

Faillissement verhuurder

*Mr. M. el Gartit en mr. J.C.P. van den Hamer**

Inleiding

Vanuit de praktijk krijgen we steeds vaker te maken met vragen die verband houden met het faillissement van een verhuurder. Voor een huurder is het vaak onduidelijk wat zijn rechtspositie is en of de met de gefailleerde gemaakte afspraken 'faillissementsproof' zijn.

Nu het Nebula-arrest¹ naar voren heeft gebracht dat een curator in het belang van de boedel wanprestatie kan plegen ten aanzien van alle obligatoire verplichtingen die de gefailleerde op zich heeft genomen, rijst de vraag of de curator met een beroep op het Nebula-arrest ook wanprestatie kan plegen ten aanzien van de verplichtingen uit de huurovereenkomst en of hij de huurder naar de verificatieprocedure kan verwijzen.

In deze bijdrage zullen we aan de hand van een op de praktijk gebaseerde casus op voormelde vraag ingaan.

De casuspositie is als volgt. Een huurder en verhuurder zijn voor datum faillissement een langlopende huurovereenkomst aangegaan voor een zogenoemde artikel 7:230a Burgerlijk Wetboek (BW) bedrijfsruimte. De huurder huurt van verhuurder een productieruimte en aangrenzende kantoorruimte en ervaart gebreken aan het gehuurde die hem substantieel in het huurgenot beperken. De verhuurder heeft geen middelen om het noodzakelijke onderhoud ter hand te nemen en om de gebreken te herstellen. De huurder ervaart ten gevolge van de gebreken een omzetsdaling die de bedrijfsvoering in gevaar brengt. De huurder besluit het onderhoud zelf ter hand te nemen, nadat hij de verhuurder volgens de regels van de wet in gebreke heeft gesteld en nadat het verzuim van de verhuurder een feit is. Op de dag dat de aannemer aan de uitvoering van de werkzaamheden begint, faillieert de verhuurder. De huurovereenkomst kan contractueel pas voor het eerst over vier jaar worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van één jaar. De huurder voldoet zelf aan al zijn contractuele verplichtingen.

Artikel 7:206 BW en de *paritas creditorum*

Op basis van de wet is het de huurder – onder voorwaarden – toegestaan het verhelpen van gebreken zelf ter hand te nemen. De huurder is gerechtigd om de redelijke kosten voor het verhelpen van de gebreken op de huurprijs in mindering te brengen.

Artikel 7:206 BW luidt:

'1. De verhuurder is verplicht op verlangen van de huurder gebreken te verhelpen, tenzij dit onmogelijk is of uitgaven vereist die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van de verhuurder zijn te vergen.

(...)

3. Is de verhuurder met het verhelpen in verzuim, dan kan de huurder dit verhelpen zelf verrichten en de daarvoor gemaakte kosten, voor zover deze redelijk waren, op de verhuurder verhalen, desgewenst door deze in mindering van de huurprijs te brengen. Hiervan kan niet ten nadele van de huurder worden afgeweken.'

Indien de verhuurder faillieert op de dag waarop de huurder aan het herstel begint, heeft de huurder twee vorderingen jegens de boedel:

- a. (de vordering tot) voortzetting van het huurgenot; en
- b. de vordering tot verrekening van de kosten van herstel met de huurprijs.

De huurder is met betrekking tot de vordering sub (a) en de vordering sub (b) concurrent schuldeiser, waarbij men erop bedacht moet zijn dat de wet geen enkele bepaling bevat die de huurder het uitdrukkelijke recht geeft om zijn genotsrecht in faillissement te handhaven.²

Echter, door het gehuurde te blijven gebruiken en de vordering voor de herstelkosten te verrekenen met de huurprijs zou men kunnen beweren dat de huurder een 'preferente positie' kan creëren. Let wel, als de huurprijs en herstelkosten marktconform zijn, betwijfelen we of er sprake is van benadeling van de boedel.

De huurder verkrijgt immers de volledige prestatie die hem op basis van de huurovereenkomst toekomt (volledige verschaffing van het huurgenot) in tegenstelling tot andere concurrerende schuldeisers die *pro rata parte* maar een deel van hun vordering vergoed zien. Bovendien kan de huurder door voortgezet gebruik en verrekening het faillissement negeren.

Tiethoff q.q./NMB en Nebula

In het arrest van de Hoge Raad van 22 december 1989³ was de casus – in het kort – als volgt. Verhuurder (RSH) raakte in staat van faillissement. De huurder (NMB) bleef gebruikmaken van het gehuurde en daarmee de huurovereenkomst voortzetten.

* Mr. M. el Gartit is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff. Mr. J.C.P. van den Hamer is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. HR 3 november 2006, NJ 2007, 115 m.nt. PvS.

2. Zie ook R.J. van Galen bij HR 3 november 2006, Ondernemingsrecht 2007, p. 293 en de noot van P. van Schilfgaarde bij het Nebula-arrest.

3. HR 22 december 1989 NJ 1990, 661 m.nt. PvS (Tiethoff q.q./NMB).

NMB, zich beroepende op verrekening met een vordering uit hoofde van een kredietovereenkomst die zij op RSH had (art. 53 Faillissementswet (Fw)), droeg – nadat eerst wel te hebben gedaan – geen huurpenningen af aan de boedel/curator. De Hoge Raad overwoog:

‘(...) dat deze uitzondering met name geldt wanneer de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, *ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten* en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt. Een andere opvatting zou ertoe leiden *dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken*, (...) bovendien een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende goederen ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten als de onderhavigebestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt.’ (cursivering MeG/JvdH)

De Hoge Raad overweegt dat de curator – in beginsel – ‘ondanks het faillissement gehouden is’ om de huurovereenkomst tegen zich te laten gelden, waarbij de huurder dus de gehele tegenprestatie (huurgenot) ontvangt van de door de huurder verrichte prestatie (huurpenningen).

In het Nebula-arrest van 2006 heeft de Hoge Raad dezelfde materie behandeld. Het ging in deze zaak om het faillissement van een juridisch eigenaar tevens verhuurder van woonruimte (Nebula). Het economisch eigendom van het gehuurde had Nebula nog voor het faillissement ‘overgedragen’ aan een derde (Walton). Walton ontving in dat verband de huurpenningen van de huurders. De curator ontving aldus geen huurpenningen van de huurders, maar diende ten gevolge van de levering van de economische eigendom aan Walton wel te gedogen dat het huurgenot aan derden werd verschafft.

Anders dan in eerste aanleg werd de vordering van de curator in hoger beroep afgewezen. Het Hof Amsterdam⁴ overwoog dat Walton op basis van de economische eigendomsoverdracht recht had om het gehuurde te gebruiken. Het faillissement van Nebula zou de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht – en daarmee het recht van Walton tot gebruik van het gehuurde – niet van rechtswege doen eindigen. Dat betekent volgens het hof dat Walton nog gerechtigd was tot het gebruik van het gehuurde en dat zij dat recht aan de huurders kon geven.

De Hoge Raad overwoog uiteindelijk:

‘3.4 In de onderhavige zaak is de vraag aan de orde of een economische eigenaar van een onroerende zaak deze zaak na het faillissement van de juridische eigenaar daarvan, met werking tegen de boedel kan verhuren aan een derde. (...)’

3.5 (...) 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).’ (cursivering MeG/JvdH)

In het kader van de casus rijst de vraag of a) de curator het recht heeft om wanprestatie te plegen ten aanzien van de vordering tot voortzetting van het huurgenot en verrekening of b) het recht op huurgenot en – in het verlengde daarvan – het recht op verrekening ‘uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde gevallen’ zijn?

Wij neigen naar de uitleg onder b). Ten eerste omdat het nog maar de vraag is of met het verschaffen van het genot en het verrekenen van de herstelkosten het beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken. Zolang de huurprijs marktconform is en de herstelkosten redelijk zijn, zijn de overige schuldeisers niet benadeeld. Volgens deze gedachtegang zou de huurder dan de rechten uit die overeenkomst kunnen blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware.

Bovendien zou de uitleg onder a) met zich brengen dat de Hoge Raad van mening is dat de huurbescherming doorbroken zou moeten worden ten behoeve van de *paritas creditorum*. Deze ‘andere uitleg’ is niet alleen in strijd met zijn uitspraak van 22 december 1989 waarin hij aangeeft dat ‘de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten’, hij is – gezien de bijzondere rechtsbescherming van de huurder – ook nog eens onwaarschijnlijk.

Ten slotte geloven wij dat er argumenten, voor de stelling dat het recht van de curator om wanprestatie te plegen zich niet

4. Hof Amsterdam 17 maart 2005, JOR 2005/161 m.nt. W.J.M. van Andel.

uitstrekt tot de verplichting om huurgenot te verschaffen, te vinden zijn in het 'goederenrechtelijk effect' van artikel 7:226 BW, waarop wij hierna verder ingaan.⁵

Overdracht van het gehuurde na faillissement

In de meeste gevallen zal een curator – na faillissement van de verhuurder tevens juridisch eigenaar – het gehuurde (direct) willen vervreemden aan een derde. Immers, de curator dient de boedel te vereffenen. Anders dan bij woonruimte heeft commercieel onroerend goed met (langetermijn)huurders een hogere waarde dan in het geval van commercieel onroerend goed zonder huurders.

De verhouding huurder/verhuurder kenmerkt zich als een zuiver obligatoire. De verhouding verhuurder/verkrijger/huurder vertoont daarentegen goederenrechtelijke trekjes. Dat wil zeggen, het gebruiksrecht van de huurder kan ook na een (eigendoms)overdracht aan de nieuwe verkrijger worden tegengeworpen. Dit goederenrechtelijk effect is neergelegd in artikel 7:226 BW:

1. Overdracht van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft en vestiging of overdracht van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, door de verhuurder doen de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, overgaan op de verkrijger.
2. Overdracht door een schuldeiser van de verhuurder wordt met overdracht door de verhuurder gelijkgesteld.
(...)

In de parlementaire geschiedenis is deze bepaling als volgt uitgelegd:⁶

'Eén van die opzichten is de wisseling van het verhuurderschap op grondslag van het beginsel van [art. 7:226 BW]. Aldus wordt tegemoet gekomen aan de behoefte van de huurder aan continuïteit van zijn verhouding tot een verhuurder die als rechthebbende op de zaak in staat is hem het toekomstige gebruik van de zaak te verschaffen. (...) De hierin gelegen belangrijke bescherming van de huurder heeft in de loop van de tijd meer nadruk gekregen in verband met de toegenomen dwingendrechtelijke continuïteitswaarborgen, in het bijzonder met betrekking tot huur van woonruimte en huur van bedrijfsruimte. (...) Het enkele feit dat de verhuurder zijn bevoegdheden ten aanzien van de verhuurde zaak op een ander doet overgaan, behoort de continuïteit waarop de huurder krachtens de huurovereenkomst aanspraak kan maken niet aan te tasten.'

Het moge duidelijk zijn dat bescherming van de continuïteit van de rechten van de huurder bij een eventuele overdracht voorop is gesteld. Dit maakt de positie van de huurder anders dan iedere andere contractspartij bij een 'gewone' obligatoire overeenkomst.

Voor huurders positie in een faillissement dient men volgens ons – gezien het goederenrechtelijk effect van de huurovereenkomst – eerder aansluiting te zoeken bij andere schuldeisers met een goederenrechtelijk recht die hun recht – ook in een geval van een faillissement – aan eenieder kunnen tegenwerpen dan bij andere schuldeisers met een obligatoir recht.

Alhoewel een faillissement geen overdracht is in de zin van artikel 7:226 BW, menen wij toch dat uit het artikel een bijzondere beschermingsgedachte spreekt die ook in het geval van een faillissement (al dan niet direct) gerespecteerd dient te worden, al was het maar omdat artikel 7:226 BW zich praktisch niet verhoudt tot curators recht om wanprestatie te plegen. Het laatste lichten wij toe met een voorbeeld. *A contrario* geldt het volgende.

De curator is beheerder van de boedel en als zodanig geen verkrijger (onder algemene of bijzondere titel) van het gehuurde. De curator kan de huurovereenkomst in beginsel niet beëindigen – de huurovereenkomst kan immers pas over vier jaar beëindigd worden en er is geen wanprestatie die ontbinding rechtvaardigt – maar wel ontruiming van het gehuurde bewerkstelligen, omdat hij het recht zou hebben wanprestatie te plegen.

Stel, na de ontruiming draagt de curator het gehuurde over aan een derde. De huurder kan dan nog de huurovereenkomst aan die derde tegenwerpen. Immers, koop breekt geen huur en de huurovereenkomst was niet door de curator beëindigd. Een en ander zou tot bizarre en onlogische situaties kunnen leiden.⁷

Conclusie

Wij zijn van mening dat ten aanzien van het recht op huurgenot en het recht om kosten van herstel te verrekenen er geen recht op wanprestatie bestaat voor de curator. Bovenal omdat het nog maar de vraag is of met het verschaffen van het genot en het verrekenen van de herstelkosten het beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken. Zolang de huurprijs marktconform is en de herstelkosten redelijk zijn, zijn de overige schuldeisers niet benadeeld. Daarnaast omdat een andere uitleg met zich zou brengen dat de continuïteitsgedachte die de wetgever voor ogen heeft gehad met artikel 7:226 BW door een faillissement doorbroken zou worden. Voorts vinden wij dat voor huurders positie in een faillissement men volgens ons – gezien het goederenrechtelijk effect van de huurovereenkomst – eerder aansluiting dient te zoeken bij andere schuldeisers met een goederenrechtelijk recht die hun recht – ook in een geval van een faillissement – aan eenieder kunnen tegenwerpen dan bij andere schuldeisers met een obligatoir recht.

5. Gelijk W.J.M. van Andel in zijn meer dan lezenswaardige noot bij Rb. Dordrecht 14 juni 2007, JOR 2008, 133 en in zijn noot bij Rb. Amsterdam 16 augustus 2007, JOR 2007, 258.

6. A.R. de Jonge & E.E. de Wijerslooth-Vinke, Parl. Gesch. Huurrecht, Invoering van titel 7.4 van het burgerlijk wetboek, p. 375 e.v., Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 27 e.v.

7. Gelijk W.J.M. van Andel in zijn noot bij Rb. Dordrecht 14 juni 2007, JOR 2008, 133.

Het Tiethoff q.q./NMB-arrest lijkt onze conclusie te ondersteunen: '(...) de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, [is] ondanks het faillissement gehouden (...) die prestatie te blijven verrichten.'

Ten overvloede merken wij op dat het Nebula-arrest een specifiek feitencomplex kende en dat het vanuit dat specifieke feitencomplex niet ondenkbaar is dat een (economisch) gerechtigde zijn vordering ter verificatie dient in te dienen. Wij betwijfelen of de Hoge Raad bij een ander feitencomplex, waarin een curator een huurder naar de verificatie wenst door te verwijzen, tot het oordeel zou komen dat de huurder, door te verlangen dat de boedel het 'voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt' het beginsel van gelijkheid op onaanvaardbare wijze wenst te doorbreken.

Al met al menen wij dat er voldoende argumenten te vinden zijn in het systeem van de wet voor de stelling dat een huurder zijn rechten uit de huurovereenkomst kan uitoefenen alsof er geen faillissement was.

Uiteindelijk zal de rechtspraak moeten aantonen of onze conclusie houdbaar is.