

# Faillissement van de huurder en opleveringsschade

MR. A.M. LANGELOO

Het is in deze tijd geen ongebruikelijk beeld: de huurder van bedrijfsruimte die failliet gaat. In die ongelukkige situatie geeft de Faillissementswet aan de curator de mogelijkheid om de huurovereenkomst op te zeggen, mits dat in het belang van de failliete boedel is. De vanaf dat moment nog te betalen huur zal dan uit de faillissementsboedel worden voldaan, dat geeft de verhuurder enige zekerheid. Maar niet zelden blijft de verhuurder bij het einde van de huurovereenkomst met schade zitten, omdat het gehuurde niet correct wordt opgeleverd. Zijn deze herstelkosten dan net als de huur boedelschuld en heeft de verhuurder nog enige kans op verhaal? Of zal de verhuurder met zijn schadevergoedingsvordering naast alle andere schuldeisers in de rij moeten gaan staan?

**D**e Hoge Raad heeft zich over dit vraagstuk gebogen en heeft hierover in haar arrest van 19 april 2013 uitsluitel gegeven.<sup>1</sup> Hierna zullen de relevante huurrechtelijke aspecten van de zaak besproken worden. Ter inleiding zullen eerst twee verplichtingen van de huurder onder de loep genomen worden. Daarna zullen enkele begrippen en regelingen uit de Faillissementswet aangehaald worden en wordt toegelicht welk criterium de Hoge Raad in het recente verleden hanteerde bij de beantwoording van dergelijke vragen. Tot slot zullen de overwegingen van de Hoge Raad in voornoemd arrest van 19 april 2013 aan de orde komen.

## Artikelen 7:218 en 7:224 BW

Eerst worden kort twee verplichtingen van de huurder aangestipt die voor de bespreking van het arrest van de Hoge Raad van belang zijn. De eerste is de verplichting die staat genoemd in artikel 7:218 BW: de huurder is aansprakelijk voor de schade die tijdens de huur aan het gehuurde ontstaat, als die schade het gevolg is van een toerekenbaar tekortschieten van de huurder in de nakoming van zijn verplichtingen. Daarbij geldt het bewijsvermoeden dat de huurder in principe schuldig is aan alle schade, tenzij het om brandschade gaat of om schade aan de buitenzijde van het gehuurde. Dus alles wat aan de binnenzijde kapot gaat, komt voor rekening van de huurder. Dit is de situatie die geldt tijdens de looptijd van de huurovereenkomst.

Meestal ontstaat de discussie over de beweerdelijke schade aan het gehuurde pas bij het einde van de huurovereen-

komst en de oplevering van het gehuurde. Bij het einde van de huur moet de vertrekkende huurder het gehuurde weer leeg en ontruimd aan de verhuurder ter beschikking stellen. Dit is de zogenaamde ontruimingsverplichting. De huurder moet het gehuurde opleveren conform de beschrijving die aan het begin van de huurovereenkomst door de verhuurder is opgemaakt, behoudens normale slijtage door ouderdom en veranderingen die met toestemming van de verhuurder zijn aangebracht. Als die beschrijving niet is gemaakt, dan geldt het bewijsvermoeden dat de huurder het gehuurde destijds zo heeft aanvaard zoals hij het bij het einde van de huur oplevert. Met andere woorden, de verhuurder zal moeten bewijzen dat de huurder de schade heeft veroorzaakt. Dat is dus tegenovergesteld aan de situatie die geldt tijdens de looptijd van de huurovereenkomst. Een duidelijke reden voor dit verschil is uit de wetsgeschiedenis niet op te maken.

## Faillissementswet

Een overstap nu van het Burgerlijk Wetboek naar de Faillissementswet (Fw). Iemand die ten minste twee schuldeisers heeft en is opgehouden te betalen, kan in staat van faillissement worden verklaard. Bij faillissement wordt een curator aangesteld. Het is de taak van de curator om de boedel te vereffenen. Het vermogen van de gefailleerde moet worden omgezet in geld en onder de schuldeisers worden verdeeld.

De hoofdregel bij faillissement is dat wederkerige overeenkomsten door het faillissement niet worden geraakt. Deze overeenkomsten blijven dus bestaan. De curator heeft echter op grond van artikel 37 Fw de mogelijkheid

<sup>1</sup> Hoge Raad 19 april 2013, NJ 2013, 29 (Koot/Tideman q.q.)

om overeenkomsten niet gestand te doen en de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen. Als een curator besluit in verband met het belang van de boedel een wederkerige overeenkomst niet gestand te doen, resteert voor de wederpartij slechts een concurrente vordering. Schuldeisers met concurrente vorderingen hebben geen grond om voorrang boven de andere schuldeisers te verlangen. Dit is in overeenstemming met het beginsel van gelijkheid van schuldeisers dat aan de Faillissementswet ten grondslag ligt. Voor deze gewone schuldeisers blijft er vaak niet veel over. In slechts 6% van de gevallen wordt er iets uitgekeerd.

Van deze hoofdregel wordt afgeweken in geval van faillissement van een huurder. Artikel 39 Fw geeft de curator de bevoegdheid om de huurovereenkomst op te zeggen om daarmee oplopende schulden te voorkomen. De huur die nog betaald moet worden vanaf de dag van faillissement tot aan het einde van de huurovereenkomst is boedelschuld. Boedelschulden worden als eerste uit het te vereffenen vermogen voldaan. Deze hebben een voorrangspositie ten opzichte van concurrente vorderingen. Het gaat om een uitzondering om redenen van billijkheid. Door de opzegging ontstaat geen schadeplichtigheid.

Boedelschulden zijn in de eerste plaats de schulden die tijdens het faillissement worden gemaakt ten behoeve van de afwikkeling van de boedel, zoals de kosten van de curator, de kosten van taxateurs of kosten die gemoeid zijn met de voortzetting van de onderneming door de curator. Ten tweede kunnen boedelschulden gebaseerd zijn op de wet. Bepaalde personen verdienen bescherming in het faillissement, zoals de verhuurder, en dus wordt de huur na het uitspreken van het faillissement door de rechter als boedelschuld aangemerkt (artikel 39 Fw). In de derde plaats zijn boedelschulden schulden die ontstaan omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid als curator (bewust) zijn aangegaan. Dat zijn bijvoorbeeld kosten die gemoeid zijn met de ontruiming van een gehuurde ruimte na opzegging van de huurovereenkomst door de curator. Die verplichting tot ontruiming is de curator door de opzegging zelf aangegaan. De laatste categorie boedelschulden zijn die schulden die het gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid van curator na te leven verbintenis of verplichting.

## Toedocriterium

Stel dat een huurder van bedrijfsruimte failliet gaat, de curator de huurovereenkomst met de verhuurder opzegt en nadien blijkt dat de huurder het gehuurde heeft beschadigd en het gehuurde daarom niet correct kan opleveren. De verhuurder blijft dan met kosten zitten. Voor wiens rekening komen deze kosten? Zijn deze kosten boedelschuld of is de schadeclaim een concurrente vordering?

Over deze vraag is veel geprocedeerd, gediscussieerd en geschreven. Lange tijd heeft de Hoge Raad voor het

antwoord op deze vraag het zogenaamde ‘toedocriterium’ gehanteerd. Dit toedocriterium houdt in dat een vordering geldt als een boedelschuld, wanneer de vordering na faillietverklaring door toedoen van de curator is ontstaan. Het ontstaansmoment van de vordering staat hierbij centraal. Dit criterium is in een drietal arresten van de Hoge Raad uitgewerkt.

## Artikel 39 Fw geeft de curator de bevoegdheid om de huurovereenkomst op te zeggen om daarmee oplopende schulden te voorkomen.

Het eerste arrest waarin dit criterium is toegepast is het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*.<sup>2</sup> De casus was als volgt. Een bedrijf had bij de aanschaf van bepaalde zaken een fiscaal voordeel bedongen onder de voorwaarde dat als deze zaken binnen een termijn van acht jaar verkocht zouden worden dan een desinvesteringsbetaling moest worden gedaan. Dit bedrijf ging failliet en de curator verkocht de zaken binnen de termijn van acht jaar. De Hoge Raad oordeelde dat de verplichting om de desinvesteringsbetaling te doen een boedelschuld was, omdat deze schuld door toedoen van de curator was ontstaan. De curator had immers de zaken voortijdig verkocht.

In het arrest *Frima q.q./Blankers-Van Gennip* redeneerde de Hoge Raad op dezelfde wijze.<sup>3</sup> In die zaak ging het om de plicht tot affinanciering met betrekking tot pensioenverplichtingen. Een bedrijf had een arbeidsovereenkomst gesloten met daarin een eindloonregeling die inhield dat de werknemer bij pensionering aanspraak kon maken op een pensioen dat gerelateerd was aan zijn eindloon. Bij een loonsverhoging diende het bedrijf over het verleden (extra) premie te betalen, de backservice. En bij ontslag van een werknemer had het bedrijf de verplichting tot affinanciering van deze backservice. Ook dit bedrijf ging failliet en de curator ontsloeg de werknemer. De affinancieringsplicht werd door de Hoge Raad als boedelschuld aangemerkt. De curator had met het ontslag van de werknemer deze plicht doen ontstaan.

Tot slot het arrest *Circle Plastics*.<sup>4</sup> De huurder van een bedrijfsruimte had in het gehuurde een grote hoeveelheid vervuild landbouwplastic opgeslagen (als grondstof). Deze huurder ging failliet. De curator beëindigde de huurovereenkomst, maar verwijderde het landbouwplastic niet. De verhuurder deed dat uiteindelijk zelf en maakte daarvoor circa f 400.000,- aan kosten. De Hoge Raad oordeelde dat deze verwijderingskosten als boedelschuld zijn aan te merken, omdat de ontruimingsverplichting door toedoen

2 Hoge Raad 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

3 Hoge Raad 12 december 1993, NJ 1994, 229 m.nt. WMK (*Frima q.q./Blankers-Van Gennip*).

4 Hoge Raad 18 juni 2004, NJ 2004, 617 m.nt. PvS (*Circle Plastics*).

van de curator is ontstaan. Hij had de huurovereenkomst opgezegd.

In de literatuur is veel kritiek geuit op deze door de Hoge Raad gehanteerde lijn.<sup>5</sup> De kern van de kritiek is dat onder het toedocriterium ook schulden als boedelschuld gelden, die gezien de strekking van het begrip boedelschulden dat helemaal niet zouden moeten zijn. Het toedocriterium is te ruim. In het Nederlandse faillissementsrecht blijven de gewone schuldeisers al te vaak met lege handen achter en is er vaak sprake van negatieve boedels. Er zou terughoudendheid betracht moeten worden wat betreft het aannemen van boedelschulden.

## In de literatuur is veel kritiek geuit op het door de Hoge Raad gehanteerde toedocriterium.

Ook specifiek op het bestempelen van opleveringsschade als boedelschuld is kritiek geuit. Er zijn meerdere argumenten genoemd waarom deze schade geen boedelschuld zou moeten zijn. Zo kan er bijvoorbeeld een patstelling ontstaan. Een curator die de huurovereenkomst eigenlijk moet opzeggen omdat de huurbetalingsverplichting doorloopt, maar weet dat de opleveringsschade van het gehuurde groot is, kan ervoor kiezen om de huurovereenkomst dan maar niet op te zeggen en te wachten tot de verhuurder de huurovereenkomst opzegt. De opleveringsschade wordt in dat geval immers niet door toedoen van de curator veroorzaakt en dan ontstaat ook geen boedelschuld. Maar als de verhuurder de huurovereenkomst ook niet opzegt, gebeurt er niets. En dat is onwenselijk en niet in het belang van de boedel. Ten tweede wordt het onjuist geacht dat de verhuurder door hantering van het toedocriterium in een betere positie wordt gebracht dan de andere schuldeisers. Dit is in strijd met het beginsel van gelijkheid van schuldeisers. Ten derde, een curator weet vaak niet hoe hoog de opleveringsschade is. Het is dan niet redelijk om de curator (de boedel) de gevolgen van zijn handelen te laten dragen, terwijl die gevolgen op voorhand niet zijn te overzien. Tot slot wijst de kritiek op het feit dat het toedocriterium onderscheid maakt tussen verschillende soorten vorderingen van de verhuurder, hetgeen de rechtszekerheid niet bevordert. Een voorbeeld: als een huurder met toestemming van de verhuurder een niet dragende bouwmuur verwijdert, dan kan de verhuurder geen herstel daarvan vorderen op grond van artikel 7:218 BW. De vordering tot herstel wordt pas bij het einde van de huur opeisbaar (artikel 7:224 BW). De herstelplicht ontstaat pas na de huuropzegging door de curator. Deze vordering is een boedelschuld. Dit is anders als de huurder zonder toestemming van de verhuurder diezelfde bouwmuur verwijdert, waardoor schade aan het gehuurde ontstaat. De verhuurder kan dan wel per direct herstel vorderen op grond van artikel 7:218 BW. De herstelkosten zijn dus

tijdens de huur al opeisbaar. Deze vordering is volgens het toedocriterium geen boedelschuld. De conclusie van hantering van het toedocriterium is in dit geval, hoe slechter de huurder zich heeft gedragen, hoe minder verhaalsmogelijkheden de verhuurder heeft. Dit lijkt niet te kloppen.

### Koot/Tideman q.q.

Deze kritiek heeft invloed gehad op het standpunt van de Hoge Raad, althans in het arrest *Koot/Tideman q.q.* van 19 april 2013 is de Hoge Raad omgegaan. De Hoge Raad komt expliciet terug van het toedocriterium.

In die zaak ging de huurder van een bedrijfsruimte failliet, waarna de curator de huurovereenkomst met de verhuurder beëindigde. De gehuurde bedrijfsruimte werd ontruimd en leeg opgeleverd, maar bij de oplevering bleek dat er schade was aan de buitengevel en de deuren tot een bedrag van € 24.000. De verhuurder vorderde betaling van de curator van dit bedrag als boedelschuld. De verhuurder wees erop dat zowel de wet (artikel 7:224 BW) als de huurovereenkomst een verplichting bevatte tot correcte oplevering van het gehuurde en hij meende dat deze verplichting was ontstaan door toedoen van de curator. De curator stelde dat de verplichting om schade te herstellen tijdens de looptijd van de huurovereenkomst al bestond en dus niet pas na faillissement is ontstaan. Het zou volgens de curator een concurrente vordering zijn. De kantonrechter heeft de curator in zijn verweer gevolgd en wees de vordering van de verhuurder af. Volgens de kantonrechter vloeide de schadevergoedingsplicht niet voort uit de opzegging van de curator en de opleveringsverplichting van artikel 7:224 BW, maar uit de herstelverplichting van artikel 7:218 BW en de huurovereenkomst. De kantonrechter hanteerde het toedocriterium. De verhuurder heeft vervolgens sprongcassatie ingesteld.

De Hoge Raad oordeelde dat de schadevergoedingsvordering geen boedelschuld oplevert. Een andere uitkomst zou volgens de Hoge Raad niet te verenigen zijn met de regels die de Faillissementswet kent met betrekking tot wederkerige overeenkomsten (artikel 37 Fw). De hoofdregel is immers dat als de curator in verband met het belang van de boedel besluit de overeenkomst niet gestand te doen, voor de wederpartij steeds – behoudens door de wet erkende redenen van voorrang – een concurrente vordering resteert. Een uitzondering op die hoofdregel is artikel 39 Fw, welk artikel de curator een opzegmogelijkheid verschaft om olopemde schulden te voorkomen, waartegenover staat dat de schulden gedurende de opzegperiode als boedelschuld worden aangemerkt. Voor de schadevergoedingsverplichting die in verband met de huurbëindiging ontstaat als gevolg van een rechtshandeling van de curator bestaat zo'n wettelijke uitzondering niet. Dus geldt de hoofdregel: verbintenissen in faillissement leveren concurrente vorderingen op.

<sup>5</sup> Zie Conclusie van mr. M.H. Wissink bij Hoge Raad 19 april 2013, *NJ* 2013, 29 (*Koot/Tideman q.q.*).

Bovendien strookt deze conclusie volgens de Hoge Raad ook met de regeling omtrent het ontstaan van boedelschulden. Zoals vermeld zijn boedelschulden die schulden die in de wet specifiek worden genoemd, die door de curator in zijn hoedanigheid (bewust) zijn aangegaan of het gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. De verplichting tot herstel van schade aan het gehuurde bij het einde van de huurovereenkomst vloeit voort uit de huurovereenkomst en wordt volgens de Hoge Raad bij het einde van de huurovereenkomst opeisbaar, maar deze verbintenis is geen boedelschuld omdat het niet aan de voorwaarden voor het ontstaan van een boedelschuld voldoet. De schade is niet ontstaan door het handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

De Hoge Raad heeft tot slot nog overwogen dat de verplichting van de curator tot ontruiming van het gehuurde na opzegging wel boedelschuld kan zijn. Deze schuld is namelijk door de curator in zijn hoedanigheid als curator aangegaan, het is een verplichting van de curator zelf. Het eerder gewezen arrest *Smit/Van Hees q.q.* blijft daarmee overeind.<sup>6</sup> Daarbij geldt dat als de curator bij het verwijderen van boedelbestanddelen uit het gehuurde schade toebrengt aan het gehuurde, deze schade ook als boedelschuld is aan te merken. De schade is ontstaan door het (onrechtmatig) handelen van of namens de curator.

## Conclusie

Het arrest leert ons dat opleveringsschade bij faillissement van de huurder geen boedelschuld is. De verhuurder zal zijn vordering moeten indienen in het faillissement, met in het algemeen geringe kans op voldoening. De curator is slechts verantwoordelijk voor de ontruiming van het gehuurde en voor schade die daarbij door zijn (onrechtmatig) handelen

is ontstaan, maar dus niet voor de nakoming van overige opleveringsverplichtingen, zoals het terugbrengen in oorspronkelijke toestand of herstel van schade of gebreken.

## Opleveringsschade bij faillissement van de huurder is geen boedelschuld.

Het nieuwe uitgangspunt van de Hoge Raad is helder en goed toepasbaar: de hoofdregel is dat er sprake is van een concurrente vordering, tenzij er sprake is van een wettelijke uitzondering op deze hoofdregel. Vervolgens kan gekeken worden naar de voorwaarden voor het ontstaan van de verschillende type boedelschulden. Voldoet de vordering daar niet aan, dan is het geen boedelschuld. Bij het nieuwe uitgangspunt van de Hoge Raad is het moment van opeisbaarheid van de schuld niet meer van belang. Dat betekent dat het dus ook geen verschil meer maakt of de curator de huurovereenkomst opzegt of dat de verhuurder dit doet. Het lijkt erop alsof de Hoge Raad de kritiek op het toedocriterium ter harte heeft genomen. Tot slot verdient het voor de verhuurder aanbeveling om het gehuurde tijdens de looptijd van de huurovereenkomst regelmatig op schade te controleren, zodat hij de huurder daar direct op kan aanspreken en herstel kan vorderen. Komt de schade pas bij opzegging van de huurovereenkomst door de curator aan het licht, dan is de kans dat de verhuurder van zijn schadevergoedingsvordering nog iets terug ziet immers niet meer zo groot.

### Over de auteur

Mr. Maren Langeloo is advocaat bij Unger Hielkema advocaten te Amsterdam.

<sup>6</sup> Hoge Raad 2 juni 2006, *NJ 2007*, 21 (*Smit/Van Hees q.q.*).