

De gefailleerde huurder

mr. M. Cohen en mr. H.I. Bulthuis¹

Inleiding

Zodra de curator in een nieuw faillissement is benoemd, gaat hij over tot inventarisatie van de boedel. Een van de eerste vragen die de curator zich doorgaans stelt is: 'heeft de gefailleerde huurverplichtingen ter zake van een woning, een bedrijfspand of een roerende zaak?' Is dat het geval, dan zal hij – afgezien van de enkele keren dat een doorstart mogelijk is – zo snel mogelijk overgaan tot het beëindigen van bestaande huurovereenkomsten. Het is immers in het belang van de boedel de vorderingen van verhuurder voor het door hem verschaftte huurgenot zo veel mogelijk te beperken. De afgelopen jaren heeft de Hoge Raad zich meerdere malen uitgesproken over kwesties op het raakvlak van faillissement en huur. Bekende arresten als *Koot/Tideman* q.q.² en *Aukema* q.q./*Uni-invest*³ hebben enerzijds voor verduidelijking gezorgd over de afwikkeling van huur in geval van een gefailleerde huurder. Anderzijds bestaat nog altijd veel onduidelijkheid voor de curator bij die afwikkeling. In dit artikel bespreken wij verscheidene situaties waar een curator in de regel mee te maken krijgt in geval de huurder van een (on)roerende zaak is gefailleerd. Waar loopt de curator tegenaan in geval hij een huurovereenkomst wil beëindigen? Welke verplichtingen rusten op de curator indien hij het gehuurde weer aan de verhuurder ter beschikking stelt?

De insteek van dit artikel is om de curator een praktische richtlijn te verschaffen bij de afwikkeling van een faillissement waarbij de failliet huurder is. Aan bod komen dan ook de diverse stappen die de curator moet zetten en de valkuilen die hij op zijn pad tegen kan komen. Een en ander uiteraard naar de huidige stand van de jurisprudentie. Onder meer de volgende vragen worden beantwoord. In welke gevallen doet de curator er verstandig aan om de huurovereenkomst op te zeggen? En tegen welke datum? Moet een curator schade aan het gehuurde herstellen die is veroorzaakt vóór datum faillissement? Moet hij veranderingen die huurder gedurende de looptijd van de huur aan het gehuurde heeft aangebracht ongedaan maken? Heeft de curator een verplichting om afval of andere zaken uit het gehuurde te verwijderen? Welke verplichting heeft een curator in geval van milieuveront-

reiniging in het gehuurde? Hoe wikkelt de curator de huurovereenkomst af en hoe gaat hij om met de bankgarantie die verhuurder heeft getrokken? En tot slot; wat zijn de mogelijkheden wanneer de curator een doorstart van de failliete onderneming beoogt?

Dit artikel bestaat uit vier onderdelen: 1) beëindiging van de huurovereenkomst; 2) oplevering en ontruiming van het gehuurde; 3) verdere afwikkeling en 4) indeplaatsstelling. Alvorens deze vier onderdelen aan de hand van praktijkvoorbeelden te behandelen, bespreken we eerst kort per onderdeel een aantal uitgangspunten in het huur- en in het faillissementsrecht.

1. Beëindiging van de huurovereenkomst

1.1. Uitgangspunten

Beëindiging van de huurovereenkomst op grond van het reguliere huurrecht

In het reguliere huurrecht zijn de mogelijkheden voor de verhuurder om een huurovereenkomst op korte termijn te beëindigen, gelet op de voor huurder geldende huurbeëindigingsbescherming, beperkt. Hierbij is het onderscheid van belang tussen gebouwde onroerende zaken en ongebouwde zaken. Bij ongebouwde roerende en onroerende zaken geldt algehele contractsvrijheid. Partijen spreken over de wijze en termijn van beëindiging van de huurovereenkomst af wat zij willen. Ontbinding van de huurovereenkomst in geval van wanprestatie van een van de partijen kan buiten de rechter om. Bij gebouwde onroerende zaken ligt dit anders. Ontbinding van een huurovereenkomst door verhuurder, bijvoorbeeld in het geval dat huurder de huur structureel niet betaalt, kan op grond van art. 7:231 BW slechts geschieden door tussenkomst van de rechter.

Voorts is er binnen de categorie gebouwde onroerende zaken een onderscheid tussen woonruimte (art. 7:232 BW), middenstandsbedrijfsruimte, ook wel '290-bedrijfsruimte' of winkelruimte (art. 7:290 BW) en 'overige bedrijfsruimte' (art. 7:230a BW). Opzegging van de huurovereenkomst door verhuurder kan bij de eerste twee categorieën slechts rechtsgeldig geschieden na het verstrijken van een overeengekomen huurtermijn; op limitatieve opzeggingsgronden en na goedkeuring van de rechter. Huurder kan rechtsgeldig opzeggen tegen het einde van de overeengekomen huurtermijn en met inachtneming van de voor hem geldende opzegtermijn. Voor huurder gelden geen beperkte opzeggingsgronden.

1. Maaïke Cohen en Harm-Ido Bulthuis zijn beiden werkzaam als advocaat bij Bosselaar & Strengers Advocaten.

2. HR 19 april 2013, NJ 2013, 291.

3. HR 14 januari 2011, NJ 2011, 114.

Evenmin hoeft de huurder langs de rechter om goedkeuring voor de opzegging te verkrijgen.

Opzegging op grond van het faillissementsrecht

Art. 39 Faillissementswet (Fw) biedt de mogelijkheid om tussentijds op korte termijn een einde te maken aan lopende huurverplichtingen. Op grond van art. 39 Fw kan zowel de curator als de verhuurder de huurovereenkomst tussentijds door opzegging doen eindigen, mits de opzegging plaatsvindt tegen een tijdstip waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen. Bij de opzegging moet de daarvoor overeengekomen of gebruikelijke termijn in acht gehouden worden, met dien verstande dat een termijn van drie maanden in ieder geval voldoende zal zijn (lid 1).

Art. 39 Fw geldt zowel voor roerende⁴ als (gebouwde) onroerende zaken. In de praktijk kan het in geval van faillissement van huurder voor verhuurder wenselijk zijn om eerder de beschikking over het gehuurde te verkrijgen dan na het verstrijken van de opzegtermijn van – doorgaans – drie maanden⁵. Verhuurder kan bijvoorbeeld een andere huurder hebben gevonden die de ruimte eerder al in gebruik wil nemen. Zo kan de verhuurder zijn leegstandschade beperken. In de situatie dat huurder failliet gaat, is er in de praktijk veelal al een huurachterstand. Ingeval een huurachterstand meer dan drie maanden⁶ bedraagt, bestaat in het reguliere huurrecht de mogelijkheid voor verhuurder om in kort geding te vorderen het gehuurde te doen ontruimen en zo sneller de beschikking over het gehuurde te verkrijgen. Dit kort geding biedt de verhuurder in geval van faillissement echter weinig soelaas, aangezien gerechtelijke procedures ten aanzien van faillissementsvorderingen op grond van art. 29 Fw worden geschorst. Nu er in beginsel geen andere mogelijkheden zijn om de huurovereenkomst eerder te beëindigen dan door opzegging ex art. 39 Fw, zal de verhuurder met de curator tot een vergelijk moeten komen om eerder de beschikking over het gehuurde te verkrijgen. Gelet op het belang van de curator de huurverplichtingen van de boedel tijdens de opzegtermijn te beperken, kan het in belang van de boedel zijn dat de curator instemt met een oplevering op een moment gelegen vóór het verstrijken van de opzegtermijn.

Gebouwde onroerende zaken; verschillende huurregimes

Ten aanzien van gebouwde onroerende zaken gelden een aantal bijzonderheden voor de verschillende categorieën waar zowel de curator als de ver-

huurder op bedacht moeten zijn. Bij woonruimte (art. 7:232 BW) bestaan er wettelijke medehuurders, zoals de echtgenoot of geregistreerde partner van de huurder.⁷ Een opzegging van de huurovereenkomst met een failliete huurder op grond van art. 39 Fw heeft in geval van medehuurderschap niet het gevolg dat het gehuurde weer ter beschikking aan de verhuurder komt te staan. De medehuurder krijgt in dit geval de status van huurder. De aansprakelijkheid van de boedel voor betaling van de huurtermijnen na datum waartegen is opgezegd, komt in dit geval te vervallen. De curator hoeft het gehuurde onder deze omstandigheden niet op te leveren aan verhuurder.

In de rechtspraak is zowel bij woonruimte als bij middenstandsbetriebsruimte uitgemaakt dat art. 39 Fw de reguliere huurbeschermingsbepalingen opzij zet. Bij 'overige bedrijfsruimte' (art. 7:230a BW) ligt dit anders. Bij dit type bedrijfsruimte kunnen zowel de verhuurder als de huurder in het reguliere huurrecht de huurovereenkomst door opzegging beëindigen zonder dat er hiervoor vooraf goedkeuring behoeft te worden gevraagd aan de rechter. De huurder heeft in geval van opzegging van de huurovereenkomst door de verhuurder de mogelijkheid om verlenging van de ontruimingsbescherming te vragen aan de rechter. Hierdoor kan de huurder het moment van ontruimen maximaal drie jaar uitstellen. Er wordt aangenomen dat de curator deze ontruimingsbescherming behoudt wanneer de verhuurder de huurovereenkomst met betrekking tot een 230a-bedrijfsruimte met een beroep op art. 39 Fw heeft opgezegd.⁸

Bij 290-bedrijfsruimte kan zich een discussie over indeplaatsstelling voordoen wanneer de curator een doorstart beoogt. Hier wordt in paragraaf 4 op ingegaan.

1.2. Wie zegt op?

De eerste vraag die rijst is: welke partij zegt op? De verhuurder of de curator? Voorheen was dit een relevante vraag. Alleen in het geval de curator opzegde werd aangenomen dat de boedel de kosten voor correcte oplevering⁹ en ontruiming van het gehuurde moest betalen en dus kwalificeerden als een boedelschuld, omdat de huurovereenkomst 'door toedoen' van de curator was beëindigd.¹⁰ Sinds het arrest *Koot/Tideman* q.q. maakt niet meer uit wie opzegt. In dat arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat door opzegging van de huurovereenkomst door de curator geen boedelschuld ontstaat. Ook heeft de Hoge Raad bepaald dat er gevallen zijn waarin de curator de verplichting heeft om het gehuurde te

4. In het arrest van 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42, heeft de Hoge Raad bepaald dat art. 39 Fw ook geldt voor roerende zaken.

5. Bij woonruimte geldt veelal een kortere opzegtermijn. Deze is op grond van art. 7:271 BW maximaal drie maanden.

6. Dit is een beknopte weergave van een genuanceerdere norm die bij de beoordeling van een ontruimingsvordering in kort geding geldt.

7. Art. 7:266 en art. 7:267 BW.

8. O.a. HR 22 juli 1991, NJ 1991/748.

9. D.w.z. het ongedaan maken van veranderingen en herstellen van schade aan het gehuurde die tijdens de loop van de huurovereenkomst zijn ontstaan.

10. HR 18 juni 2004, NJ 2004, 617 (*Van Galen q.q./Circle Plastics*).

ontruimen en dat de vordering van de verhuurder in verband met de door hem gemaakte kosten wel als boedelvordering kwalificeert. Hier komen wij later op terug.

1.3. Opzegging tegen welke datum?

De opzegging moet op grond van art. 39 lid 1 Fw geschieden *'tegen een tijdstip, waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen'*. Door de curator wordt vaak *tegen* een zo kort mogelijke datum gelegen op een willekeurig moment in de maand opgezegd. De vraag is of dit overeenkomt met het tijdstip waarop huurovereenkomsten naar 'plaatselijk gebruik' eindigen. In de meeste huurovereenkomsten, bijvoorbeeld de veel gehanteerde ROZ-modellen, staat voorgeschreven dat er moet worden opgezegd tegen het einde van de lopende huurperiode. Vaak eindigt zo'n huurperiode aan het einde van de maand. Betoogd kan worden dat het plaatselijke gebruik in de zin van lid 1 het einde van de maand is. In de praktijk lijkt dit niet veel discussie op te leveren en wordt de huurovereenkomst in het voordeel van de boedel tegen een nabijgelegen datum – op een willekeurig moment in de maand – opgezegd met inachtneming van een minimale opzegtermijn. Een oplettende verhuurder zou echter ook de huurpenningen tot aan het einde van de maand waartegen wordt opgezegd als boedelvordering kunnen indienen.

2. Oplevering en ontruiming

2.1. Juridische uitgangspunten

2.1.1. Huurwetgeving

In de relevante huurwetgeving is bepaald dat een huurder verplicht is veranderingen in het gehuurde, waarvoor de verhuurder geen toestemming heeft verleend, ongedaan te maken bij einde huur (art. 7:216 lid 2 BW).

Op grond van art. 7:224 BW is de huurder verplicht om bij einde van de huur het gehuurde weer ter beschikking van de verhuurder te stellen en het op te leveren in de staat die partijen zijn overeengekomen. Wanneer partijen bij het aangaan van de huur een beschrijving (bijvoorbeeld een inspectierapport) van het gehuurde hebben gemaakt en zijn overeengekomen dat het gehuurde dienovereenkomstig dient te worden opgeleverd, dan moet het gehuurde opgeleverd worden conform deze beschrijving. Uitzonderingen hierop zijn eventuele veranderingen aan het gehuurde die met toestemming van verhuurder zijn aangebracht en normale slijtage aan en veroudering van onderdelen van het gehuurde. Wanneer er bij aanvang geen beschrijving is gemaakt van het gehuurde dan bepaalt de wet (art. 7:224 lid 2 BW) dat huurder het gehuurde mag opleveren in de staat waarin het gehuurde zich bij einde huur bevindt. In de algemene bepalingen ROZ die doorgaans van toepassing worden verklaard bij huur van bedrijfsruimtes, moet de huur-

der het gehuurde opleveren in een 'goed onderhouden staat'.¹¹ Het niet-nakomen van deze verplichting levert een vordering tot schadevergoeding op van de verhuurder.

Eventuele veranderingen en/of schade aan het gehuurde dienen dus ongedaan te worden gemaakt, tenzij partijen in de huurovereenkomst (inclusief algemene bepalingen) zijn overeengekomen dat het gehuurde 'as is' mag worden opgeleverd.

2.1.2. Boedelvordering of faillissementsvordering

De vraag is of de in de vorige paragraaf vermelde verplichtingen al dan niet een boedelschuld opleveren.

In het hierboven aangehaalde arrest *Koot/Tideman* q.q. zijn de grondslagen voor het ontstaan van boedelschulden gedefinieerd.¹² Relevant voor de opleveringsverplichting is dat een boedelschuld ontstaat wanneer het een schuld betreft die de curator in zijn *hoedanigheid* is aangegaan. Vaststaat dat de opleveringsverplichting voortvloeit uit de huurovereenkomst zelf en niet uit de opzeggingshandeling van de curator. De vordering tot correcte oplevering van het gehuurde is een faillissementsvordering die ter verificatie kan worden ingediend.

2.2. Praktijk

2.2.1. Opleveringsverplichting

Veranderingen aan het gehuurde; verwijderd keukenblok

Stel: uit onderzoek van de curator volgt dat in het gehuurde bedrijfspand een keukenblok geïnstalleerd heeft gezeten, maar door gefailleerde is verwijderd. Rust op de curator de verplichting om die verandering ongedaan te maken of de kosten voor het plaatsen van een nieuw keukenblok te vergoeden?

Zoals hierboven uiteengezet valt uit het arrest *Koot/Tideman* q.q. op te maken dat, indien de curator de huur in het belang van de boedel beëindigt, de verplichting om schade aan het gehuurde te vergoeden niet rust op de curator in zijn hoedanigheid. Die verplichting vloeit voort uit de huurovereenkomst en rust op de gefailleerde, zo overweegt de Hoge Raad. Op die grond is een vordering van de verhuurder voor de door hem herstelde schade geen boedelschuld, maar een faillissementsvordering.

11. Zie bijvoorbeeld artikel 22.2 Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Kantoorruimte 2015.

12. Boedelschulden zijn, naar het oordeel van de Hoge Raad, schulden die ontstaan hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij voortvloeien uit een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

Schade aan het gehuurde; beschadigde gevels en deuren
Stel: uit onderzoek van de curator volgt dat gefailleerde gedurende de duur van de huurovereenkomst schade aan gevels en ramen heeft veroorzaakt. Is deze casus anders dan zoals vermeld in de vorige paragraaf?

Net als bij de hierboven genoemde verplichting tot ongedaanmaking van veranderingen, is sinds het arrest *Koot/Tideman* q.q. duidelijk dat een verplichting tot herstel dan wel vergoeding van schade bij oplevering van het gehuurde niet als boedelschuld kwalificeert. Verhuurder zal deze schadevordering dus ter verificatie moeten indienen. De curator kan het gehuurde dus in beschadigde toestand achterlaten.

Uiteraard doet dit er niet aan af dat de curator wel verplicht is om gedurende de opzegtermijn het gehuurde vrij van schade onder zich te houden in de zin dat de curator er voor moet waken dat er geen schade aan het gehuurde ontstaat. Hieronder moet ook worden verstaan de veel voorkomende situatie dat de curator het gehuurde tijdens de opzegtermijn in gebruik heeft gegeven aan een opkoper die een veiling organiseert vanuit het gehuurde bedrijfspand. Schade die in dat geval ontstaat door het handelen van de curator levert wel een boedelschuld op.

2.2.2. Ontruimingsverplichting

Achtergebleven zaken in het gehuurde: container met afval

Stel: de curator treft op het gehuurde bedrijfsterrein van gefailleerde een container aan van een derde die gevuld is met afval van gefailleerde. Die derde weigert zijn container op te halen, omdat hij geen kosten wil maken in verband met verwijdering van het afval. Hij, de derde, is van plan om het afval op het terrein uit te storten en de container (leeg) mee te nemen. Rust op de curator de verplichting om het afval (al dan niet in de container) te laten afvoeren? Zo ja, ontstaat een boedelschuld in geval de curator niet aan die verplichting voldoet en de gewezen verhuurder zelf zorg draagt voor die afvoer?

In het algemeen behoort tot de verplichtingen van de huurder om het gehuurde bij het einde van de huur te ontruimen. Die ontruimingsverplichting vloeit voort uit het hierboven genoemde art. 7:224 BW en de (algemene bepalingen bij de) huurovereenkomst. De verplichting ontstaat dan ook op het moment van beëindiging van de huurovereenkomst. In geval de curator of de verhuurder de overeenkomst heeft opgezegd op grond van art. 39 Fw, ontstaat die verplichting – net als de hierboven genoemde opleveringsverplichting – dan ook na datum faillietverklaring.

Anders dan uit de opleveringsverplichting, kan uit de verplichting om het gehuurde te ontruimen wel een boedelschuld voortvloeien. In het arrest *Koot/Tideman* q.q. heeft de Hoge Raad, zoals gezegd, overwogen dat een boedelschuld kan ontstaan als gevolg van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven ver-

bintenis of verplichting. Als (enig) voorbeeld noemt de Hoge Raad dat de verhuurder uit hoofde van zijn 'recht op het gehuurde' kan verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijderd. In dat kader verwijst de Hoge Raad expliciet naar het arrest van *Smit/Van Hees* q.q.¹³

In de literatuur bestaan twee visies op wat de Hoge Raad met het voorgaande bedoelt. De eerste visie is dat de curator kan handelen in strijd met een zorgvuldigheidsnorm doordat hij een inbreuk op het eigendomsrecht van de verhuurder niet opheft.¹⁴ Ten aanzien van zijn ontruimingsverplichting betekent dit dat de curator handelt in strijd met die norm als hij de tot de boedel behorende zaken niet van de eigendom van de verhuurder verwijderd; dat levert een boedelvordering van de verhuurder op. Wel moet de verhuurder de curator hebben aangeklaagd om die onrechtmatige situatie op te heffen. Volgens een andere leer kan de verhuurder, mits hij ook eigenaar van het gehuurde is, wegens inbreuk op zijn eigendomsrecht vorderen dat de curator de zaken die niet van de verhuurder zijn uit het gehuurde verwijderd. Dit wordt ook wel de verwijderingsleer genoemd. Ingeval de tot de boedel behorende zaken nog in of op het gehuurde staan, kan de verhuurder een vordering tot verwijdering tegen de curator instellen. Voldoet de curator niet aan die vordering, dan handelt hij onrechtmatig jegens de verhuurder. Ook in dat geval levert dat een boedelvordering van de verhuurder op.

In de voorbeeldsituatie wordt de verhuurder geconfronteerd met een container met afval. Die container is eigendom van een derde. De verhuurder, tevens eigenaar, zal in beginsel niet met succes van de curator kunnen vorderen dat hij de container weghaalt. Immers die container behoort niet tot de boedel. Anders gezegd: de vordering van verhuurder tot vergoeding van de verwijderingskosten zou geen boedelvordering, maar een faillissementsvordering zijn. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval is het echter mogelijk dat de curator ook een zorgvuldigheidsplicht heeft tot het verwijderen van inbreuk makende zaken die *niet* tot de boedel behoren. Ingeval de container *wel* tot de boedel behoort, heeft de curator een ontruimingsplicht nadat hij door de verhuurder ervan op de hoogte is gesteld om de container van het gehuurde te verwijderen.

Kortom: ingeval de achtergebleven zaken tot de boedel behoren, kan de verhuurder, tevens eigenaar, na beëindiging van de huur de curator dwingen om die zaken af te voeren. Laat de curator na daaraan te voldoen, dan schendt hij een op hem rustende verplichting. Hierdoor ontstaat een boedelvordering van de verhuurder. De curator kan zaken die niet tot de boedel behoren, in beginsel, ongemoeid laten.

13. HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21. In de casus van dit arrest was de huurovereenkomst al opgezegd voordat huurder failliet ging en was de vraag of verhuurder desondanks ontruiming van de curator kon vorderen.

14. HR 19 april 2013, WR 2013, 66, m.nt. mr. J.K. Six-Hummel.

Eventuele ontruimings- en opslagkosten kan de verhuurder als faillissementsvordering indienen.

Achtergebleven zaken in het gehuurde: afval

Ingeval op de curator een ontruimingsverplichting rust, kan de verhuurder, tevens eigenaar, van de curator verlangen dat hij de tot de boedel behorende zaken in of uit het gehuurde verwijdert. Tot die zaken behoren ook zaken die een voor de boedel negatieve waarde vertegenwoordigen, zoals afval of incurante zaken. Dit volgt uit de verwijzing in het arrest *Koot/Tideman* q.q. het reeds aangehaalde arrest¹⁵ waarin een curator had geweigerd om een grote hoeveelheid landbouwplastic en het daaruit vrijkomende vervuilde water af te voeren.

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de curator in ieder geval het tot de boedel behorende afval van het gehuurde terrein moet verwijderen bij einde van de huurovereenkomst nadat de verhuurder, tevens eigenaar, hem hiertoe heeft aangemaand. Ingeval hij niet aan die verplichting voldoet, heeft de verhuurder een boedelvordering ter zake van het verwijderen van dat afval.

Of de curator tot verwijdering overgaat, hangt in de praktijk af van tal van omstandigheden. Zo houdt de curator enerzijds rekening met de omvang van de afvoerkosten en de vraag of de boedel verhaal biedt voor die kosten. Anderzijds houdt de curator er ook rekening mee dat, ingeval hij niet aan zijn ontruimingsverplichting voldoet en de verhuurder daarom een boedelvordering verkrijgt, die boedelvordering relatief laag in rangorde van boedelschulden kan staan. Door de afvoerkosten te voldoen, kan de curator de verhuurder bevoordelen boven andere boedelcrediteuren die hoger in rang staan, zoals werknemers en de fiscus, en waarvan (een gedeelte) van de vordering niet wordt voldaan. Uiteraard moet de curator bij deelname aan het maatschappelijke verkeer de gebruikelijke normen in acht nemen. Er zijn dan ook gevallen denkbaar dat de curator in zijn hoedanigheid actie moet ondernemen om onrechtmatig handelen te voorkomen, dan wel te beëindigen. Daarvan zou onder meer sprake kunnen zijn als de curator nalaat maatregelen te treffen om schade te voorkomen, terwijl hij door de verhuurder op dat gevaar is gewezen. Te denken valt aan afval dat op het gehuurde terrein ligt en brandgevaar voor bijvoorbeeld de opstallen van de verhuurder vormt. Op de curator in zijn hoedanigheid kan in een dergelijk geval de zorgplicht rusten om aan de gevaarzetting een eind te maken.

Bodemvervuiling

In de praktijk komt het regelmatig voor dat de curator in de boedel aantreft dat gefailleerde milieuregelgeving overtreedt. Rust op de curator de verplichting om bijvoorbeeld in geval van bodem-

verontreiniging die overtreding een halt toe te roepen of ongedaan te maken?

Op grond van vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) is de curator verantwoordelijk voor naleving van de verplichtingen uit milieuwetgeving die op gefailleerde rusten.¹⁶ De curator is gehouden om milieuwetgeving na te leven, ook al is overtreding van die wetgeving vóór datum faillietverklaring ontstaan. De enkele omstandigheid dat niet aan die wetgeving is voldaan, betekent dat de curator verplicht is om de overtreding te beëindigen. Ook ingeval de curator de onderneming van gefailleerde niet voortzet, is hij voor die naleving verantwoordelijk.

Het voorgaande brengt met zich dat handhavingsbesluiten kunnen worden opgelegd aan de curator bij het niet-nakomen van zijn verplichtingen. Zo kan de curator onmiddellijk vanaf datum faillietverklaring worden gelast onder dwangsom of bestuursdwang om de op dat moment bestaande overtredingen te beëindigen. Overigens betekent dit niet dat de curator gehouden is om de last die bij besluit aan *gefailleerde* is opgelegd na te leven. De curator is (alleen) verantwoordelijk voor naleving van wetgeving na datum faillietverklaring – en hoeft dan ook geen uitvoering te geven aan niet aan hem, maar aan gefailleerde opgelegde lasten, aldus de ABRvS.

Op grond van milieuwetgeving kan de curator een opruimverplichting hebben ten aanzien van het gehuurde terrein. Hij is in dat geval geadresseerde van die opruimverplichting. De curator zal in dat geval bijvoorbeeld verontreinigende installaties ontmantelen en opruimen. Ontstaat een boedelschuld ingeval de curator niet aan die opruimverplichting voldoet? Uit recente (lagere) jurisprudentie volgt dat een boedelschuld ontstaat als handhavingskosten voortvloeien uit een handelen of nalaten van de curator in verband met het voortzetten van gefailleerde onderneming. Hieruit vloeit ook voort dat voor zover opruimverplichtingen niet voortvloeien uit een handelen of nalaten van de curator in verband met voortzetting van gefailleerde, ter zake van die handhavingskosten geen boedelschuld ontstaat.¹⁷

Concluderend: verplichtingen die voortvloeien uit nakoming van milieuwetgeving rusten op de curator. In beginsel is de curator dan ook gehouden om bodemverontreiniging op het gehuurde terrein te beëindigen of deze verontreiniging te saneren. De curator heeft echter alleen de verplichting, zo lezen wij bovengenoemde jurisprudentie, om tot actie over te gaan ingeval verplichtingen uit milieuwetgeving voortvloeien uit het handelen of nalaten van de curator in verband met voortzetting van gefailleerde.

15. Van Galen q.q./Circle Plastics, zie noot 5.

16. Zie o.a. ABRvS 13 februari 2013, JOR 2013, 157.

17. Rb. Zeeland West-Brabant 19 maart 2014, JOR 2015, 18, m.nt. mr. dr. A.J. Tekstra.

3. Afwikkeling huurovereenkomst; vordering leegstandschade

In de huurovereenkomst is doorgaans bepaald dat de huurder verplicht is om tot zekerheid van nakoming van huurverplichtingen een bankgarantie te stellen. Wat kan de verhuurder met die bankgarantie ingeval de huurder failliet gaat? Mag hij die bankgarantie trekken ter zake van bijvoorbeeld gederfde huurpenningen tot aan de contractueel bepaalde expiratedatum van de huurovereenkomst (ook wel leegstandschade genoemd)?

In het arrest *Aukema q.q./Uni-Invest* heeft de Hoge Raad bepaald dat ingeval van opzegging op grond van art. 39 Fw leegstandschade van verhuurder geen boedelvordering oplevert, ondanks dat in de huurovereenkomst is overeengekomen dat de verhuurder op leegstandschadevergoeding aanspraak kan maken. Die schade kan hij niet op de boedel verhalen omdat opzegging op grond van art. 39 Fw een regelmatige opzegging betreft die niet tot schadevergoeding van de boedel aan de verhuurder verplicht. Een schadevordering wegens leegstandschade kan door de verhuurder ter verificatie worden ingediend.¹⁸ Wel kan de verhuurder de bankgarantie, die de huurder heeft verstrekt, trekken ter voldoening van zijn vordering in verband met leegstandschade. Het voorgaande kan overigens anders zijn als de huurovereenkomst niet op grond van art. 39 Fw, maar op een andere grond, zoals op grond van ontbinding, eindigt.

4. Indeplaatsstelling

Voorgaande paragrafen zien op beëindiging en afwikkeling van een huurovereenkomst met een failliete huurder. Ook bestaat de mogelijkheid dat de curator een doorstart beoogt, terwijl de verhuurder de huur zo snel mogelijk wil beëindigen, bijvoorbeeld omdat hij het gehuurde tegen een betere prijs kan gaan verhuren aan een derde.

Bij de huur van 290-bedrijfsruimte kan zich dan een discussie vormen over het recht van (in dit geval de gefailleerde) huurder op indeplaatsstelling ex art. 7:307 BW. Het recht op indeplaatsstelling is dwingend recht dat huurder in de gelegenheid stelt zijn bedrijf over te dragen met instandhouding van de huurovereenkomst en overdracht van de huurrechten aan een derde. De verhuurder moet deze overdracht gedogen mits aan de vereisten van art. 7:307 BW is voldaan. Die vereisten houden kort gezegd in dat de opvolgend huurder voldoende waarborgen biedt voor de nakoming van de huurverplichtingen en er sprake is van daadwer-

kelijke bedrijfsoverdracht (anders dan de enkele overdracht van huurrechten). Met betrekking tot de situatie dat de verhuurder de huur op grond van art. 39 Fw heeft opgezegd en de curator aanspraak maakt op het recht op indeplaatsstelling, is in de rechtspraak uitgemaakt dat alleen dan een opzegging door verhuurder geen doorgang kan vinden, wanneer de opzegging te kwalificeren is als misbruik van bevoegdheid van verhuurder jegens de boedel dan wel strijd met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid oplevert. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer er voor verhuurder voldoende waarborgen zijn dat de huur zal worden betaald en verhuurder geen wezenlijk belang heeft bij opzegging van de huur.

Deze discussie speelt alleen bij artikel 290-bedrijfsruimte, omdat bij andere huurregimes het recht op overdracht van de huurovereenkomst aan derden ontbreekt. In andere gevallen is de curator afhankelijk van de instemming van verhuurder met de contractsoverdracht aan een derde.

18. In het arrest van 15 november 2013, *NJ 2014, 68 (Nieuwburen/Romania)* heeft de Hoge Raad, hierop voortbordurend, bepaald dat de verhuurder eventuele leegstandschade wel kan verhalen op een door een moedermaatschappij verleende concerngarantie, omdat dit de boedel niet belast. In dit geval heeft de garant evenwel geen regres op de boedel.