

HR 15 november 2013, Nieuwburen/Romania, nr 12/1669, ECLI:NL:HR:2013:1244

De curator beëindigt de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw. De huurovereenkomst houdt in dat de huurder bij beëindiging van de huurovereenkomst wegens faillissement de schade wegens huurderiving moet vergoeden. Degene die een huurgarantie heeft gegeven is gehouden deze schade te vergoeden, maar hij heeft geen regres op de boedel.

Feiten

Beleggings- en Exploitatiemaatschappij Nieuwburen B.V. verhuurde autoshowroomruimten, garage-werkplaatsen en een parkeerterrein aan drie dochtervennootschappen van Romania Beheer B.V. Nadat de huurders in staat van faillissement waren verklaard zei de curator de huurovereenkomsten op met een beroep op art. 39 Fw en betaalde de huur over de onder art. 39 Fw geldende opzegtermijn van 3 maanden. Romania Beheer B.V. had een huurgarantie aan Nieuwburen afgegeven. De toepasselijke Algemene bepalingen huurovereenkomst volgens het ROZ-model ("Raad voor Onroerende Zaken") bepaalden dat de huurder bij beëindiging van de huurovereenkomst wegens faillissement gehouden was tot vergoeding van alle schade die de verhuurder leed als gevolg van de beëindiging, waaronder ook gevolgschade. Romania stelde zich garant voor de nakoming van de verplichtingen voortvloeiende uit de huurovereenkomst. Nieuwburen stelde zich op het standpunt dat Romania onder de garantie huur diende te betalen over de periode gelegen na de opzegtermijn onder art. 39 Fw en bijkomende kosten.

Beslissing

Het hof oordeelde dat Romania zich niet tot meer had verbonden dan het garanderen van de verplichtingen van haar dochtermaatschappijen. Art. 39 Fw brengt met zich dat de curator, indien hij de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw beëindigt slechts de huur over de opzegtermijn van art. 39 Fw verschuldigd is. De opzegging op de voet van art. 39 Fw is een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst, die niet tot schadevergoeding verplicht ter zake van de huur die verschuldigd zou zijn geworden indien de huurovereenkomst niet tussentijds op de voet van art. 39 Fw zou zijn beëindigd. Aangezien de verplichting van Romania slechts ziet op de verplichtingen van de huurders, is ook zij geen schadevergoeding aan Nieuwburen verschuldigd, aldus nog steeds het hof. De Hoge Raad oordeelt anders. Onder verwijzing naar het arrest Aukema q.q./Uni-invest¹ stelt hij voorop dat een opzegging op de voet van art. 39 Fw een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst is die jegens de faillissementsboedel geen recht doet ontstaan op schadevergoeding wegens gemis van de huur die verschuldigd zou zijn na de datum waartegen volgens dat artikel kan worden opgezegd, ook niet ingeval deze schadevergoeding contractueel is bedongen (r.o. 3.3.2.). Deze beslissing is erop gebaseerd dat art. 39 Fw berust op een afweging van de belangen van de verhuurder enerzijds en de boedel anderzijds. In r.o. 3.3.3. overweegt de Hoge Raad vervolgens dat deze afweging niet mede strekt ter bescherming van het belang van de gefailleerde en dat er daarom geen reden is een dergelijk schadevergoedingsbeding nietig te achten jegens de gefailleerde huurder zelf en vervolgt: "Het arrest Aukema q.q./Uni-invest moet dan ook aldus worden verstaan dat dit beding in het geval van opzegging op de voet van art. 39 Fw alleen geen effect sorteert jegens de boedel." Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39

¹ HR 14 januari 2012, NJ 2011, 114.

Fw de rechtsgeldigheid van het schadevergoedingsbeding dus onverlet laat, maar dat de daaruit resulterende vordering niet in aanmerking komt voor verificatie in het faillissement van de huurder. Indien een derde de nakoming van de vordering heeft gegarandeerd brengen het faillissement van de huurder en een opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw dus geen verandering in de verplichtingen uit die garantie, tenzij anders is bedongen (r.o. 3.3.4). Ten overvloede (want in dit geding niet aan de orde) overweegt de Hoge Raad dat de regresvordering van de garant op de gefailleerde niet kan worden uitgeoefend jegens de boedel, maar dat als de voorwaarden van de garantie dat toestaan, de garant hieraan een verweermiddel jegens de verhuurder kan ontleen.

Commentaar

1. Zoals ook door de Hoge Raad wordt aangehaald berust de regeling van art. 39 Fw op een balans tussen de belangen van de verhuurder en de boedel. Enerzijds geldt, in afwijking van het regime voor gewone wederkerige overeenkomsten dat de huur vanaf de dag van de faillietverklaring boedelschuld is. Dat geldt dus ook als de curator geen gebruik maakt van het gehuurde. Anderzijds bestaat een bijzondere opzeggingsbevoegdheid². Beide partijen kunnen de huur opzeggen met inachtneming van een termijn van -doorgaans- drie maanden.
2. De Hoge Raad had al eens eerder beslist over de aansprakelijkheid van de borg ingeval van beëindiging door de curator op grond van art. 39 Fw, zij het dat het daar niet ging om bedongen schadevergoeding, maar om wettelijke schadevergoeding. In zijn arrest van 28 november 1929, *NJ* 1930, 668 (Simons/Sluizer) oordeelde de Hoge Raad dat nu art. 39 Fw de curator veroorloofde de huurovereenkomst te beëindigen "een schadevordering te dier zake ten laste van *huurster* (curs. RvG) of den boedel in haar faillissement op evenvermelde artikelen van het B.W. niet kan worden gegrond." Daarom, aldus dat arrest, kon ook geen schadevergoedingsverplichting op de borg rusten. De Hoge Raad oordeelde toen voorts dat de vraag of art. 39 Fw een regeling heeft getroffen die onder alle omstandigheden op billijke wijze met de belangen van de verhuurder rekening houdt, aan het oordeel van de rechter is onttrokken. Het is opmerkelijk dat noch advocaat-generaal Rank-Berenschot noch de Hoge Raad aan dit eerdere arrest refereert.
3. De Hoge Raad hanteert hier een constructie waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de vordering tegen de boedel (faillissementsschuld) en de niet-verifieerbare vordering tegen de huurder. Voorop staat, meen ik, dat wet en wetsgeschiedenis geen enkele aanleiding geven om aan te nemen dat de wetgever een degelijke niet verifieerbare schuld heeft beoogd. De constructie past ook helemaal niet in het stelsel van de wet en onder de regels van het Koot/Tideman q.q. arrest³ zou de schadevergoedingsverplichting, bij gebreke van een bepaling als art. 39 Fw, een faillissementsschuld zijn. Systematisch bezien zou de thans door de Hoge Raad gehanteerde constructie tot gevolg hebben dat de verhuurder na afloop van het faillissement een vordering tegen de gefailleerde overhoudt die hij, als hij natuurlijk persoon is, nog levenslang met zich moet torsen. Hetzelfde zou gelden voor de niet-verifieerbare vorderingen van werknemers die met inachtneming van art. 40 Fw zijn ontslagen en nog niet-verifieerbare vorderingen overhouden tegen de gefailleerde, bijvoorbeeld omdat zij voorafgaand aan het faillissement een sociaal plan met de schuldenaar-werkgever zijn overeengekomen. Ik geloof er niets van dat de wetgever dat heeft bedoeld.

² Van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet I*, blz. 419.

³ HR 19 april 2013; elders in dit blad besproken.

Mijns inziens is de strekking van de regeling van de artikelen 39 en 40 Fw dan ook wel degelijk dat ook de schuldenaar van resterende verplichtingen wordt bevrijd.

4. Het argument in de vorige alinea breng ik met enige aarzeling. Zoals hierna betoogd zal worden zal de situatie dat voor dergelijke verplichtingen na faillissement nog verhaal op de schuldenaar genomen kan worden zich thans vrijwel nooit voordoen. Maar vanuit het perspectief van de wetgever van 1896 was dat wel degelijk de relevante situatie na faillissement. Voor een systematische interpretatie van de bepalingen van de artikelen 39 en 40 is dat perspectief relevant. De niet-verifieerbare schadevergoedingsverplichting past niet in dat perspectief.
5. Een constructie als de thans, in navolging van de advocaat-generaal door de Hoge Raad gekozen, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de vordering tegen de boedel en de vordering tegen de gefailleerde, die dan een niet-verifieerbare vordering zou zijn, vind ik bovendien een ongelukkige. Zij leidt tot allerlei gecompliceerde vragen en er zou mijns inziens wel een groot rechtsbelang mee gemoeid moeten zijn wil er, in weerwil van het ontbreken van een aanwijzing daartoe in de wet, tot een dergelijke constructie worden overgegaan. Dat belang zou kunnen bestaan bij de vordering tegen de gefailleerde of bij de vordering tegen de garant/borg.
6. De verhuurder heeft vrijwel nooit belang bij resterende aansprakelijkheid van de schuldenaar zelf. Indien de schuldenaar een natuurlijk persoon is, zal doorgaans gekozen worden voor een schuldsaneringsregeling natuurlijke personen in plaats van voor een faillissement. De pendant van art. 39-1 Fw is art. 305-1 Fw. Zou echter al een niet-verifieerbare schuld overblijven tegen de schuldenaar nadat de bewindvoerder de huurovereenkomst heeft opgezegd, dan zou deze op grond van de restschuldbevrijdingsbepaling van art. 358 lid 1 Fw moeten worden geëcarteerd. Ik merk overigens op dat dat naar de letter wellicht niet het geval is, omdat die bepaling alleen spreekt over vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt⁴, maar het zou toch wel vreemd zijn indien na afloop van de schuldsaneringsregeling alleen deze huur- en loonschulden overblijven.
Indien de schuldenaar een rechtspersoon is zal deze doorgaans ophouden te bestaan nadat het faillissement voltooid is. De verhuurder heeft dan niets aan zijn verhaalsrecht. Uitzonderingen zijn de zeer uitzonderlijke gevallen waarin de faillissementscrediteuren volledig betaald worden en gelden overblijven na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst (die gevallen lijken mij onvoldoende relevant om een niet-verifieerbare vordering voor in het leven te roepen) en de gevallen waarin een akkoord wordt aangeboden. Het akkoord dient ter regeling van alle⁵ schulden van de gefailleerde teneinde een nieuwe situatie te scheppen waarin de schuldenaar na zijn faillissement weer verder kan. Dat betekent dat bij zo'n akkoord met deze niet-verifieerbare schulden rekening gehouden zou moeten worden. Dat zou kunnen gebeuren door minder uit te keren aan de faillissementsschuldeisers ten einde gelden over te houden om de niet-verifieerbare loon- en

⁴ Ik laat de vragen die in dit verband rijzen onder art. 299-1 Fw maar buiten beschouwing. Als het wel vorderingen zijn ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt is er zeker restschuldbevrijding.

⁵ Preferente schulden vallen weliswaar niet rechtstreeks onder het faillissementsakkoord, maar het akkoord zal er wel rekening mee moeten houden, omdat zij invloed hebben op de voor de concurrente schuldeisers beschikbare middelen. Op grond van beleidsregels nemen fiscus en UWV doorgaans overigens ook genoegen met een percentage van hun vorderingen.

huurdervingsvorderingen te voldoen⁶, het zou wellicht ook kunnen gebeuren door de niet-verifieerbare loon- en huurdervingsschulden mee te nemen in het akkoord, waardoor de spoeling voor de andere crediteuren dan dunner wordt dan als deze niet-verifieerbare schulden er niet waren. Maar in beide gevallen betekent het dat de niet-verifieerbare loon- en huurdervingsschulden dan toch de andere schuldeisers belasten en de balans van art. 39 Fw tussen de verhuurder en de boedel (lees: de schuldeisers) hield nu juist in dat dat niet zou gebeuren. In het enige relevante geval waarin de verhuurder belang heeft bij zijn niet-verifieerbare vordering op de schuldenaar komt deze dus ten laste van de crediteuren en daar moest art. 39 Fw nu juist tegen waken.

7. De verhuurder heeft natuurlijk wel belang bij zijn vordering tegen de garant. Echter, zoals de Hoge Raad overweegt in 3.3.4 kan de garant bedingen dat hij voor deze niet-verifieerbare schulden niet aansprakelijk is. De banken, die veel van dit soort garanties afgeven, gaan dit nu natuurlijk massaal doen. In essentie gaat het aldus bij deze garanties om twee mogelijke stelsels. In het ene stelsel (dat ik gemakshalve zal aanduiden als het Simons-Sluiser-stelsel) is de garant niet aansprakelijk voor schade die de verhuurder lijdt in verband met de regelmatige opzegging door de curator, tenzij in de garantie is bedongen dat ook deze schade door de garantie wordt gedekt. Voor die schade heeft de garant dan geen verhaal op de gefailleerde, zoals de Hoge Raad overigens terecht in de laatste alinea van r.o. 3.3.4 overweegt⁷. Dergelijke garanties komen voor. Het andere stelsel houdt in dat de garant voor deze schade aansprakelijk is, althans als er een beding is dat een dergelijke (bij voorbaat in beginsel imaginaire⁸) verplichting op de huurder legt, tenzij de garant die aansprakelijkheid uitdrukkelijk uitsluit (het Romania-stelsel). Het moge duidelijk zijn dat mijn voorkeur uitgaat naar het Simons-Sluiser-stelsel. Dat stelsel eist niet dat de garant bedacht moet zijn op faillissementsrechtelijke consequenties waarmee hij doorgaans niet vertrouwd zal zijn om zo alert te zijn een uitsluiting te bedingen die voorkomt dat hij tussen wal en schip valt. Ik acht een opt-in structuur hier dus billijker dan de opt-out structuur waar nu voor gekozen is.
8. De structuur van art. 39 Fw is dezelfde als de structuur van art. 40 Fw. Dat betekent dat op basis van dit arrest verwacht mag worden dat ook bij de opzegging van arbeidsovereenkomsten door de curator de schuldenaar blijft zitten met een niet-verifieerbare schuld, althans indien in de arbeidsovereenkomst of in een collectieve regeling een schadevergoedingsbepaling is opgenomen. Die analogie ligt eens te meer voor de hand nu de Hoge Raad in het onderhavige arrest ook verwijst naar het Van Gelder Papier-arrest⁹ (zie r.o. 3.3.2). In dat arrest had de Hoge Raad overigens overwogen dat een voor het faillissement overeengekomen schadevergoeding ingeval van ontslag door de curator op de voet van art. 40 Fw geen boedelschuld of faillissementsschuld kon opleveren en de mogelijkheid van een niet-verifieerbare schuld dus opengelaten. Als dergelijke schulden inderdaad niet-verifieerbare schulden opleveren, zal sanering binnen dezelfde vennootschap van een onderneming met een groot aantal werknemers in heel veel gevallen onmogelijk worden, vanwege de aanzienlijke schadeclaims waarmee rekening gehouden moet worden nadat het faillissement is beëindigd. Niet valt uit te sluiten dat deze consequentie ondernemers en werkgeversverenigingen huiveriger zal maken afspraken te maken over ontslagvergoedingen voor het geval er gereorganiseerd moet worden.

⁶ Het is de vraag of niet-verifieerbare schulden kunnen worden meegenomen in een akkoord. Als dat niet het geval is zal de schuldenaar na nadat het faillissement als gevolg van het akkoord is beëindigd, volledig aansprakelijk zijn voor deze schuld.

⁷ Anders zou daardoor de regeling van art. 39 Fw worden omzeild.

⁸ Akkoorden komen weinig voor.

⁹ HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662.

9. Voor huuropzeggingen in surseance door de schuldenaar bevat art. 238 Fw eenzelfde bepaling als art. 39 Fw¹⁰. In de leer van de Hoge Raad zal ook hier vermoedelijk een "niet-verifieerbare" schuld resteren, hetgeen ook de reorganisatie in surseance zal bemoeilijken. Overigens valt niet zo goed te begrijpen hoe de ontwikkelde leer in surseance opgeld zou moeten kunnen doen. Het is hier immers de schuldenaar die opzegt (met medewerking van de curator). Hoe kan er dan toch een "niet-verifieerbare"¹¹ schuld van hem blijven bestaan?
10. In het arrest van de Hoge Raad ligt besloten dat, indien een moedervernootschap een art. 2:403 BW-verklaring heeft neergelegd ten aanzien van haar dochters zij ook aansprakelijk zal zijn voor de niet-verifieerbare loon- en huurdervingsschulden van haar failliete dochters indien de curator op de voet van de artt. 39 en 40 Fw huur- en arbeidsovereenkomsten beëindigt. Dat zal betekenen dat in een niet onbelangrijk aantal gevallen de deconfiture van een dochtervernootschap de hele groep zal kunnen omtrekken.
11. Een van de gunstige aspecten van het Koot/Tideman q.q. arrest is dat voor de vraag of ter gelegenheid van de opzegging van een overeenkomst een boedelschuld ontstaat, het niet meer uitmaakt of de opzegging plaatsvindt door de curator of door de wederpartij¹². In het onderhavige arrest voert de Hoge Raad echter weer een nieuwe asymmetrie in. Immers, indien de curator de huur- of arbeidsovereenkomst beëindigt zullen niet-verifieerbare schulden kunnen ontstaan, terwijl dit bij beëindiging door de verhuurder of werknemer doorgaans niet het geval zal zijn. Dat kan leiden tot onwenselijke kat- en muisspelletjes.
12. Advocaat-generaal Rank-Berenschot overweegt in haar conclusie voor dit arrest: "*Waar de onverenigbaarheid van het beding met de wettelijke regeling berust op het doel de boedel te beschermen, volstaat het naar mijn mening om aan de vordering haar verifieerbaarheid te ontfemen. Het is niet nodig om het contractuele beding als nietig aan te merken met als gevolg dat geen vordering ontstaat*"¹³. Zoals uit het voorgaande moge blijken deel ik de mening van de advocaat-generaal, die daarin gevolgd is door de Hoge Raad, niet. De Faillissementswet is niet ingericht op niet-verifieerbare schulden en er is ook geen aanleiding te denken dat de wetgever er hier een heeft bedoeld. Een niet-verifieerbare schuld zou slechts aangenomen moeten worden als daartoe een noodzaak bestaat, omdat anders een ontoelaatbare uitwas zou optreden. Die noodzaak is er niet, er is zelfs geen doorslaggevend belang. Integendeel. Het valt mij op dat de advocaat-generaal in een nogal abstracte beschouwing blijft steken zonder de consequenties van de keuze te bespreken.

¹⁰ Art 249 Fw bevat ook een soortgelijke regeling voor arbeidsovereenkomsten als art. 40 Fw., maar ontslag in surseance is uitzonderlijk omdat art. 6 BBA in surseance van toepassing is.

¹¹ Tussen aanhalingstekens omdat in surseance niet wordt geverifieerd.

¹² Zie de noot onder dat arrest elders in dit blad.

¹³ Onder 2.14.