

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift [Juridisch up to Date](#). Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Jutd 2019/0004 Schending van verplichting tot nalaten leidt tot aansprakelijkheid curator

Jutd 2019/0004 d.d. 18-01-2019

Auteur(s): Mr. dr. F.A. van Tilburg, Van Iersel Luchtman N.V., Breda.

Inleiding

In een faillissement geldt als hoofdregel dat wederkerige overeenkomsten niet door de faillietverklaring worden geraakt. Dit volgt uit artikel 37 Fw. De wederpartij van de failliet kan schriftelijk aan de curator verzoeken of deze de wederkerige overeenkomst nog gestand zal doen. Indien de curator niet binnen de gestelde redelijke termijn verklaart dat gestanddoening zal volgen, verliest de curator het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen. Anderzijds heeft de wederpartij dan de mogelijkheid om de overeenkomst te beëindigen, bijvoorbeeld door ontbinding omdat duidelijk is dat gefailleerde niet zal nakomen. Vorderingen uit hoofde van ontbinding of vernietiging, of een vordering tot schadevergoeding die daaruit voortvloeit kan de wederpartij op grond van artikel 37a Fw bij de curator indienen ter verificatie. Dit betreft dan een concurrente vordering.

Op het initiatief van de curator kunnen wederkerige overeenkomsten waarbij de failliet partij is in beginsel niet worden beëindigd. Dat is anders voor de overeenkomsten die worden genoemd in artikel 39 en 40 Fw. Huurovereenkomsten en arbeidsovereenkomsten kan de curator, met toestemming van de rechter-commissaris, wel beëindigen. Het gevolg daarvan is dat de vordering van de wederpartij ten aanzien van de opzegtermijn promoveert tot boedelvordering. Alles wat de wederpartij nog te vorderen heeft van vóór datum faillissement kan als concurrente dan wel als preferente vordering bij de curator worden ingediend. Preferentie wordt door de wet aan een vordering toegekend.

In het verleden heeft de Hoge Raad meerdere uitspraken gedaan over hoe een curator dient om te gaan met wederkerige overeenkomsten die de failliet vóór de faillietverklaring is aangegaan. In de praktijk loopt de curator met name aan tegen de situatie waarin de wederkerige overeenkomst een verplichting voor de failliet meebrengt om iets te dulden of na te laten. Ook in de in dit artikel te bespreken uitspraak van de Hoge Raad is de verplichting tot een nalaten relevant (HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, NJ 2018, 464 m.nt. F.M.J. Verstijlen). De zaak heeft betrekking op een curator die aansprakelijk was gesteld door de verhuurder van een winkelpand dat door gefailleerde werd gehuurd.

Feiten van de casus

Tot aan de faillietverklaring werd door de gefailleerde onderneming een schoenenwinkel geëxploiteerd in een huurpand in het centrum van Nijmegen. In de huurovereenkomst tussen gefailleerde als huurder en de eigenaar van het pand als verhuurder, was een verbod opgenomen om het pand onder te verhuren of in gebruik te geven aan derden. Wanneer de onderneming in staat van faillissement wordt verklaard, zegt de verhuurder kort daarop de huurovereenkomst op, op grond van artikel 39 Fw. Op basis van de wet eindigt de huurovereenkomst dan na drie maanden.

De curator onderzoekt de mogelijkheden van een doorstart en mede in dat kader wijst de verhuurder de curator er meerdere keren op dat er sprake is van een verbod om het pand onder te verhuren of in gebruik te geven aan derden. Ook heeft de verhuurder aangegeven te willen onderzoeken of hij met een koper van het actief van de failliet tot een huurovereenkomst zou kunnen komen. De verhuurder heeft ook aangegeven dat er geen faillissementsverkoop vanuit de winkel zou mogen plaatsvinden.

Ondanks de mededelingen van de verhuurder gaat de curator over tot verkoop van de inventaris en goodwill van gefailleerde en geeft aan de koper de toestemming om de winkelruimte te gebruiken. De koper gaat ook daadwerkelijk over tot een faillissementsverkoop vanuit het pand en geeft daar ook ruchtbaarheid aan. De koper betaalt aan de boedel een vergoeding voor het gebruik van het gehuurde gedurende de opzegtermijn van drie maanden. Die vergoeding komt dus niet bij de verhuurder terecht. De koper maakt daarnaast met de verhuurder afspraken over een gebruiksvergoeding over de maanden ná de opzegtermijn.

De verhuurder stelt vervolgens dat de curator jegens hem is tekort geschoten in de nakoming van de uit de huurovereenkomst voortvloeiende verplichtingen (het niet in gebruik geven van het gehuurde aan een derde) en vordert niet alleen een veroordeling van de curator in zijn hoedanigheid, maar ook persoonlijk tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad. In het faillissement heeft zich in de tussentijd een wissel van curatoren voorgedaan. De huidige curator wordt dan ook q.q. aangesproken en de voormalig curator (die destijds het pand in gebruik gaf aan de koper) wordt persoonlijk aansprakelijk gesteld. De vorderingen van de verhuurder worden zowel door de rechtbank en het hof toegewezen en vervolgens laat de Hoge Raad deze toewijzing in stand.

Schending verplichting tot nalaten of dulden

Voorop staat dat een curator in een faillissement niet de verplichtingen overneemt van de gefailleerde, tenzij de wet anders bepaalt. De verplichtingen op grond van een wederkerige overeenkomst rusten in beginsel dus niet op de curator. Dat is al door de Hoge Raad geoordeeld in HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21, (Smit/Van Hees q.q.). In het arrest Berzona (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, JOR 2015, 175) heeft de Hoge Raad overwogen dat het feit dat een curator uit overeenkomsten voortvloeiende verbintenissen niet hoeft na te komen, betrekking heeft op verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan. Daarbij moet worden gedacht aan een betaling, de afgifte van een zaak of de vestiging van een recht. Deze verplichtingen mag een curator "passief" niet-nakomen. De Hoge Raad heeft echter ook geoordeeld in datzelfde arrest, dat het uitspreken van een faillissement niet tot gevolg heeft dat de curator ook "actief" een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst niet toekent om verplichtingen niet na te komen. In dat arrest ging het om de vraag of ontruiming en opeising van het gehuurde zou zijn toegestaan door een curator als de gefailleerde een verhuurder is en als de huurovereenkomst nog loopt.

Ook in het meer recente arrest Credit Suisse Brazil/Jongepier q.q. (HR 23 maart 2018 ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018, 290) heeft de Hoge Raad nogmaals aangegeven dat het faillissement de curator niet de bevoegdheid geeft om een voortdurende prestatie van de schuldenaar die bestaat uit een dulden of nalaten "actief" te beëindigen. De Hoge Raad herhaalt die regel in het hier centraal staande arrest over de gefailleerde schoenenwinkel. In deze casus heeft het hof geoordeeld dat de ingebruikgeving door de curator van de winkelruimte aan de koper van

de inventaris in strijd was met de contractuele verplichting om het gehuurde niet in gebruik te geven aan een derde. In cassatie is dit oordeel van het hof niet bestreden.

De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dan ook dat ook hier sprake is van een "actieve" schending door de curator van een voortdurende verplichting van de gefailleerde tot nalaten. Deze schending moet volgens de Hoge Raad worden gelijkgesteld aan "actieve" beëindiging van een verplichting als bedoeld in het arrest Credit Suisse Brazil/Jongepier q.q. Omdat de curator niet tot die schending bevoegd was, is sprake van een handelen van de curator in strijd met een in zijn hoedanigheid na te leven verplichting. Op grond van arrest Koot Beheer/Tideman q.q. levert dat een boedelschuld op (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, JOR 2013, 224).

Ten aanzien van de curator in zijn hoedanigheid (q.q.) is dus sprake van handelen in strijd met een verplichting en de verhuurder heeft in zoverre dan ook een boedelvordering. Van deze boedelvordering was echter al sprake, omdat de huur over de opzegtermijn altijd een boedelvordering oplevert. In zoverre heeft de verhuurder dan ook niet een betere positie dan wanneer hij de huur over de opzegtermijn als boedelvordering bij de curator had ingediend.

Persoonlijke aansprakelijkheid

Het tweede aspect van de uitspraak is de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Een vordering op de curator persoonlijk, geeft de verhuurder wél een andere positie. Het is dan immers niet de boedel, maar de curator die de vordering moet voldoen. Een beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de curator zal daarvoor in de regel dekking bieden.

Wanneer een partij een curator persoonlijk aansprakelijk stelt, zijn er twee standaard uitspraken van de Hoge Raad relevant. Dat betreft de arresten Maclou (HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047) en het arrest Prakke/Gips (HR 16 december 2011 ECLI:NL:HR:2011:BU4204). Uit dat laatste arrest volgt dat voor zover een curator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, hem in beginsel ruime mate van vrijheid toekomt. Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de norm van het Maclou-arrest. Die houdt in dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De curator moet zich richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan het inzicht van de curator overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Maar voor zover de curator wél is gebonden aan regels, heeft hij deze beleidsvrijheid dus niet. In het onderhavige arrest oordeelt de Hoge Raad dat wanneer de curator die regels niet nakomt, hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zal zijn ten opzichte van degene met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden.

De Hoge Raad geeft aan dat schending van een verplichting die volgt uit een voor de failliet geldende overeenkomst op zichzelf nog geen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator volgt. Maar omdat hier sprake is van een "actieve" schending van de curator van een voortdurende verplichting die bestaat uit het nalaten, rust een zodanige verplichting (ook) op de curator in zijn hoedanigheid. Dit moet worden aangemerkt als een tot de curator gerichte regel als bedoeld in het arrest Prakke/Gips. Het gaat dus niet om welke verplichting er concreet gold voor de gefailleerde, maar wel dat het een verplichting tot nalaten was. En daarvoor geldt de algemene regel voor een curator (zo volgt althans uit de hiervoor besproken jurisprudentie) dat hij niet actief een verplichting tot nalaten of dulden mag schenden. Dat zou dan dus de regel zijn die hier door de curator is geschonden.

Omdat de curator hier is gebonden aan een regel, heeft hij dus ook niet de in het arrest Prakte/Gips bedoelde beleidsvrijheid. Dat betekent volgens de Hoge Raad nog niet dat het enkele niet naleven van die regels steeds tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Maar in de casus van deze zaak heeft het hof naar aanleiding van het partijdebat en de omstandigheden van het geval aanleiding gezien om te oordelen dat de curator hier ook een persoonlijke verwijt trof. Dat is volgens de Hoge Raad geen onjuiste rechtsopvatting. In cassatie blijft het oordeel dat de curator persoonlijk aansprakelijk is dan ook overeind.

Geleden schade

Bij het vaststellen van de hoogte van de schade heeft het hof een vergelijking gemaakt tussen de feitelijke situatie (waarin de boedelvordering van de verhuurder uit hoofde van de huur over de opzegtermijn onbetaald is gebleven - vanwege de toestand van de boedel) en de hypothetische situatie (waarin de curator rekening zou hebben gehouden met de belangen van de verhuurder). In de hypothetische situatie zou de verhuurder van de koper een gebruiksvergoeding hebben ontvangen, zo oordeelde het hof. Op grond van deze vergelijking kon het hof volgens de Hoge Raad tot het oordeel komen dat de verhuurder schade heeft geleden die in een causaal verband staat tot een schending van de gedragsnorm waar de curator zich aan had moeten houden.

Slot: betekenis van het arrest voor de praktijk

Op het eerste oog lijkt de uitspraak helder: als in een faillissement sprake is van een huurovereenkomst die verbiedt om het gehuurde aan een derde in gebruik te geven of onder te verhuren en een curator doet dat toch, dan leidt dat niet alleen tot aansprakelijkheid in zijn hoedanigheid, maar ook tot persoonlijke aansprakelijkheid.

Wanneer het arrest breder wordt bekeken, is het echter niet zo helder. Het uitgangspunt in het faillissementsrecht is dat de curator niet de verplichtingen van de gefailleerde na hoeft te komen en deze rusten niet op hem, tenzij dat in de wet anders is bepaald. Dat geldt ook bij huurovereenkomsten. Alleen de huurprijs kan immers op grond van artikel 39 Fw een boedelschuld worden. De andere verplichtingen van de huurder leiden niet tot een (boedel)vordering. Volgens Verstijlen in zijn noot onder het arrest (NJ 2018, 464) is hier dan ook geen sprake van een boedelvordering, omdat de verplichting van de huurder wordt overtreden, maar omdat het gaat om een eigen verplichting van de curator "q.q." om een verplichting tot nalaten van de schuldenaar niet "actief" te schenden. Toch volgt uit het arrest niet duidelijk, aldus Verstijlen, hoe het ontbreken van een bevoegdheid van de curator om een verplichting van de schuldenaar te beëindigen, dan leidt tot de conclusie dat die verplichting ook op de curator rust (of dat hij anderszins conform die verplichting moet handelen).

Ook na deze uitspraak is het dus nog niet helemaal duidelijk wat de regel is die de curator niet mag overtreden, en in welk geval de overtreding van een dergelijke regel tot persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Dat kan voor onzekerheid zorgen bij curatoren in hun optreden. Verstijlen constateert - terecht - dat ook een verplichting tot dulden of nalaten niet zover kan gaan dat een curator niet kan beschikken over een goed dat tot de boedel behoort, of dat niet tot het te gelde maken van het actief kan worden overgegaan. Daarbij past bovendien de opmerking dat de omstandigheden van deze casus zeker relevant zijn geweest bij het oordeel van het hof. Het wordt niet als zodanig expliciet benoemd, maar het feit dat de eerste curator geen gehoor heeft gegeven aan de oproepen van de verhuurder om niet tot ingebruikgeving over te gaan, speelt natuurlijk een rol. Bovendien is de vergoeding die voor dit gebruik werd betaald door de koper niet aan de

verhuurder afgestaan. Het probleem lijkt dan ook veel meer te zitten in het inbreuk maken op het eigendomsrecht van de verhuurder. Dat constateert ook Verstijlen in zijn noot. Het eigendomsrecht van de verhuurder is immers het meest verstrekkende recht op een goed. Dat is ook meteen het argument dat een contractuele bepaling tot een dulden of nalaten er niet aan in de weg zou moeten kunnen staan dat een curator eigendommen van de failliet te gelde maakt. Maar omdat hier de verhuurder eigenaar was en tegen zijn wil zijn eigendom op een andere wijze werd gebruikt dan contractueel overeengekomen, namelijk niet zelf maar het door een derde te laten gebruiken, is het toch vooral een schending van het eigendomsrecht dat tot aansprakelijkheid van een curator kan leiden. Het is juist dat recht, dat ook een curator moet respecteren.