen niet vrij zou mogen staan om het faillissement van de verhuurder als ontbindende voorwaarde in de huurovereenkomst op te nemen. Van wanprestatie aan de zijde van de failliete huurder hoeft op dat moment immers nog geen sprake te zijn. Daar kan tegenin worden gebracht dat met zo'n ontbindende voorwaarde in feite wordt geanticipeerd op een eventuele wanprestatie door de failliete huurder. Dat levert weer een argument op om te betogen dat art. 7:231, lid 1, BW wel in de weg staan aan zo'n ontbindende voorwaarde. In dat geval zou het belang van de onderhavige uitspraak beperkt zijn tot verhuur van roerende zaken en ongebouwd onroerend goed, omdat zo'n ontbindende voorwaarde bij verhuur van gebouwde onroerende zaken dan door de curator kan worden vernietigd.

In de tweede plaats moeten curatoren er rekening mee houden dat ontruimings- en opleveringsverplichtingen als zij een huurovereenkomst opzeggen als boedelschuld kwalificeren.⁸ Hierdoor kunnen zij niet rücksichtslos huurovereenkomsten opzeggen. Zij zullen in het belang van de boedel een afweging moeten maken tussen opzegging, in welk geval de verschuldigde huurtermijnen gedurende de opzegperiode en de ontruimings- en opleveringsverplichtingen als boedelschuld kwalificeren, en ontbinding door de verhuurder, in welk geval de contractueel verschuldigde schadevergoeding voor gedeerde huurtermijnen als concurrente vordering kwalificeert. Een dergelijke afweging kan er toe leiden dat zij in het belang van de boedel moeten afzien van opzegging en het moeten laten aankomen op een opzegging of ontbinding door de verhuurder. Verhuurders zullen voor wat hun recht om de huurovereenkomst te ontbinden of op te zeggen betreft een vergelijkbare afweging moeten maken. Hierbij moeten zij mede in acht nemen in hoeverre hun vorderingen worden gedekt door zekerheden die door derden zijn verstrekt, bijvoorbeeld een door een bank afgegeven abstracte bankgarantie.

Verhuurders moeten er tot slot rekening mee houden dat huurders of curatoren de ontbinding van de huurovereenkomst op grond van een wettelijke of contractuele regeling met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen tegengaan. In dat geval komt aan de verhuurders niet het recht toe om aanspraak te maken op de contractueel verschuldigde schadevergoeding voor gedeerde huurtermijnen, omdat de aanspraak daarop immers is gekoppeld aan de ontbinding van de huurovereenkomst. Zo'n beroep heeft kans van slagen in gevallen waarin ervan kan worden uitgegaan dat de doorbetaling van de huur gedurende het faillissement verzekerd is.⁹ Verder moeten verhuurders er rekening mee houden dat het con-

tractuele schadevergoedingsbeding voor gedeelde huurtermijnen kan worden aangemerkt als een boetebeding in de zin van art. 6:91 BW in gevallen waarin de werkelijk geleden schade lager is dan de contractueel verschuldigde schadevergoeding voor gedeelde huurtermijnen. In dat geval kan de curator de rechter op de voet van art. 6:94 BW verzoeken de bedongen 'boete' te matigen tot het beloop van de schadevergoeding die op grond van de wet verschuldigd is.¹⁰

De Hoge Raad gaat in zijn uitspraak niet in op de vraag of de strekking van art. 39 Fw zich verzet tegen de afspraak tot het stellen van de abstracte bankgarantie. Gezien het oordeel van de Hoge Raad dat de verhuurder jegens de boedel geen aanspraak kan maken op een contractueel verschuldigde schadevergoeding voor gedeelde huurtermijnen na opzegging van de huurovereenkomst door de curator, valt niet uit te sluiten dat de verhuurder na opzegging van de huurovereenkomst door de curator geen aanspraak kan maken op schadevergoeding voor gedeelde huurtermijnen onder de bankgarantie, omdat deze schadevergoeding via de contractgarantie alsnog ten laste van de boedel wordt gebracht. Als art. 39 Fw zich verzet tegen een rechtstreekse aanspraak ligt het voor de hand dat deze bepaling zich ook verzet tegen een aanspraak die via een omweg ten laste van de boedel wordt gebracht.

Als alternatief voor een bankgarantie voor gedeelde huurtermijnen zouden de huurtermijnen voor een bepaalde periode gelijk aan het anders te garanderen bedrag onder de bankgarantie vooruit kunnen worden betaald en aan een derde (bijvoorbeeld een bank) in bewaring kunnen worden gegeven. In dat geval kan de huurovereenkomst door de curator op grond van de Fw niet eerder worden opgezegd dan tegen het einde van de vooruitbetaalde termijn. Een ander alternatief zou kunnen zijn dat de netto contante waarde van de huurtermijnen voor een initiële periode van stel tien jaar worden vooruitbetaald en dat het bedrag dat daarvoor benodigd is door de verhuurder aan de huurder wordt geleend. Partijen kunnen daarbij afspreken dat de annuïteiten onder de overeenkomst van geldlening gelijk zijn aan de huurtermijnen die de huurder verschuldigd zou zijn geweest als de huurtermijnen niet vooruit zouden zijn betaald. Het voordeel van een dergelijke afspraak is dat de huurovereenkomst gedurende deze initiële periode niet door de curator kan worden opgezegd en dat de verhuurder zijn vordering onder de overeenkomst van geldlening bij opzegging in geval van faillissement als een concurrente vordering kan verifiëren. Verder zou de verhuurder met de huurder kunnen afspreken dat de verhuurder niet vooraf maar achteraf een huurkorting zal geven als de huurovereenkomst niet voor ommekomst van een bepaalde tussentijds zal worden beëindigd.¹¹ Met deze alternatieven zou de verhuurder zich zekerheid kunnen verschaffen voor zijn schade bij tussentijdse opzegging van de huurovereenkomst door de curator op de voet van art. 39 Fw. Aangezien de wetgever bij de invoering van art. 39 Fw geen aanleiding zag om de verhuurder een recht op schadevergoeding te verlenen naast promotie tot boedelschuld van de huurtermijnen die na faillissement vervallen gedurende de opzegperiode, vragen wij ons af of de strekking van art. 39 Fw zich niet evenzeer verzet tegen alternatieve constructies waarmee wordt beoogd de verhuurder zekerheid te verschaffen voor zijn schade bij tussentijdse opzeg-

ging van de huurovereenkomst door de curator op de voet van deze bepaling.

3. TOT BESLUIT

De curator en Uni-Invest hebben de onderhavige zaak na verwijzing door de Hoge Raad inmiddels geschikt. Hierdoor zal het hof, bijvoorbeeld, niet meer toekomen aan de vraag of de strekking van art. 39 Fw zich verzet tegen de afspraak tot het stellen van de abstracte bankgarantie. Het laatste woord is met deze uitspraak van de Hoge Raad dus nog niet gezegd over tussentijdse beëindiging van huurovereenkomsten in faillissement. In ieder geval is wel duidelijk dat het voor de positie van betrokken partijen van belang is hoe de huurovereenkomst is geformuleerd en welke partij de overeenkomst als eerste beëindigt: de verhuurder of de curator en op grond waarvan. De betrokken partijen doen er daarom goed aan hun bestaande posities op basis van deze uitspraak te evalueren en bij het sluiten van nieuwe overeenkomsten de gevolgen van deze uitspraak in acht te nemen.

Beide auteurs zijn advocaat en verbonden aan de NautaDutilh N.V. Benelux Real Estate Group

- 1 Eveneens gepubliceerd in *JOR 2011/101* met noot van prof. mr. J.J. van Hees en *RvdW 2011, 133*; alsmede besproken door 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 Hein, Tvl 2011/17*; J.H.M. Spanjaard, *Huurbeëindiging in faillissement: oppassen geblazen!*, *ORP 2011,2*; E.H.H. Schelhaar in *Huurrecht Bedrijfsruimte 2011/2*; D.A.W. van Dijk en J.P.D. van de Klift, *Oordeel van de Hoge Raad roept vragen op*, *FD 24 maart 2011*; en M.E. Goldsmid, *Heeft verhuurder een aanspraak op schadevergoeding bij faillissement huurder*, *Vastgoedrecht, 2011/2*.
- 2 HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662.
- 3 HR 13 mei 2005, NJ 2005, 406.
- 4 HR 18 juni 2004, NJ 2004, 617 met noot van PvS (Van Galen q.q./Circle Vastgoed) en HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (WUH/Emmerig q.q.).
- 5 Van Zanten en Verstijlen, p. 89.
- 6 Zie nader Van Zanten en Verstijlen, p. 89-90.
- 7 Aant. 2 sub a bij art. 7:231 lid 1 BW, T&C Burgerlijk Wetboek, boeken 6, 7 en 8, Kluwer 2009.
- 8 *Van Galen q.q./Circle Vastgoed*. Zie ook Van Spanjaard, p. 40.
- 9 *BabyXL*, 3.4.2.
- 10 R.D. Vriesendorp, *Curatoren BabyXL/Amstel Lease*, AA 54 (2005) 11, p. 943.
- 11 Dit alternatief zal nader worden uitgewerkt in een binnenkort te verschijnen artikel in aflevering 8 van *WR Huurrecht van de hand van J.A. van Strijen* genaamd: 'Wel of geen schadevergoeding na het faillissement van de huurder?'.