

# CURATOR VERSUS VERHUURDER

## DE SPELREGELS VAN EN BIJ HET BEËINDIGEN VAN EEN HUUROVEREENKOMST

**Mr. J.F.C. Butterhoff-Veelenturf en Mr. F.F.A. Smetsers<sup>1</sup>**

*Dit artikel is verschenen in de INSOLAD Congresbundel 2012 "Faillissement en Vastgoed", uitgegeven door Uitgeverij Kluwer B.V (ISBN 9789013111989)*

### 1. INLEIDING

Van alle crediteuren die door een faillissement worden getroffen, bevindt de verhuurder van de gefailleerde zich meestal in een van de minst benijdenswaardige posities. Langlopende huurovereenkomsten komen (veel) eerder dan de overeengekomen einddatum tot een einde, met leegstand en huurderfing tot gevolg. De verhuurder moet vaak dulden dat de curator het gehuurde nog een aantal maanden blijft gebruiken, terwijl het ongewis is of daarvoor zal worden betaald. En indien de curator het pand dan uiteindelijk verlaat, is het de vraag wat de verhuurder daarna aantreft. Het komt niet vaak voor dat het pand meteen verhuurklaar is, hetgeen voor de verhuurder ook een schadepost kan opleveren. Voor de curator (en dus ook voor de faillissementscrediteuren) kan beëindiging van de huur ook grote, met name financiële, gevolgen hebben, die het verschil kunnen maken tussen de mogelijkheid en de onmogelijkheid om aan faillissementscrediteuren een uitkering te kunnen doen.

In de wet is slechts voor een deel van de (financiële) gevolgen van huurbeëindiging een regeling opgenomen. Contractueel kunnen ten gunste van de verhuurder voorzieningen worden getroffen om diens schade te beperken, maar de mogelijkheden daartoe zijn niet onbeperkt. De Hoge Raad en lagere rechters hebben in het afgelopen decennium helderheid proberen te scheppen over de vraag wat er ten gunste van verhuurder wel en niet kan worden geregeld. Die helderheid is er ten dele gekomen.

In dit artikel willen wij stapsgewijs behandelen hoe met huurgerelateerde vorderingen in een faillissementssituatie dient te worden omgegaan. Wij beperken ons uitdrukkelijk tot de situatie waarin de *huurder* in staat van faillissement is verklaard en er sprake is van huur van bedrijfsruimte (artikel 7:290 BW) en kantoorruimte (artikel 7:230a BW). Woonruimte blijft daarom buiten beschouwing.

Het artikel is zowel voor de insolventiespecialist als de huurspecialist bedoeld, reden waarom bepaalde begrippen in dit artikel kort worden uitgelegd, ook al zijn ze voor een deel van het lezerspubliek al bekend.

Allereerst zal kort worden geschetst op welke wijzen huurovereenkomsten in een faillissementssituatie tot een einde kunnen komen. Vervolgens zal worden behandeld welke vorderingen ontstaan in het kader van die beëindiging. Daarbij zal een onderscheid worden gemaakt tussen de vorderingen die betrekking hebben op huurpenningen en vorderingen in het kader van de oplevering van het gehuurde.

---

<sup>1</sup> Beide auteurs zijn werkzaam bij Van Iersel Luchtman Advocaten te Breda. Anne Butterhoff-Veelenturf is vastgoedadvocaat, Frank Smetsers is insolventieadvocaat en curator.

## 2. BEËINDIGING VAN HUUROVEREENKOMSTEN IN FAILLISSEMENT

### 2.1 Opzegging op basis van artikel 39 Fw

Het uitgangspunt van de Faillissementswet (Fw) is dat het faillissement geen invloed heeft op wederkerige overeenkomsten. Anders gezegd: overeenkomsten blijven ondanks het faillissement gewoon in stand. Ook de manier van beëindiging van dergelijke overeenkomsten wijzigt door het faillissement in beginsel niet.<sup>2</sup> Artikel 37 Fw geeft slechts een regeling waarbij de contractswederpartij van de gefailleerde duidelijkheid kan verkrijgen of de curator de overeenkomst gestand zal doen. Doet de curator de overeenkomst niet gestand, dan vervalt zijn recht om nakoming te vorderen.

Voor beëindiging van huurovereenkomsten is in artikel 39 (lid 1) Fw een speciale regeling getroffen:<sup>3</sup>

*“Indien de gefailleerde huurder is, kan zowel de curator als de verhuurder de huur tussentijds doen eindigen, mits de opzegging geschiedt tegen een tijdstip, waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen. Bovendien moet bij de opzegging de daarvoor overeengekomen of gebruikelijke termijn in acht genomen worden, met dien verstande echter, dat een termijn van drie maanden in elk geval voldoende zal zijn. Zijn er huurpenningen vooruitbetaald, dan kan de huur niet eerder opgezegd worden, dan tegen de dag, waarop de termijn, waarvoor vooruitbetaling heeft plaats gehad, eindigt. Van de dag der faillietverklaring af is de huurprijs boedelschuld.”*

Zowel de verhuurder als de curator mag de huurovereenkomst dus opzeggen. De curator heeft daarvoor machtiging van de rechter-commissaris nodig, de verhuurder uiteraard niet.<sup>4</sup> Voor opzegging is niet vereist dat er al sprake is van een achterstand in de huurbetalingen. De opzeggingsbevoegdheid is dus in beginsel niet aan nadere voorwaarden gebonden, ook al zal in bijzondere gevallen moeten worden geoordeeld dat de opzegging geen effect sorteert. Daarbij kan worden gedacht aan situaties waarin sprake is van misbruik van bevoegdheid of de redelijkheid en billijkheid er aan in de weg staat dat er wordt opgezegd.<sup>5</sup>

De wet bepaalt dat bij de opzegging de daarvoor overeengekomen of een gebruikelijke termijn in acht genomen moet worden, met dien verstande dat een termijn van drie maanden in elk geval voldoende zal zijn. Daarbij dient echter wel te worden bedacht dat de wet ook vereist dat de opzegging moet geschieden “tegen een tijdstip, waarop dergelijke

---

<sup>2</sup> Belangrijkste uitzonderingen zijn uiteraard de arbeidsovereenkomst (geregeld in artikel 40 lid 1 Fw) en de in dit artikel besproken huurovereenkomst.

<sup>3</sup> Voor surseances van betaling is in artikel 238 lid 1 Fw een sterk op artikel 39 Fw gelijkende regeling opgenomen. In surseance van betaling geldt evenwel dat alleen de schuldenaar die huurder is (met medewerking van de bewindvoerder) mag opzeggen.

<sup>4</sup> Zie artikel 68 lid 1 Fw jo artikel 39 Fw.

<sup>5</sup> In een arrest van het Hof Amsterdam van 15 juli 1993, NJ 1994, 399, werd een opzegging in strijd met de redelijkheid en billijkheid geoordeeld, omdat er huur vooruit was betaald en er geen enkele aanleiding was om te vrezen dat na faillissement de huur niet betaald zou worden. Volgens het hof was er “voor die bevoegdheid tot opzegging (...) geen plaats indien redelijkerwijs niet te verwachten is dat de huurder zijn verplichtingen niet zal nakomen”. Overigens dacht het Hof Den Haag daar in haar arrest van 27 juli 2012, LJV BX1656, Hamm q.q./Gemeente Zwijndrecht anders over: ondanks het feit dat er geen achterstand in betaling was en de curator een betalingsgarantie verstrekke, mocht de verhuurder - de gemeente - de huurovereenkomst toch opzeggen. Volgens het hof was de situatie dat de gefailleerde geen activiteiten meer uitvoerde en de curator het pand had “onderverhuurd”, zodat de boedel alleen een commercieel/financieel belang had bij instandhouding van de huur, onvoldoende grondslag om de opzegging in strijd met de redelijkheid en billijkheid te achten.

overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen”. Indien het gebruikelijk is dat overeenkomsten alleen kunnen worden opgezegd tegen de eerste dag van de maand, betekent dat bijvoorbeeld dat een opzegging op 17 oktober 2012 pas tot daadwerkelijke beëindiging van de overeenkomst leidt op 1 februari 2013.<sup>6</sup> Wordt dit voorschrift niet correct toegepast (er wordt opgezegd tegen een “ongebruikelijke” datum), dan is er in beginsel sprake van een ongeldige opzegging, welk gebrek op basis van artikel 3:42 BW (conversie) zal kunnen worden geheeld. Als partijen overigens een kortere termijn zijn overeengekomen, dan is die kortere termijn van toepassing. Voor het geval dat de huurder de huur al vooruit heeft betaald, geldt - zoals uit artikel 39 Fw blijkt - ook een speciale regeling: de huurovereenkomst loopt in ieder geval zo lang door, totdat de periode waarover vooruit is betaald, eindigt. Tot slot dient te worden opgemerkt dat een afkoelingsperiode ex artikel 63a Fw weliswaar niet aan opzegging van de huurovereenkomst in de weg staat, maar dat wel tegen een datum moet worden opgezegd die *buiten* die periode is gelegen.<sup>7</sup>

## 2.2 Ontbinding van de huurovereenkomst

Opzegging op basis van artikel 39 Fw is niet de enige wijze waarop een huurovereenkomst in een faillissementssituatie kan eindigen. In huurovereenkomsten kan worden opgenomen dat de verhuurder de overeenkomst kan ontbinden, indien de huurder in staat van faillissement wordt verklaard of in surseance van betaling komt te verkeren. In sommige gevallen is opgenomen dat de overeenkomst van rechtswege eindigt door een insolventiesituatie. Het gaat hier in beide gevallen om een contractuele beëindigingsmogelijkheid, die los staat van de wettelijke mogelijkheid tot opzegging op basis van artikel 39 Fw. Dit artikel sluit ook geenszins uit dat van de contractuele ontbindingsmogelijkheid gebruik wordt gemaakt.<sup>8</sup> Het verdient wel opmerking dat in ieder geval in het veelgebruikte ROZ-model *geen* ontbindingsbepaling is opgenomen.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Rechtbank Dordrecht, sector kanton, 30 januari 2004, *LJN* AO4936.

<sup>7</sup> Rechtbank Den Haag 13 maart 1996, *NJ* 1997, 714 (Du Pon q.q./Pool). Alhoewel daarover in de rechtspraak nog niet expliciet een uitspraak is gedaan, lijkt het er op dat de curator een afkoelingsperiode niet tegengeworpen kan krijgen en dus - in tegenstelling tot de verhuurder - geen rekening hoeft te houden met de eis dat de opzegging alleen tegen een datum buiten de afkoelingsperiode kan plaatsvinden. Wij herleiden dit ook uit de overweging van de rechtbank in deze uitspraak dat de afkoelingsperiode is bedoeld om de curator de tijd te geven om zich een oordeel te vormen over de vraag welke goederen in de boedel vallen en welke goederen hij in elk geval voor de boedel wil behouden, alsmede om te voorkomen dat derden onmiddellijk na het uitspreken van het faillissement allerlei goederen uit de boedel komen weghalen. Indien de curator zelf met voorbijgaan aan de afkoelingsperiode de huurovereenkomst wil doen eindigen, zal de curator in zijn overwegingen hebben meegenomen dat de gebruikelijk door de afkoelingsperiode beschermde belangen niet worden geschaad.

<sup>8</sup> HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/222, m. nt. Van Andel (BabyXL).

<sup>9</sup> In de praktijk wordt erg veel gebruik gemaakt van het model huurovereenkomst van de Raad Onroerende Zaken (ROZ) met de daarbij behorende algemene bepalingen. Deze modellen zijn te vinden op [www.roz.nl](http://www.roz.nl). In de nieuwste algemene bepalingen uit 2003 betreffende kantoorruimte (ingeschreven bij de griffie van de rechtbank Den Haag onder nummer 72/2003) en 2008 betreffende winkelruimte (ingeschreven bij de griffie van de rechtbank Den Haag onder nummer 67/2008) is geen standaardbepaling meer opgenomen dat de verhuurder de huurovereenkomst kan beëindigen als de huurder failliet gaat. Een dergelijke bepaling was wel opgenomen in de algemene bepalingen uit 1989 betreffende winkelruimte (ingeschreven bij de griffie van de rechtbank Den Haag onder nummer 58/1989). Ook voor kantoorruimte heeft een dergelijke regeling deel uitgemaakt van de algemene bepalingen. In de algemene bepalingen uit 1994 (ingeschreven bij de griffie van de rechtbank Den Haag onder nummer 138/1994) en uit 1996 (ingeschreven bij de griffie van de rechtbank Den Haag onder nummer 34/1996) stond opgenomen dat de verhuurder de huurovereenkomst kon beëindigen als de huurder failliet ging.

Daarbij is van belang dat er voor de curator in het geval er sprake is van bedrijfsruimte ex 7:290 BW opties zijn om de contractuele ontbindingsmogelijkheid te vernietigen. Een contractuele ontbindingsmogelijkheid kan immers als in strijd met de semi-dwingendrechtelijke bepalingen omtrent de termijnbescherming voor (vereenvoudigd gezegd) winkeliers worden beschouwd. De curator kan derhalve ex artikel 7:291 lid 2 BW een beroep doen op vernietiging.<sup>10</sup> De contractuele ontbindingsmogelijkheid is dus rechtsgeldig, tot het moment dat de curator de afspraak vernietigt. Er wordt dus een actie van de curator verwacht. Voor kantoorruimte ex artikel 7:230a BW geldt die termijnbescherming ten gunste van de huurder niet in die mate, zodat de curator een contractuele ontbindingsmogelijkheid in een dergelijke situatie niet kan vernietigen.

Naast de mogelijkheid om een contractuele ontbindingsbevoegdheid in te roepen, kan ook worden gedacht aan ontbinding in het kader van wanprestatie. Artikel 7:231 BW bepaalt echter dat ontbinding op basis van wanprestatie, enkele uitzonderingen daargelaten, uitsluitend door de kantonrechter kan worden bewerkstelligd. Hetzelfde geldt voor het geval wanprestatie als ontbindende voorwaarde is geformuleerd.<sup>11</sup> Omdat een ontbindingsverzoek ook nog eens niet in kort geding maar in een bodemprocedure moet worden verzocht, is het duidelijk waarom deze beëindigingswijze in faillissementen geen echte rol van betekenis speelt: er zijn eenvoudigere en snellere methodes.<sup>12</sup>

Door ontbinding komt de huurovereenkomst - tenzij anders is overeengekomen - direct tot een einde. Er geldt dus niet een op de wettelijke opzegtermijn gelijkende "uitloop". Ontruimingsbescherming is ook niet aan de orde, zodat de curator bij ontbinding direct zonder recht of titel in het pand verblijft.<sup>13</sup> Het is waarschijnlijk dat de curator met een beroep op de redelijkheid en billijkheid desgevorderd nog een korte termijn in het pand mag verblijven, om de activa uit het pand te kunnen verwijderen.<sup>14</sup> Indien een verhuurder de curator deze tijd niet gunt, dient bedacht te worden dat de verhuurder eerst een ontruimingstitel dient te hebben alvorens door de deurwaarder ontruimd kan worden. Ook de gebruiker van een pand die zonder recht of titel daarin verblijft mag immers niet zonder

---

<sup>10</sup> H.M. Hielkema & G.M. Kerpestein, Commentaar op art. 7:231 BW, *Sdu Commentaar Huurrecht* 2012.

<sup>11</sup> 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, par. 5.1.

<sup>12</sup> Overigens kan ook nog worden gedacht aan de situatie dat er op datum faillissement al sprake is van een achterstand in de betaling van huur, en dus van een toerekenbare tekortkoming. Indien in een dergelijk geval daarnaast in de huurovereenkomst een bepaling is opgenomen, inhoudende dat mag worden ontbonden als de huurder failliet gaat, is de vraag of artikel 7:231 BW aan ontbinding in de weg staat. Naar onze mening hangt dat er van af op welke grond wordt ontbonden: wordt er op grond van de ontbindingsclausule ontbonden (en dus in verband met het feit dat de huurder failliet is), dan is er geen sprake van ontbinding *op de grond dat de huurder tekort is geschoten in de nakoming*. Zie in dat kader echter ook Rechtbank Maastricht, 14 april 2008, *LJN* BC9486, waarin de kantonrechter oordeelt dat een contractuele ontbinding in strijd is met artikel 7:231 lid 3 BW.

<sup>13</sup> Ontruimingsbescherming is enkel van toepassing bij opzegging van een huurovereenkomst voor kantoorruimte (artikel 230a-ruimte) die weliswaar ook in faillissement kan gelden, maar buiten de reikwijdte van dit artikel valt en niets van doen heeft met ontbinding van de huurovereenkomst.

<sup>14</sup> In een geval dat de huurovereenkomst vlak voor faillissement door de rechter werd ontbonden en de curator dus vanaf datum faillissement zonder recht of titel in het pand verbleef, oordeelde het hof te 's-Hertogenbosch dat de uit het vonnis voortvloeiende gebruiksvergoeding (over de periode na de ontbinding) geen boedelschuld was en dat er geen sprake was van ongerechtvaardigde verrijking (Hof 's-Hertogenbosch 30 november 2010, *LJN* BO6499). Zie ook Hof Amsterdam 16 februari 2010, *LJN* BL51505.

executoriale titel ontruimd worden. Er zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de gang van zaken bij een gerechtelijke ontbinding van de huurovereenkomst: in een dergelijk geval stelt de rechter over het algemeen nog een termijn van enige dagen tot enige weken tussen de datum van het vonnis en de datum van daadwerkelijke ontruiming vast, waarbinnen het pand mag worden gebruikt. Uiteraard vormt het vonnis dan direct de titel om tot ontruiming over te gaan.

### 2.3 Samenloop van ontbinding en opzegging

Indien de verhuurder ontbindt vóórdát de curator opzegt, is er geen door de curator op te zeggen huurovereenkomst meer. Er ontstaat dan dus ook geen opzegtermijn, gedurende welke de curator het pand mag blijven gebruiken. Een verhuurder die het faillissement heeft zien aankomen en een nieuwe huurder in de wacht heeft staan, doet er dus verstandig aan om deze weg te bewandelen. Hij heeft dan snel zijn handen vrij, ook al moet er natuurlijk wel rekening mee worden gehouden dat de curator - zoals hiervoor al vermeld - op grond van redelijkheid en billijkheid waarschijnlijk het recht heeft om nog korte tijd in het pand te verblijven. De vraag is wat er gebeurt als de curator eerst ex artikel 39 Fw opzegt en de verhuurder vervolgens gedurende de lopende opzegtermijn ontbindt. Omdat er op het moment van ontbinding nog steeds sprake is van een (weliswaar opgezegde) huurovereenkomst, lijkt er niets aan de in de weg te staan dat de ontbinding het beoogde effect sorteert: de overeenkomst eindigt alsnog direct.<sup>15</sup>

### 2.4 Tussenconclusie

Alhoewel het resultaat uiteindelijk natuurlijk hetzelfde is (de huurovereenkomst komt tot een einde), maakt het voor de positie van curator en/of verhuurder wel degelijk uit welke wijze van beëindiging wordt gekozen. Bij opzegging door de curator of door de verhuurder geldt een opzegtermijn van maximaal 3 maanden.<sup>16</sup> Bij ontbinding krachtens een contractuele bepaling die ontbinding bij faillissement mogelijk maakt, eindigt de overeenkomst onmiddellijk. In dat geval is de curator over het algemeen wel bevoegd om het pand nog een korte tijd te gebruiken alvorens het pand te kunnen opleveren.

Niet alleen voor wat betreft de resterende looptijd, maar ook in financieel opzicht maakt het veel uit op welke wijze de huurovereenkomst tot een einde komt. We zullen dat verderop in dit artikel nader uitwerken. Belangrijk is in ieder geval om te beseffen dat de betrokken partijen (verhuurder en curator) vanaf het moment dat het faillissement is uitgesproken een keuzemogelijkheid hebben en dat het maken van de juiste keuze van groot belang is.

---

<sup>15</sup> Het is vervolgens onduidelijk wat de financiële gevolgen zijn van een dergelijke “mengvorm”, zoals Van Andel terecht schrijft in zijn noot onder HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/222 (BabyXL).

<sup>16</sup> Uitgaande van opzegging tegen een “gebruikelijk tijdstip”.

### 3. DE FINANCIËLE GEVOLGEN VAN BEËINDIGING

Artikel 39 Fw regelt (zoals besproken) de opzegging van de huurovereenkomst en bepaalt dat de huurprijs vanaf de datum van het faillissement *boedelschuld* is. Dit in tegenstelling tot de vordering van de verhuurder ter zake de huurpenningen verschuldigd over de periode vóór faillissement, die een concurrente faillissementsvordering opleveren. Voor de volledigheid zullen deze begrippen kort worden toegelicht.

#### 3.1 Verschillende soorten vorderingen

Er dient in faillissement onderscheid te worden gemaakt tussen (a) faillissementsvorderingen, (b) boedelvorderingen en (c) niet-verifieerbare vorderingen.

- a) Faillissementsvorderingen zijn de vorderingen die op datum faillissement reeds bestonden. Daarnaast bepaalt artikel 37a Fw dat tot de (concurrente) faillissementsvorderingen ook moeten worden gerekend de vorderingen die de wederpartij verkrijgt uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomst en vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór faillietverklaring op de gefailleerde verkregen vordering. Faillissementen hebben als primair doel om uiteindelijk een uitkering te kunnen doen aan de schuldeisers van deze faillissementsvorderingen, die hierna als “faillissementscrediteuren” zullen worden aangeduid.
- b) Boedelvorderingen zijn verbintenissen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een rechtsverhouding die eerst is ontstaan door of na het uitspreken van het faillissement. Het zijn vorderingen die niet behoeven te worden geverifieerd en die een onmiddellijke aanspraak op de boedel geven.<sup>17</sup> De wet bepaalt in enkele gevallen dat bepaalde vorderingen een boedelvordering zijn, zoals de vorderingen ter zake huur over de opzegtermijn (artikel 39 Fw) en het loon over de opzegtermijn (artikel 40 lid 2 Fw).

Naast de vorderingen die boedelvordering zijn door wetsduiding, zijn er ook vorderingen die door “toedoen” van de curator ontstaan. Dat kan doordat de curator een overeenkomst sluit (bijvoorbeeld de overeenkomst van opdracht met een taxateur, die de boedel moet taxeren) of door andere handelingen van de curator. Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest Frima q.q./Blankers dat de zogenaamde verplichting tot affinanciering backservice is ontstaan door de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator.<sup>18</sup> De verplichting ontstond derhalve direct als gevolg van de opzegging, reden waarom de bijbehorende geldvordering als boedelschuld moet worden beschouwd. We zullen hierna nog uitgebreid aandacht besteden aan huurgerelateerde boedelvorderingen.<sup>19</sup>

- c) Niet-verifieerbare vorderingen zijn vorderingen die vanaf het moment van faillietverklaring zijn ontstaan en niet op enigerlei wijze meedelen in het boedelactief.

<sup>17</sup> HR 27 mei 1988, *NJ* 1988, 964 en HR 14 juni 1991, *NJ* 1991, 630.

<sup>18</sup> HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 229 m. nt. W.M. Kleijn (Frima q.q./Blankers). De verplichting tot affinanciering van backservice betreft de verplichting tot verhoging van de premievrije aanspraak van een werknemer op ouderdomspensioen tot het niveau van het evenredig ouderdomspensioen.

<sup>19</sup> Voor een volledig(er) overzicht van de diverse bronnen waaruit boedelschulden kunnen ontstaan wordt verwezen naar M.J.M. Franken e.a., *Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen*, Kluwer, Deventer, 2011, p. 37 e.v.

In enkele gevallen bepaalt de wet expliciet dat vorderingen niet-verifieerbaar zijn, zoals in het geval van rente die over de periode vanaf datum faillissement over een schuld wordt berekend (artikel 128 Fw).

### 3.2 Vorderingen in het kader van leegstandsschade/huurderving

Omdat in een faillissementssituatie de huurovereenkomst (door opzegging of ontbinding) meestal eerder eindigt dan oorspronkelijk overeengekomen datum, zal de verhuurder over het algemeen schade lijden. Wat de omvang en de aard van de hieruit voortvloeiende vordering is, houdt ook verband met de wijze waarop de overeenkomst wordt beëindigd. Het maakt dus groot verschil of de overeenkomst wordt opgezegd ex artikel 39 Fw of dat deze wordt ontbonden op grond van een in de overeenkomst opgenomen ontbindingsbevoegdheid. Vooropgesteld dient echter te worden dat er ter zake de onbetaalde huurpenningen over de periode vóór faillissement geen verschil bestaat: de onbetaalde huurpenningen vormen een concurrente faillissementsvordering die ter verificatie moet worden ingediend.

Bij opzegging van de huurovereenkomst op basis van artikel 39 Fw, geldt dat de huur over de opzegtermijn (meestal maximaal drie maanden) boedelschuld is.<sup>20</sup> De boedelschuld betreft wel een *concurrente* boedelschuld, dat wil zeggen dat pas tot betaling kan en zal worden gekomen, indien de preferente boedelschulden volledig zijn voldaan.<sup>21</sup>

Dat de huur over de opzegtermijn een boedelvordering (en dus niet een normale concurrente faillissementsvordering) oplevert, kan worden verklaard door de wens van de wetgever dat de curator en de verhuurder snel onder de huurovereenkomst uit zouden moeten kunnen. Duidelijkheid zou in ieders belang zijn. Een opzegtermijn van drie maanden is erg kort, indien de resterende looptijd van een huurovereenkomst op datum faillissement nog enkele jaren bedraagt. Om de verhuurder voor deze schade te compenseren, heeft de wetgever gemeend om de huurschuld over de opzegtermijn te moeten “promoveren” tot boedelvordering. Voor het overige heeft de verhuurder in het geval van opzegging ter zake de huurderving geen vordering. De wetgever heeft de opzegging ex artikel 39 Fw bedoeld als een regelmatige beëindiging van de overeenkomst, waardoor er voor een schadevergoedingsvordering geen plaats is.

Nadat de opzegtermijn van artikel 39 Fw is geëindigd, is de curator in beginsel niet meer bevoegd om het gehuurde te gebruiken. Mocht de curator niet tijdig tot ontruiming overgaan, dan is een eventueel verschuldigde vergoeding geen boedelvordering, maar over het algemeen slechts als een niet-verifieerbare vordering te beschouwen. Een dergelijke vordering ontstaat immers pas na faillietverklaring en artikel 24 Fw bepaalt ten aanzien van dergelijke vorderingen nu eenmaal dat de boedel hiervoor niet aansprakelijk is, tenzij deze ten gevolge hiervan is gebaat.<sup>22</sup> Van dat laatste zal niet snel sprake zijn.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Met de kanttekening die daarbij dient te worden geplaatst in verband met het vereiste dat tegen een gebruikelijk tijdstip dient te worden opgezegd. Ook dient te worden gedacht aan de situatie dat er over een langere periode dan drie maanden huur vooruit is betaald, in welk geval de huurovereenkomst zal voortduren tot die termijn verstreken is.

<sup>21</sup> Tot de preferente boedelschulden worden in ieder geval gerekend het salaris van de curator, het loon van de werknemer over de opzegtermijn en de vordering van het UWV ter zake de door het UWV over de opzegtermijn betaalde loonkosten en sociale premies.

<sup>22</sup> Zie ook Hof Amsterdam 11 februari 2010, *LJN* BL5105 (Terng q.q./Den Treek-Henschoten).

<sup>23</sup> Hiervan is slechts sprake, indien het in het faillissement vallende vermogen daadwerkelijk is vergroot. Daarvan kan sprake zijn, maar een gegeven is dat in ieder geval niet. (M. Ph. van Sint Truiden & F.M.J. Verstijlen, *T&C Insolventierecht*, art. 24, aant. 2.) Onder omstandigheden kan de

Bij ontbinding van de huurovereenkomst is artikel 39 Fw niet van toepassing. Er is geen sprake van dat er nog huur verschuldigd is over de periode na de datum van ontbinding, omdat de huurovereenkomst direct bij ontbinding eindigt. Maakt de curator gebruik van een aan de redelijkheid en billijkheid ontleende bevoegdheid om het gehuurde nog kort te gebruiken (zoals hiervoor omschreven), dan levert - zoals bij ongeoorloofd voortgezet gebruik na afloop van de opzegtermijn - een eventueel verschuldigde gebruiksvergoeding geen boedelvordering, maar een niet-verifieerbare vordering op.<sup>24</sup>

In huurovereenkomsten wordt echter wel eens opgenomen dat de verhuurder recht heeft op vergoeding van de gederfde huurpenningen over de resterende oorspronkelijke looptijd. Hoewel die vordering ontstaat op het moment van ontbinding, dus na de uitspraak van het faillissement, is deze vordering toch te beschouwen als een concurrente faillissementsvordering en derhalve verifieerbaar. De vordering vloeit namelijk voort uit een vóór faillissement met de gefailleerde gesloten overeenkomst en strekt tot vergoeding van de door ontbinding ontstane schade. Artikel 37a Fw bepaalt voor dergelijke gevallen dat de verhuurder als concurrente faillissementsschuldeiser in het faillissement kan opkomen. Die concurrente faillissementsvordering is niet in tijd of bedrag gelimiteerd.

Voor zowel de curator, de verhuurder als voor de overige schuldeisers is het van evident belang of de vordering een boedelvordering is of een faillissementsvordering. Boedelvorderingen geven immers een hoger gerangschikte (rechtstreekse) aanspraak op de boedel. De curator zal de huurpenningen over de opzegtermijn na een opzegging ex art. 39 Fw dus moeten voldoen, vóórdat hij aan uitkering aan de preferente en concurrente faillissementscrediteuren toekomt. Omdat andere boedelcrediteuren, zoals de curator (salaris) en UWV (o.a. voorgesloten loon en sociale premies over de opzegtermijn), echter binnen de groep van boedelcrediteuren hoger gerangschikt zijn, betekent dit dat de verhuurder niet als eerste betaald krijgt. Is de vordering een faillissementsvordering, zoals de schadevergoedingsvordering na ontbinding, dan moet de verhuurder de boedelcrediteuren en preferente faillissementscrediteuren voor laten gaan, hetgeen in een groot deel van de faillissementen tot geen enkele uitkering leidt. Is de verwachting echter dat er bij de afwikkeling van het faillissement wel een substantiële uitkering aan concurrente faillissementsschuldeisers kan worden gedaan, dan kan het voor de verhuurder lucratief zijn om de opzegging door de curator niet af te wachten, maar een beroep te doen op een ontbindingsbepaling met schadevergoedingsclausule.<sup>25</sup> Een dergelijke vordering zal immers

---

curator wel in het kader van onrechtmatige daad tot schadevergoeding worden aangesproken, aangezien de curator – door zonder recht of titel in het gehuurde te verblijven – inbreuk zal maken op het eigendomsrecht van de verhuurder. In dat geval ligt het in de rede dat een schadevergoedingsvordering als boedelvordering moet worden gekwalificeerd.

<sup>24</sup> Hof 's-Hertogenbosch 30 november 2010, LJN BO6499, JOR 2012, 156 (Rademakers/Van Schaecken q.q.). In dit arrest besprak het hof ook demogelijke situatie dat er tussen de curator en de verhuurder een gebruiksovereenkomst is gesloten over de periode na ontbinding. In dat geval (dat in de casus niet aan de orde was) is de gebruiksvergoeding uiteraard een boedelschuld. Indien de curator het gehuurde langer in gebruik houdt dan de redelijkheid en billijkheid hem toestaan, kan dit voortgezette gebruik wel onrechtmatig zijn en de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsvordering als boedelschuld worden aangemerkt.

<sup>25</sup> De verhuurder zal uit de (meestal) op internet (<http://insolventies.rechtspraak.nl>) gepubliceerde openbare faillissementsverslagen kunnen opmaken wat de verwachtingen zijn voor concurrente faillissementsschuldeisers.



meestal op een langere periode betrekking hebben, en dus een hogere uitkering met zich brengen, dan de maximaal drie maanden die bij opzegging zullen worden vergoed.<sup>26</sup>

Zoals vermeld, is er bij opzegging op basis van artikel 39 Fw geen plaats voor schadevergoeding, omdat de opzegging als regelmatige beëindiging wordt gezien. Er kan zelfs geen schadevergoeding worden gevorderd in het geval partijen wel expliciet zijn overeengekomen dat bij *opzegging* schadevergoeding moet worden betaald, zo bepaalde de Hoge Raad in het arrest Aukema q.q./Uni Invest.<sup>27</sup> Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 39 Fw blijkt volgens de Hoge Raad dat de wetgever “niet de minste reden” heeft gezien om aan de verhuurder ook nog een recht op schadevergoeding toe te kennen. Dat de huur over de opzegtermijn boedelschuld is, werd door de wetgever voldoende gevonden.

In het eerdere arrest BabyXL oordeelde de Hoge Raad over de situatie dat de huurovereenkomst op basis van een contractuele bepaling was ontbonden. In het contract stond ook een bepaling opgenomen die de verhuurder een aanspraak gaf op vergoeding van de gedeerde huurpenningen over de resterende looptijd.<sup>28</sup> Gezien de lange resterende looptijd zou een dergelijke aanspraak een aanzienlijke concurrente vordering opleveren. De Hoge Raad oordeelde dat artikel 39 Fw niet in de weg staat aan een dergelijk schadevergoedingsbeding. Een dergelijk beding is dus geldig. Uiteindelijk bepaalde de Hoge Raad dus in genoemd arrest Aukema q.q./Uni Invest dat de schadevergoedingsbepaling niet van toepassing is, wanneer *wel* wordt opgezegd op basis van artikel 39 Fw. De Hoge Raad maakt dus een duidelijk onderscheid tussen opzegging op basis van artikel 39 Fw en beëindiging op basis van een contractuele bepaling (ontbinding). Slechts in dat laatste geval kan een beroep worden gedaan op een schadevergoedingsbeding. Bij een opzegging op basis van artikel 39 Fw is dat niet mogelijk.

### 3.3 Tussenconclusie

Door Aukema q.q./Uni Invest is eens te meer duidelijk geworden dat het van belang is om te bepalen op welke wijze de huurovereenkomst wordt beëindigd. Bij een boedel die goede vooruitzichten voor concurrente faillissementscrediteuren geeft, heeft de verhuurder er belang bij om te ontbinden (mits uiteraard een schadevergoedingsregeling is overeengekomen).<sup>29</sup> Er kan dan immers (bij een lange oorspronkelijke looptijd) een riant schadevergoedingsvordering op de lijst van concurrente crediteuren worden genoteerd. Is de boedel zeer beperkt, dan is het voor de verhuurder meestal voordeliger dat artikel 39 Fw

---

<sup>26</sup> De verhuurder heeft wel een schadebeperkingsplicht, welke onder andere inhoudt dat hij zich zal inspannen om een nieuwe huurder tegen zo gunstig mogelijke voorwaarden aan te trekken. Mocht de verhuurder inderdaad een nieuwe huurder vinden, dan dient bij de uiteindelijke verificatie van de ingediende vordering daar uiteraard rekening mee te worden gehouden. De door de verhuurder daadwerkelijk geleden schade is dan immers beperkt(er).

<sup>27</sup> HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m. nt. PvS (Aukema q.q./Uni Invest). Verstijlen en Van Zanten benadrukken in hun artikel in het Tijdschrift voor Insolventierecht (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”, *TvI* 2011/17, par. 6) overigens dat uit het arrest voortvloeit dat er niet slechts sprake van is dat de vordering niet in het faillissement te gelde kan worden gemaakt, maar dat er in het geheel geen vordering *is*.

<sup>28</sup> HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/222, m. nt. Van Andel (BabyXL). Dit arrest had overigens betrekking op huur van roerende zaken, hetgeen voor de beantwoording van de rechtsvraag echter geen verschil maakte.

<sup>29</sup> Er vanuit gaande dat er een ontbindingsmogelijkheid bij faillissement is opgenomen in de huurovereenkomst, omdat ontbinding op basis van wanprestatie ex artikel 7:231 BW alleen door de rechter kan plaatsvinden.

wordt gevolgd. Indien de curator of de verhuurder namelijk op basis van dat artikel opzegt, is de huur over de opzegtermijn boedelschuld en betaling dus een stuk waarschijnlijker, maar de periode waarover een vergoeding wordt betaald meestal wel korter.

Dit onderscheid tussen opzegging en ontbinding heeft ook gevolgen voor vorderingen die op andere schade dan huurderiving betrekking hebben. In het volgende hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de oplevering van het gehuurde aan de verhuurder door de curator.

## 4. PERIKELN BIJ OPLEVERING VAN EN SCHADE AAN ONROEREND GOED IN FAILLISSEMENT

### 4.1 Inleiding

In het vorenstaande is aandacht besteed aan de opzegging van een huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw en aan de mogelijkheid tot ontbinding. Dit zag echter alleen op de beëindiging van de huurovereenkomst en niet op allerlei vragen en discussies die bij de oplevering van het onroerend goed spelen. In het onderstaande zal nader worden toegelicht hoe de oplevering van onroerend goed conform de huurrechtbepalingen uit Boek 7 BW geschiedt en hoe in de huurovereenkomst kan worden afgeweken van de wet. Verder wordt aandacht besteed aan de vraag welke plaats de vordering van de verhuurder tot bijvoorbeeld herstel van het onroerend goed in de oude toestand in het faillissement inneemt. Ten slotte zal bekeken worden of de vordering van de verhuurder tot vergoeding van schade aan het gehuurde dezelfde weg volgt als de zojuist genoemde vordering tot herstel in de oude toestand.

### 4.2 Wettelijke regeling

#### 4.2.1 Opleveringsplicht, zelfwerkzaamheid en wegbreekrecht

Boek 7 BW regelt op welke wijze het gehuurde na de beëindiging van de huurovereenkomst moet worden opgeleverd. Artikel 7:224 lid 1 BW bepaalt dat de huurder verplicht is het gehuurde bij het einde van de huur weer ter beschikking van de verhuurder te stellen. Deze verplichting is voor een curator niet anders.<sup>30</sup> Op de oplevering van het onroerend goed in het faillissement van de huurder zijn de huurrechtbepalingen (in beginsel) dus van toepassing. Met andere woorden: na de beëindiging van de huurovereenkomst moet het onroerend goed aan de verhuurder worden opgeleverd ongeacht of er sprake is van een faillissementssituatie.

#### 4.2.2 Opleveringsplicht: artikel 7:224 BW regelt de bewijsposities

Artikel 7:224 lid 2 BW geeft de bewijsposities weer ten aanzien van de opleveringsplicht van de huurder. Dit lid bepaalt namelijk dat als er tussen partijen een beschrijving van het gehuurde is opgemaakt de huurder gehouden is om de zaak in dezelfde staat weer op te leveren, dus conform deze beschrijving. Een uitzondering wordt gemaakt voor geoorloofde veranderingen en toevoegingen en voor hetgeen door ouderdom is tenietgegaan of beschadigd. Als er geen beschrijving is gemaakt dan wordt de huurder verondersteld het gehuurde in de staat te hebben ontvangen zoals deze is bij het einde van de huurovereenkomst.<sup>31</sup> De verhuurder kan hier wel tegenbewijs tegenover stellen.

---

<sup>30</sup> Hieraan doet het arrest van de Hoge Raad van 9 juni 2006, NJ 2007, 21 (Smit/Van Hees q.q.) niet af, omdat in dat geval de huurovereenkomst reeds was beëindigd op het moment dat het faillissement van de huurder werd uitgesproken. De Hoge Raad oordeelde dat de huurder weliswaar een ontruimingsplicht had, maar de ontruiming van het pand geen verplichting voor de curator was, omdat de faillissementscurator niet buiten de in de wet aangewezen gevallen in de verplichtingen van de gefailleerde treedt. Uiteraard kon de verhuurder wel vorderen dat de curator de tot de boedel behorende goederen uit het pand zou halen. Daarvoor bestond immers geen rechtsgrond, althans geen huurovereenkomst.

<sup>31</sup> Artikel 7:218 lid 3 BW doet wellicht anders vermoeden, maar omdat dit artikel vermeldt dat artikel 7:224 lid 2 BW *onverminderd* van toepassing is, moet ervan uitgegaan worden dat artikel 7:224 lid 2 BW voor gaat op artikel 7:218 lid 3 BW. Zie G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2009, p. 366 – 367.

Het opmaken van een beschrijving van het gehuurde bij aanvang van de huur, is in het merendeel van de gevallen contractueel overeengekomen, zodat op het moment dat de huurder failliet wordt verklaard het voor de curator van belang is te achterhalen of er bij aanvang van de huurovereenkomst een dergelijke omschrijving is opgesteld.<sup>32</sup> Het behoeft weinig uitleg dat bij het ontbreken van een opleveringsrapport een verhuurder niet eenvoudig kan aantonen dat het gehuurde zich bij aanvang van de huurovereenkomst in een andere staat bevond. Daarbij is het interessant om te melden dat in de praktijk desondanks vaak een opleveringsstaat ontbreekt, zodat de verhuurder in die gevallen in een lastige bewijspositie verkeert.

#### *4.2.3 Zelfwerkzaamheid van de huurder: artikel 7:215 BW*

Zoals zojuist geschreven, vallen geoorloofde veranderingen en toevoegingen aan het gehuurde en hetgeen door ouderdom teniet is gegaan of is beschadigd, buiten het bereik en dus buiten het bewijsvermoeden van artikel 7:224 BW. Deze wijzigingen aan het gehuurde mogen derhalve bij het einde van de huurovereenkomst in het onroerend goed worden achterlaten.

De toevoeging “geoorloofd” is van belang, nu de artikelen 7:215 en 7:216 BW, heel kort gezegd, bepalen dat een huurder niet bevoegd is het gehuurde te veranderen, tenzij de verhuurder daar schriftelijk toestemming voor heeft gegeven. Ook hiervoor geldt echter weer een uitzondering. De eis van schriftelijke toestemming geldt namelijk niet voor aanpassingen die de huurder bij het einde van de huur zonder noemenswaardige kosten ongedaan kan maken en kan verwijderen. Voor deze aanpassingen heeft de huurder dus geen schriftelijke toestemming nodig.

#### *4.2.4 Wegbreekrecht voor geoorloofde veranderingen: artikel 7:216 BW*

Nu vaststaat dat de huurder voor veel aanpassingen aan het gehuurde schriftelijk toestemming nodig heeft van de verhuurder en deze geoorloofde aanpassingen aan het einde van de huurovereenkomst niet ongedaan hoeft te maken, rijst de vraag wat er met deze aanpassingen gebeurt. Vaak heeft de huurder immers (flink) in de aanpassingen geïnvesteerd.

Artikel 7:216 BW behelst het wegbreekrecht van de huurder. Dit wegbreekrecht houdt in dat de huurder bevoegd is tot het ontruimen (“wegbreken”) van door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen. Hij kan daartoe echter niet worden verplicht. Als de huurder ervoor kiest de aanpassingen ongedaan te maken dan moet het pand in de toestand worden gebracht die bij het einde van de huur redelijkerwijs in overeenstemming met de oorspronkelijke staat kan worden geacht. Voor zover er dus schade aan het gehuurde ontstaat doordat de huurder aanpassingen ongedaan maakt, dient hij deze schade volledig te herstellen.

In bepaalde gevallen kan de huurder voor deze aanpassingen aan het gehuurde een vergoeding krijgen op grond van ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW). Het enkele feit echter dat er aanpassingen zijn verricht, maakt niet dat een beroep op

---

<sup>32</sup> Artikel 2 van de algemene bepalingen kantoorruimte vastgesteld op 11 juli 2003 en ingeschreven onder nummer 72/2003 bij de griffie van de rechtbank Den Haag en artikel 3.2 van de algemene bepalingen winkelruimte vastgesteld op 15 augustus 2008 en ingeschreven onder nummer 67/2008 bij de griffie van de rechtbank Den Haag.

ongerechtvaardigde verrijking slaagt. Daar moet tegenover worden gesteld dat het enkele feit dat de huurder een wegbreekrecht heeft ten aanzien van geoorloofde aanpassingen niet inhoudt dat een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking bij voorbaat kansloos is. Uit de jurisprudentie volgt echter wel dat de vordering van de huurder uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking niet vaak wordt toegewezen.<sup>33</sup>

#### 4.2.5 (Semi-)dwingend of regelend recht?

Van groot belang is om vast te stellen of bovenvermelde regelingen (semi-)dwingend of regelend recht betreffen.

Artikel 7:215 lid 1 BW behelst semi-dwingend recht. Van het recht van de huurder om zonder toestemming van de verhuurder veranderingen aan te brengen die bij het einde van de huurovereenkomst zonder noemenswaardige kosten ongedaan en verwijderd kunnen worden, kan dus niet in het nadeel van de huurder worden afgeweken.

Artikel 7:216 BW behelst daarentegen wel regelend recht, zodat partijen naar eigen goeddunken andersluidende afspraken kunnen maken over de wijze waarop het gehuurde aan het einde van de huurovereenkomst moet worden opgeleverd. Ook artikel 7:224 BW behelst regelend recht. Zoals reeds eerder geschreven, wordt in de praktijk veel gebruik gemaakt van het verhuurdersvriendelijke ROZ-model. Daarom is het interessant om te onderzoeken of en zo ja, op welke wijze dit model afwijkt van de artikelen 7:216 en 7:224 BW.

### 4.3 Model van de Raad voor Onroerende Zaken

Zowel in de algemene bepalingen van de ROZ voor kantoorruimte als in die voor bedrijfsruimte staat opgenomen dat de huurder de voorafgaande schriftelijke toestemming nodig heeft voor – kort gezegd – het aanbrengen van wijzingen aan het gehuurde, tenzij het gaat om wijzigingen die aan het einde van de huurovereenkomst zonder noemenswaardige kosten ongedaan kunnen worden gemaakt.<sup>34</sup> Dit strookt dus met artikel 7:215 BW welk artikel immers semi-dwingend recht bevat. Tot zover geen verrassingen.

Vervolgens wordt er in de algemene bepalingen echter in aanzienlijke mate afgeweken van artikel 7:216 BW. De algemene bepalingen bevatten namelijk ten gunste van de verhuurder regels over de wijze waarop de huurder het onroerend goed bij het einde van de huurovereenkomst dient op te leveren. De algemene bepalingen regelen het volgende:

*“Mocht er bij aanvang van de huur geen proces-verbaal van oplevering van het gehuurde zijn opgemaakt, dan wordt het gehuurde door de huurder bij het einde van de huurovereenkomst of bij het einde van het gebruik aan de verhuurder opgeleverd in de staat die verhuurder mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, zonder gebreken, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen en behoudens normale slijtage en veroudering.*

<sup>33</sup> I.C.K. Mol & E.H.H. Schelhaas, “Reikwijdte opleveringsverplichtingen verhuurder en huurder”, *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte*, nr 3. mei/juni 2011, p. 120 - 121. In dit artikel staat vermeld dat een actie uit ongerechtvaardigde verrijking op de grond dat de huurder geen gebruik heeft gemaakt van zijn wegnemingsrecht enkel slaagt indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad d.d. 25 juni 2004, NJ 2005, 338 (Dupomex/De Haas).

<sup>34</sup> Artikel 6.11.2.3 van de algemene bepalingen kantoorruimte vastgesteld op 11 juli 2003 en ingeschreven onder nummer 72/2003 bij de griffie van de rechtbank Den Haag en artikel 15.3 van de algemene bepalingen winkelruimte vastgesteld op 15 augustus 2008 en ingeschreven onder nummer 67/2008 bij de griffie van de rechtbank Den Haag.

*Bij discussie over de staat van het gehuurde bij aanvang van de huur, wordt huurder verondersteld het gehuurde in goede staat en zonder gebreken te hebben ontvangen.*

*Huurder is verplicht alle zaken die door hem in, aan of op het gehuurde zijn aangebracht of door hem van de voorgaande huurder of gebruiker zijn overgenomen op eigen kosten te verwijderen. Voor niet verwijderde zaken is verhuurder geen vergoeding verschuldigd. De niet verwijderde zaken kunnen op kosten van huurder worden verwijderd. Het gestelde in 6.11.2.6 en 6.11.2.7 is van toepassing”<sup>35</sup>*

De artikelen 6.11.2.6 en 6.11.2.7 bepalen vervolgens:

*“Door huurder al dan niet met toestemming van verhuurder aangebrachte veranderingen en toevoegingen maken geen uit van het gehuurde.*

*Voor zover partijen niet schriftelijk anders zijn overeengekomen, moeten door of namens huurder aangebrachte veranderingen of toevoegingen voor het einde van de huur door huurder ongedaan zijn gemaakt.”*

De algemene bepalingen wijken dus fors af van de artikelen 7:216 en 7:224 BW. Zo zijn de bewijsvermoedens uit artikel 7:224 BW, die nadelig zijn voor de verhuurder, weggeschreven. De huurder wordt immers vermoed het gehuurde in een goede staat te hebben ontvangen en dient het ook op die wijze weer op te leveren. Ook de bepaling dat de huurder alle aanpassingen ongedaan moet maken, is een afwijking ten opzichte van de wet, aangezien artikel 7:216 BW bepaalt dat de huurder geoorloofde veranderingen niet hoeft te verwijderen. Verder is een vordering van de huurder op grond van ongerechtvaardigde verrijking uitgesloten.

Hoe werkt het bovenstaande uit in het geval dat de huurder failliet wordt verklaard? Het is waarschijnlijk dat een curator in het faillissement van een huurder te maken krijgt met de verhuurdersvriendelijke ROZ-bepalingen, omdat die – zoals reeds geschreven – nu eenmaal zeer vaak gebruikt worden. De verhuurder zal zich, onder verwijzing naar de algemene bepalingen, mogelijk op het standpunt stellen dat de curator het pand na de beëindiging van de huurovereenkomst dient op te leveren conform de met de huurder daarover gemaakte afspraken, waaronder de algemene bepalingen. Het is uiteraard de vraag of dit standpunt van de verhuurder houdbaar is.

#### **4.4 Is herstel in oude staat een verplichting tot een doen voor de curator?**

Voordat bekeken gaat worden hoe de vordering van de verhuurder gekwalificeerd moet worden, dient er een tussenstap gemaakt te worden. De vraag komt namelijk op of de verhuurder de curator kan dwingen om het gehuurde in de oorspronkelijke staat te (laten) herstellen. Met andere woorden: kan de verhuurder ervoor kiezen om, bijvoorbeeld in een kort geding, te vorderen dat de curator het pand in de oude staat herstelt? Als de jurisprudentie en literatuur erop nageslagen wordt, lijkt het erop alsof de vordering van de verhuurder zich altijd vertaalt in het indienen van een geldvordering in het faillissement. De

---

<sup>35</sup> Artikel 10.1.2 - 10.1.4 van de algemene bepalingen kantoorruimte vastgesteld op 11 juli 2003 en ingeschreven onder nummer 72/2003 bij de griffie van de rechtbank Den Haag en artikel 24.2 - 24.4 van de algemene bepalingen winkelruimte vastgesteld op 15 augustus 2008 en ingeschreven onder nummer 67/2008 bij de griffie van de rechtbank Den Haag. Artikel 24.3 van laatstgenoemde algemene bepalingen bevat nog de toevoeging: “Het gestelde in de laatste zin van artikel 7:224 lid 2 Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing”. Verder dient in plaats van 6.11.2.6 en 6.11.2.7 voor winkelruimte te worden gelezen: 15.6 en 15.7.

vraag is echter wat de wettelijke basis daarvoor is. De artikelen 26 en 133 Fw behelzen regels over de wijze waarop vorderingen moeten worden ingediend en worden behandeld, zodat het interessant is te bezien of in deze artikelen het antwoord te vinden is.

Artikel 26 Fw bepaalt dat rechtsoverdrachten die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben gedurende het faillissement op geen andere wijze kunnen worden ingesteld dan door aanmelding ter verificatie. Dit betekent dat vorderingen die betrekking hebben op de betaling uit de boedel van een vóór de faillietverklaring ontstane verbintenis uitsluitend kunnen worden ingesteld door aanmelding ter verificatie bij de curator. Begint men ter zake een dergelijke vordering toch een procedure tegen de gefailleerde, dan is een dergelijke vordering niet-ontvankelijk.<sup>36</sup> Artikel 26 Fw ziet, zoals geschreven, enkel op faillissementsvorderingen, dus op vorderingen die voortvloeien uit een verbintenis van vóór het faillissement. Dit artikel ziet niet op boedelvorderingen, nu deze niet geverifieerd hoeven te worden, maar een onmiddellijke aanspraak op de boedel geven.<sup>37</sup> Bij opleveringsperikelen gaat het nu juist om vorderingen die na de faillietverklaring ontstaan, zodat de conclusie moet zijn dat op deze vorderingen artikel 26 Fw niet van toepassing is.

Artikel 133 Fw bepaalt vervolgens dat vorderingen waarvan de waarde onbepaald, onzeker of (kort gezegd) niet in geld is uit te drukken, moeten worden geverifieerd voor hun geschatte waarde in Nederlands geld. Hierbij kan men denken aan vorderingen waarvan de waarde nog onzeker is. Hieronder vallen ook vorderingen om iets te doen of na te laten.<sup>38</sup> Het is echter maar zeer de vraag of de vordering van de verhuurder tot herstel van het pand in oude staat een onbepaalbare vordering betreft. Immers, de herstelkosten zijn middels het opvragen van offertes eenvoudig te becijferen. Ook artikel 133 Fw geeft dus geen helder antwoord op de gestelde vraag. Daarnaast geldt ook hier dat dit artikel betrekking heeft op de verificatie van faillissementsschulden en dus niet op vorderingen die na faillietverklaring ontstaan.

De oplossing kan wellicht gevonden worden in het beginsel van de paritas creditorum en het feit dat er tussen bepaalde categorieën vorderingen een rangorde bestaat.<sup>39</sup> Alhoewel deze beginselen primair van toepassing zijn op de faillissementsschuldeisers (en dus niet zo zeer op de boedelschuldeisers), kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat ook bij boedelvorderingen een zekere rangorde geldt.<sup>40</sup> Indien de curator tot herstel in de oude staat zou worden gedwongen, zou de rangorde kunnen worden verstoord. Toewijzing van een vordering van een verhuurder tot herstel in oude staat zou er immers toe leiden dat de curator verplicht wordt om het gehuurde daadwerkelijk in de oude staat te laten brengen. Hij zou dan gehouden zijn om op korte termijn kosten te maken om aan de veroordeling te voldoen (bijvoorbeeld de kosten van een in te schakelen aannemer). Gezien het feit dat een in te schakelen derde de garantie zal willen hebben dat hij daadwerkelijk betaald wordt, is het de vraag of een curator aan een dergelijke veroordeling kan en moet voldoen. Indien de curator echter nog geen volledig inzicht heeft in de omvang van het actief en het passief, kan het maken van kosten ertoe leiden dat uiteindelijk de rangorde tussen de crediteuren wordt verstoord. De herstelkosten zouden in een dergelijk geval van concurrente boedelvordering naar superpreferente vordering promoveren. De kosten van de aannemer zouden dan immers worden voldaan vóór andere (hoger gerangschikte) boedelvorderingen, zoals het salaris van de curator. In een dergelijke situatie lijkt de vordering van de verhuurder tot het

<sup>36</sup> M. Ph. van Sint Truiden & F.M.J. Verstijlen, T&C Insolventierecht, art. 26, aant. 1.

<sup>37</sup> N.E.D. Faber e.a., SDU Commentaar Insolventierecht, art. 26, C.1.

<sup>38</sup> N.E.D. Faber e.a., SDU Commentaar Insolventierecht, art. 133, C.2.

<sup>39</sup> De paritas creditorum is het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers.

<sup>40</sup> HR 28 september 1990, NJ 1991, 304 (De Ranitz q.q./ Ontvanger).

daadwerkelijk terugbrengen in de oude staat dus in strijd met de *paritas creditorum* en de te hanteren rangorde. In het hierna te bespreken arrest *Circle Vastgoed* (dat ging over de ontruiming van een onroerende zaak) heeft de curator zelf overigens betoogd dat hij weliswaar gehouden was om te ontruimen, maar dat dagvaarding van de curator tot nakoming van de ontruimingsverplichting niet het door de verhuurder gewenste effect zou hebben, omdat de boedel daartoe de middelen niet had.

Er zijn echter ook varianten denkbaar, waarbij deze strijdigheid minder gemakkelijk aan te nemen valt. In de huidige economische omstandigheden waarbij het voor verhuurders steeds lastiger wordt om een geschikte huurder voor een pand te vinden, is het niet ondenkbaar dat een verhuurder groot belang heeft bij herstel van het gehuurde in de oude staat en ook de tijd heeft om een vordering tot herstel in te stellen. Stel daarom nu eens voor dat een verhuurder geen kort geding start, maar een bodemprocedure. De verhuurder vordert herstel in de oude staat op straffe van verbeurte van een fikse dwangsom. Er is sprake van een overzichtelijk faillissement waarvan ten tijde van de comparitie van partijen al duidelijk is dat er afdoende activa aanwezig is om in elk geval de boedelcrediteuren te voldoen.<sup>41</sup> De vordering van de verhuurder leidt dan niet zonder meer tot een verstoring van de *paritas creditorum*. Kan de curator in deze omstandigheden nog steeds aanvoeren dat hij niet gehouden kan worden de werkzaamheden uit te (laten) voeren? Kan hij zich permitteren dat hij de dwangsom verbeurt? Of doet de curator er in dat geval toch verstandig aan om aan de veroordeling te voldoen om te voorkomen dat de vordering van de verhuurder almaar oploopt?

Wij vinden dit een interessante en voor de praktijk relevante vraag waarop het antwoord in de literatuur en jurisprudentie niet eenduidig te vinden is, terwijl diezelfde literatuur en jurisprudentie ervan uit lijkt te gaan dat de vordering van de verhuurder altijd in de vorm van een geldvordering gegoten wordt. Of dat terecht is, blijkt maar zeer de vraag te zijn. In het vervolg van dit artikel zullen we overigens wel uitgaan van de situatie waarin de vordering van de verhuurder vertaald wordt in een geldvordering op de boedel.

#### **4.5 Hoe kwalificeert de vordering van verhuurder wegens ondeugdelijke oplevering?**

Stelt u zich eens de volgende situatie voor. Een huurder huurt al jarenlang een pand en heeft inmiddels op meerdere plaatsen in het gehuurde met toestemming van de verhuurder, maar op eigen kosten, aanpassingen verricht. Partijen hebben in de huurovereenkomst opgenomen dat het pand weer conform de algemene bepalingen van de ROZ wordt opgeleverd, omdat de verhuurder of een opvolgend huurder geen baat hebben bij de door de huurder aangebrachte wijzigingen. In sommige gevallen zijn aanpassingen aan een pand immers specifiek gericht op een bepaalde bedrijfsvoering van de huurder, zonder dat een opvolgend huurder daar baat bij heeft. Met een beroep op de algemene bepalingen bij de ROZ-huurovereenkomst kan de verhuurder van de huurder verlangen dat alle aanpassingen bij het einde van de huurovereenkomst ongedaan worden gemaakt.

De schadevordering van een verhuurder jegens een huurder die weigert de aanpassingen ongedaan te maken of anderszins weigert deugdelijk op te leveren, kan aardig in de papieren lopen. In het geval de huurder failliet gaat en de huurovereenkomst is opgezegd op grond van artikel 39 Fw, is het dus zowel voor de verhuurder als voor de (boedel)crediteuren van belang om te bepalen hoe de vordering van de verhuurder tot vergoeding van schade wegens de ondeugdelijke oplevering gekwalificeerd moet worden en welke rang deze

---

<sup>41</sup> In dit voorbeeld wordt ervan uitgegaan dat de vordering van de verhuurder een boedelvordering betreft.



vordering in het faillissement inneemt. Hier komt het genoemde arrest Circle Vastgoed om de hoek kijken.<sup>42</sup> Voordat hieraan aandacht wordt besteed, moet eerst besproken worden hoe we tot dit arrest komen. Na de bespreking van Circle Vastgoed komt ook nog de situatie aan de orde dat de huurder ongeoorloofde aanpassingen heeft verricht of zelfs schade aan het pand heeft toegebracht. Daarbij wordt ook toegelicht dat het tijdstip waarop de vordering van de verhuurder is ontstaan, namelijk vóór of na faillissement van groot belang is.

#### 4.6 Van Galen q.q./Circle Vastgoed

De Hoge Raad heeft zich in 2004 - in het eerdergenoemde arrest Van Galen q.q./Circle Vastgoed - uitgelaten over de vraag of een vordering van de verhuurder betreffende ontruimingskosten al dan niet als boedelschuld moet worden gekwalificeerd. Het ging in die zaak om het volgende.

Circle Plastics huurde van Circle Vastgoed een terrein met opstallen in Rotterdam. Op dit terrein bevond zich een grote hoeveelheid verontreinigd plastic dat Circle Plastics wilde verwerken, ware het niet dat zij failliet ging. De curator zegde de huurovereenkomst op, waarna hij in discussie belandde met Circle Vastgoed als verhuurster. Circle Vastgoed sprak de curator aan om tot ontruiming over te gaan, welk verzoek door de curator werd gepareerd met de mededeling dat de boedel daartoe niet de financiële middelen had. Uiteindelijk koos Circle Vastgoed ervoor om het materiaal zelf te verwijderen en de kosten, zijnde f 400.000,- als boedelvordering in te dienen bij de curator. De curator verzette zich hiertegen en stelde dat de vordering van Circle Vastgoed geen boedelvordering was, maar een concurrente faillissementsvordering. De vordering vloeide immers, zo stelde de curator, voort uit feiten die vóór faillissement hadden plaatsgevonden.

De rechtbank oordeelde in het voordeel van Circle Vastgoed.<sup>43</sup> De rechtbank leidde onder meer uit de arresten De Ranitz q.q./ Ontvanger en Frima q.q./Blankers af dat een verplichting die ontstaat door de opzegging door de curator van een overeenkomst tussen de failliet en een derde als boedelschuld moet worden aangemerkt.<sup>44</sup> Nu de verplichting tot ontruiming van het terrein ontstond door *opzegging* van de huurovereenkomst door de curator, moest de vordering van Circle Vastgoed als boedelvordering worden aangemerkt.

Er werd sprongcassatie ingesteld. Ook de Hoge Raad oordeelde in het voordeel van Circle Vastgoed. In rechtsoverweging 4.3 bevestigde de Hoge Raad dat een verplichting die is ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling als boedelschuld wordt aangemerkt. Dat de betreffende verplichting mede haar grond vindt in een al voor de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding (zijnde hier de huurovereenkomst) maakt dit volgens de Hoge Raad niet anders. De Hoge Raad kiest in dit arrest dus duidelijk voor het *toedocriterium*.

#### 4.7 Het kat-en-muis-spel van de opzegging

Het arrest Circle Vastgoed heeft dus tot gevolg dat de vordering van de verhuurder tot herstel van het pand in oude staat alleen dan als boedelvordering kan worden ingediend als de curator de huurovereenkomst heeft opgezegd. Heeft de verhuurder de huurovereenkomst opgezegd, dan is er – simpel gezegd – niet voldaan aan het toedocriterium en is de

<sup>42</sup> HR 18 juni 2004, JOR 2004, 221.

<sup>43</sup> Rechtbank Rotterdam 25 april 2002, JOR 2002, 146 m. nt. Boekraad.

<sup>44</sup> HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 (Frima q.q./Blankers) en HR 28 september 1990, NJ 1991, 304 (De Ranitz q.q./ Ontvanger).

vordering tot herstel in oude staat een niet-verifieerbare vordering. Datzelfde geldt als de verhuurder de huurovereenkomst ontbindt.

In de praktijk levert het toedoen criterium een soms wat bizarre discussie tussen een curator en een verhuurder op. Er ontstaat immers enkel een boedelschuld als de curator zelf de huurovereenkomst heeft opgezegd. Als de verhuurder de huurovereenkomst heeft opgezegd, is de vordering niet-verifieerbaar. Dit levert situaties op waarin een verhuurder een (vaak aanzienlijke) vordering indient en de curator zich verweert met de simpele stelling: "U heeft zelf de huurovereenkomst opgezegd." Getoetst aan Circle Vastgoed valt er geen speld tussen te krijgen, maar vanuit huurrechtelijk perspectief is deze door de Hoge Raad ontwikkelde rechtsregel een vreemde eend in de bijt.

De ervaring heeft geleerd dat zeker niet alle (professionele) verhuurders van de implicaties van Circle Vastgoed op de hoogte zijn en zo spoedig mogelijk nadat ze bekend zijn geworden met het faillissement van de huurder de huurovereenkomst opzeggen, zich niet realiserend dat ze zich hiermee in de vingers kunnen snijden. Dat klemt temeer nu huurders in deze tijd niet voor het oprapen liggen. In betere economische tijden lieten verhuurders die moesten kiezen tussen de mogelijkheid om de ontruimingskosten als boedelvordering in te dienen (en dus afwachten totdat de curator de huurovereenkomst zou gaan opzeggen) of het pand spoedig weer te kunnen verhuren (en dus zelf de huurovereenkomst opzeggen) de keuze wellicht gemakkelijk doorslaan naar de laatste optie. In de huidige tijd zal dat zeker anders zijn. Verhuurders dienen zich dan ook beter bewust te zijn van de uitwerking van Van Galen q.q./Circle Vastgoed om op een serieuze wijze mee te kunnen doen in het kat-en-muis-spel bij de opzegging van een huurovereenkomst.

#### **4.8 Rechtvaardiging**

Vanuit huurrechtelijk perspectief bezien, kan men overigens vraagtekens stellen bij de rechtvaardiging van het vorengaande. De situatie ontstaat immers dat een verhuurder die de huurovereenkomst zelf opzegt zijn vordering tot herstel in oude toestand van het pand niet voldaan zal krijgen, terwijl een verhuurder waarvan de curator de huurovereenkomst heeft opgezegd nog een aardige kans maakt een deel van zijn vordering voldaan te krijgen. Vanuit het perspectief van de curator is dit verdedigbaar, maar vanuit het perspectief van de verhuurder kunnen hierbij vraagtekens worden gesteld. In de situatie dat de huurder niet failliet is en de huurovereenkomst eindigt, doet het in het geheel niet ter zake wie van beide partijen de huurovereenkomst heeft opgezegd. In beide gevallen moet de huurder het pand conform de afspraken opleveren.

Vaak is er in het onderhandelingstraject voorafgaand aan de huurovereenkomst stevig onderhandeld over de al dan niet toepasselijkheid van de algemene voorwaarden omtrent het aanbrengen van wijzigingen aan het gehuurde en de staat waarin de verhuurder het onroerend goed weer opgeleverd wenst te ontvangen. Ook gedurende de looptijd van de huurovereenkomst kunnen discussies en zelfs gerechtelijke procedures ontstaan over het aanpassen van het gehuurde en de daarvoor benodigde toestemming van de verhuurder. Beide partijen gaan af op de wet, maar nog meer op de van de wet afwijkende algemene bepalingen. In dit geheel van regels kan men zich afvragen of het past dat de simpele vraag welke partij de huurovereenkomst opzegt, hetgeen de verhuurder met name als een formaliteit in het gehele huurproces zal beschouwen, van cruciaal belang is voor de kwalificatie van de schadevordering van de verhuurder in het faillissement van de huurder.

Vanuit de optiek van de curator en de crediteuren wiens belangen hij behartigt is de weg die de Hoge Raad is ingeslagen echter ook onwenselijk, nu met hantering van het

toedoen criterium aanzienlijke boedelvorderingen ontstaan, zodat voor de faillissementscrediteuren (waar het faillissement eigenlijk voor is uitgesproken) nog minder kans overblijft op enige uitkering. De rechtvaardiging voor de uitkomst van het arrest Circle Vastgoed is voor curator en crediteuren ver te zoeken. De situatie die uiteindelijk leidde tot de aanzienlijke boedelvordering (het aanwezig zijn van vervuild landbouwplastic) was immers vóór faillissementsdatum ook al aan de orde. De vraag blijft waarom het feit dat de curator gewoon zijn plicht nakomt (opzegging van de huurovereenkomst ter voorkoming van het oplopen van boedelkosten), vervolgens een aanzienlijke boedelvordering voor zijn kiezen krijgt, terwijl hij de genoemde situatie niet heeft kunnen voorkomen. Ook voor de curator en de faillissementscrediteuren heeft het toedoen criterium dus onwenselijke gevolgen.

#### **4.9 Ongeoorloofde toevoegingen en schade**

Het bovenstaande geldt voor aanpassingen aan het gehuurde waarvoor de verhuurder toestemming heeft verleend. De vraag kan gesteld worden of het zojuist beschrevene onverkort geldt voor aanpassingen en toevoegingen aan het gehuurde waarvoor de verhuurder geen toestemming heeft gegeven en voor de situatie dat de huurder zelfs schade aan het gehuurde heeft veroorzaakt. Hieraan zal in het navolgende aandacht worden besteed.

Zojuist reeds geschreven, heeft de huurder zowel op grond van de wet als op grond van de algemene bepalingen conform het ROZ-model schriftelijke toestemming nodig voor aanpassingen en toevoegingen die niet zonder noemenswaardige kosten ongedaan kunnen worden gemaakt of worden verwijderd. Als een huurder wijzigingen aan het gehuurde aanbrengt waarvoor toestemming van de verhuurder nodig is, maar deze ontbreekt (bijvoorbeeld omdat de huurder geen toestemming heeft gevraagd of de verhuurder deze desgevraagd heeft geweigerd) dan pleegt de huurder wanprestatie ex artikel 6:74 BW.

Boek 7 BW en de algemene bepalingen behelsen aparte regels voor schade aan het gehuurde.

##### *4.9.1 Wettelijke regeling en het ROZ-model omtrent schade*

Ter zake van schade aan het gehuurde bepaalt artikel 7:218 lid 1 BW dat de huurder aansprakelijk is voor schade aan de verhuurde zaak die is ontstaan door een hem toe te rekenen tekortschieten in de nakoming van een verplichting uit de huurovereenkomst. Lid 2 bepaalt vervolgens dat alle schade vermoed wordt daardoor te zijn ontstaan, behoudens brandschade en schade aan de buitenzijde van een gebouwde onroerende zaak. Ten slotte regelt lid 3 dat onverminderd artikel 7:224 lid 2 BW de huurder vermoed wordt het gehuurde in onbeschadigde toestand te hebben ontvangen. Of de huurder tekort is geschoten in nakoming van de verplichtingen wordt door het verbintenisrecht bepaald, met name de artikelen 6:74 en 6:75 BW.

Ook ten aanzien van schade aan het gehuurde zijn de algemene bepalingen behorende bij het ROZ-model van belang. In de algemene bepalingen behorend bij 230a-ruimte (kantooruimte) staat opgenomen dat de huurder jegens de verhuurder aansprakelijk is voor alle schaden en verliezen aan het gehuurde. Dat geldt echter niet voor schade en verliezen waarvan de huurder bewijst dat hem daaromtrent geen schuld treft of dat hem dienaangaande geen nalatigheid is te verwijten. Interessant is verder om te vermelden dat de huurder aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van door of namens hem

aangebrachte veranderingen en toevoegingen.<sup>45</sup> In de algemene bepalingen behorend bij 290-ruimte (bedrijfsruimte) staat opgenomen dat de huurder aansprakelijk is voor alle schade aan het gehuurde, tenzij de huurder bewijst dat de schade hem niet is toe te rekenen. Verder is opgenomen dat de door de huurder aangebrachte veranderingen geen deel uitmaken van het gehuurde.<sup>46</sup> Hieruit volgt derhalve dat de huurder voor schade aan aangebrachte wijzigingen zelf verantwoordelijk is.

#### 4.9.2 *Moment van ontstaan van de vordering*

In tegenstelling tot de vordering van de verhuurder tot herstel van het gehuurde in oude staat aan het einde van de huurovereenkomst kan de verhuurder een vordering tot herstel van schade direct instellen. Dat geldt ook voor de vordering tot ongedaanmaking van ongeoorloofde wijzigingen. De wanprestatie bestaat immers op het moment dat de huurder de schade of de ongeoorloofde wijzigingen toebrengt. Terzijde wordt opgemerkt dat het wel voor de hand ligt dat een verhuurder pas bij de inspectie voorafgaande aan de oplevering van het gehuurde van de wanprestatie op de hoogte raakt, maar dit doet niets af aan het feit dat de wanprestatie al eerder is gepleegd. Als een verhuurder tijdens de looptijd van de huurovereenkomst van de schade op de hoogte raakt dan kan hij daartegen direct actie ondernemen. Hij hoeft niet te wachten tot het gehuurde aan het einde van de huurovereenkomst aan hem wordt opgeleverd.<sup>47</sup>

#### 4.9.3 *Jurisprudentie over ongeoorloofde veranderingen en schade*

In de casus van een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 25 juni 2009 had een huurder zonder toestemming van de verhuurder ingrijpende wijzigingen aan het gehuurde aangebracht.<sup>48</sup> De verhuurder schatte de kosten voor herstel op € 50.000,-. De huurder verweerde zich door te stellen dat hij pas op het moment dat de huurovereenkomst eindigt het gehuurde in oude staat moest herstellen en dat hij daartoe niet gedurende de looptijd van de huurovereenkomst veroordeeld kon worden. De rechtbank Amsterdam heeft dit verworpen door te overwegen dat artikel 7:224 BW enkel aangeeft hoe het gehuurde aan het einde van de huurovereenkomst weer moet worden opgeleverd, maar dat dit geen vrijbrief is om tijdens de loop van de huurovereenkomst ingrijpende verbouwingen te verrichten zonder schriftelijke toestemming van de huurder.

In deze zaak ging het weliswaar om de verhuur van woonruimte, maar de uitkomst geldt onverkort voor bedrijfs- en kantoorruimte. Dat blijkt wel uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank te Arnhem van 24 maart 2005.<sup>49</sup> Het gehuurde betrof een bedrijfspand waaraan huurder zonder toestemming van de verhuurder wijzigingen had aangebracht. De vordering van verhuurder tot ongedaanmaking van de wijzigingen werd door de voorzieningenrechter toegewezen. De huurder diende het pand te herstellen in de staat zoals die was voor aanvang van de verbouwingswerkzaamheden.

#### 4.9.4 *Standpunt in de literatuur*

---

<sup>45</sup> Artikelen 11.3 en 11.7 van de algemene bepalingen kantoorruimte vastgesteld op 11 juli 2003 en ingeschreven onder nummer 72/2003 bij de griffie van de rechtbank Den Haag.

<sup>46</sup> Artikelen 11.1 en 15.5 van de algemene bepalingen winkelruimte vastgesteld op 15 augustus 2008 en ingeschreven onder nummer 67/2008 bij de griffie van de rechtbank Den Haag.

<sup>47</sup> I.C.K. Mol & E.H.H. Schelhaas, "Reikwijdte opleveringsverplichtingen verhuurder en huurder", *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte*, nr. 3 mei/juni 2011, p. 116.

<sup>48</sup> Rechtbank Amsterdam 26 juni 2009, *LJN* BJ3456.

<sup>49</sup> Rechtbank Arnhem (voorzieningenrechter) 24 maart 2005, *LJN* AT7885.

In de literatuur wordt aangenomen dat reeds vóór de faillietverklaring bestaande verplichtingen van de huurder tot herstel of vergoeding van schade aan het gehuurde en de verplichting tot ongedaanmaking van ongeoorloofde veranderingen en toevoegingen als faillissementsschulden moeten worden gekwalificeerd.<sup>50</sup> Daarbij wordt enerzijds aangesloten bij het toedoen criterium zoals de Hoge Raad dit heeft bepaald in het arrest Circle Vastgoed met de gedachte dat de verplichting tot herstel van schade in “causaal verband” dienen te staan tot een rechtshandeling van de curator.<sup>51</sup> Anderzijds wordt gekeken naar het tijdstip waarop de vordering van de verhuurder tot ongedaanmaking is ontstaan. In het geval dat de huurder schade aan het gehuurde heeft veroorzaakt, is de vordering van de verhuurder tot vergoeding van die schade al eerder ontstaan en heeft de opzegging van de huurovereenkomst daar niets mee van doen.<sup>52</sup>

De vordering van de huurder tot herstel van schade en ongedaanmaking van ongeoorloofde wijzigingen heeft niets van doen met de opzegging van de huurovereenkomst en verschilt in zoverre aanzienlijk met de vordering tot herstel van geoorloofde veranderingen en ontruimingskosten. De vordering tot herstel van schade aan de het gehuurde ontstaat immers niet door de opzegging van de huurovereenkomst. Deze vordering kan de verhuurder gedurende de huurovereenkomst instellen. Dit in tegenstelling tot de vordering tot ongedaanmaking van geoorloofde veranderingen, welke slechts aan het einde van de huurovereenkomst, namelijk bij de oplevering van het pand, ingesteld kan worden.

De rechtbank 's-Gravenhage heeft zich bij de literatuur aangesloten in de na te bespreken uitspraak.

#### *4.9.5 Rechtbank Den Haag 23 november 211*

In deze lijn ligt ook de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 23 november 2011.<sup>53</sup> In die zaak vorderde de verhuurder, onder verwijzing naar het arrest Circle Vastgoed, een bedrag van € 24.000,- aan schade aan de buitengevel en deuren van het pand waarvan de curator de huurovereenkomst inmiddels had opgezegd. Tussen partijen stond niet ter discussie dat de huurder op grond van de algemene bepalingen zorg moest dragen voor reparatie van de ontstane schade.

De vraag, waar de kantonrechter over moest oordelen, was of deze situatie gelijk was aan die van Circle Vastgoed. Werd de gevorderde schade veroorzaakt door de opzegging van de huurovereenkomst door de curator?

De kantonrechter oordeelde dat de verplichting van de huurder tot herstel van de schade voortvloeit uit de bepalingen uit de huurovereenkomst en dus niet is ontstaan als gevolg van de rechtshandeling van de curator. De vordering van de verhuurder werd dus niet veroorzaakt door de opzegging van de huurovereenkomst door de curator, waardoor niet voldaan was aan het toedoen criterium. De vordering betrof dus geen boedelvordering, maar een (concurrente) faillissementsvordering. Ter verduidelijking wordt nog opgemerkt dat het hier geen niet-verifieerbare vordering betreft, omdat de vordering al vóór het faillissement is ontstaan. Niet-verifieerbare vorderingen ontstaan pas na de datum van de faillietverklaring.

<sup>50</sup> H.J. Rossel, *Huurrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2011, p. 497.

<sup>51</sup> I.C.K. Mol & E.H.H. Schelhaas, “Reikwijdte opleveringsverplichtingen verhuurder en huurder”, *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte*, nr. 3 mei/juni 2011, p. 122.

<sup>52</sup> GS Huurrecht, artikel 224 Boek 7 BW, aant. 88.4.

<sup>53</sup> Rechtbank Den Haag, 23 november 2011, *JOR* 2012, 63, m.nt. E. Loesberg.

Blijkens de noot van Loesberg heeft de verhuurder sprongcassatie ingesteld. De ogen zijn nu dus op de Hoge Raad gericht. Ons lijkt dat de Hoge Raad deze situatie niet gelijk zal trekken aan Circle Vastgoed en conform het oordeel van de kantonrechter zal beslissen dat deze vorm van schadevergoeding niet onder het toedocriterium valt aangezien deze niet door de opzegging van de huurovereenkomst wordt veroorzaakt en de vordering dus als concurrent moet worden gekwalificeerd.

#### *4.9.6 Slecht gedrag wordt beloond*

Als de Hoge Raad inderdaad oordeelt conform bovenvermelde verwachting, dan ontstaat een merkwaardige situatie. De curator heeft er belang bij om te betogen dat door de huurder uitgevoerde aanpassingen aan het gehuurde zonder toestemming van de verhuurder zijn verricht. Immers, in dat geval bestond er ten tijde van de faillietverklaring reeds een toerekenbare tekortkoming waar de opzegging van de huurovereenkomst door de curator geen invloed meer op heeft. De verhuurder heeft dan enkel een concurrente faillissementsvordering. We zagen eerder dat als er wel toestemming van de verhuurder is de curator met een boedelvordering geconfronteerd kan worden. Met andere woorden: hoe slechter de huurder zich gedraagt, hoe minder verhaalsmogelijkheden er voor de verhuurder overblijven als de huurder faillieert.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> GS Huurrecht, artikel 224 Boek 7 BW, aant. 88.4.

## 5. CONCLUSIE

In de voorgaande hoofdstukken hebben wij getracht uiteen te zetten wat er zoal komt kijken bij de beëindiging van de huurovereenkomst in het geval de huurder faillieert en de curator voor oplevering van het onroerend goed moet zorgdragen. Zoals gebleken is, maakt het voor de vordering van de verhuurder ten aanzien van leegstandsschade een groot verschil of de huurovereenkomst door opzegging of door ontbinding eindigt.

Indien de huurovereenkomst wordt opgezegd op grond van artikel 39 Fw, kan een verhuurder geen vordering tot vergoeding van leegstandsschade indienen. Bij ontbinding van de huurovereenkomst kan dit anders liggen, namelijk als de huurovereenkomst erin voorziet dat de verhuurder recht heeft op vergoeding van de gedeerde huurpenningen over de resterende oorspronkelijke looptijd. Daarbij is van belang dat de curator een contractuele bepaling tot ontbinding bij faillissement van de huurder kan vernietigen op grond van artikel 7:291 BW, doch uitsluitend voor zover het bedrijfsruimte ex artikel 7:290 BW betreft.

Na de beëindiging van de huurovereenkomst dient de curator het pand weer aan de verhuurder op te leveren. Over de staat waarin het pand zich bevindt, kunnen de nodige discussies ontstaan.

Allereerst is het de vraag of de verhuurder van de curator kan vorderen dat de curator zelf tot herstel van het pand in de oorspronkelijke staat overgaat. Dit lijkt in strijd met de paritas creditorum, maar of een beroep van de curator op dit beginsel te allen tijde opgaat, is maar zeer de vraag. Het argument dat de curator niet aan een veroordeling zal kunnen voldoen, omdat hij nog niet kan inschatten of het boedelactief toereikend zal zijn, lijkt in veel gevallen in ieder geval uitkomst te bieden.

Verder kunnen de verhuurder en de curator in een discussie belanden over de kwalificatie van de vordering van de verhuurder tot herstel van het pand in oude toestand. Als de curator de huurovereenkomst opzegt, is de betreffende vordering van de verhuurder een boedelvordering. Indien de verhuurder opzegt of ontbindt, is dat niet het geval en betreft het enkel een niet-verifieerbare vordering. Dit zal voor een verhuurder vreemd overkomen, omdat de opzegging van de huurovereenkomst enkel een formaliteit betreft en het ook vanuit huurrechtelijk oogpunt niet heel goed te verdedigen is. Vanuit de positie van de curator bezien, is het uiteraard onwenselijk dat de opzegging door de curator zelf tot een (aanzienlijke) boedelvordering leidt.

Over de vraag hoe de vordering van de verhuurder tot vergoeding van schade aan het gehuurde gekwalificeerd moet worden, zal de Hoge Raad zich gaan uitlaten. Onze verwachting is dat de Hoge Raad deze vordering niet als boedelvordering zal bestempelen, maar het wachten is op ons hoogste rechtscollege.

Kort samengevat is de vordering van de verhuurder tot herstel in oude toestand en de vordering ter zake de ontruimingskosten een boedelvordering als de curator de huurovereenkomst opzegt en een niet-verifieerbare vordering als de verhuurder opzegt of ontbindt. De vordering van de verhuurder tot ongedaanmaking van ongeoorloofde veranderingen en schade is volgens de huidige stand van zaken een faillissementsvordering, maar hierover zal de Hoge Raad zich gaan uitlaten.

Al met al kan wel gezegd worden dat de beëindiging van de huurovereenkomst een soort Stratego is: elke stap van jezelf kan de nodige gevolgen hebben, maar je kunt ook niet altijd op de ander gaan zitten wachten. Dan kun je weleens te laat zijn.....