

# Huurrecht



**Denise Staring-Sauer**  
Dirkzwager advocaten & notarissen

## Verrekening bij faillissement (onder)verhuurder

### Inleiding

In tijden van crisis komt het veelvuldig voor dat zowel huurders als verhuurders te maken krijgen met een faillissement van hun contractspartij bij de huurovereenkomst. Artikel 39 Faillissementswet (Fw) biedt dan de mogelijkheid om de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen. Dit artikel is echter enkel van toepassing indien de huurder failliet is. Een faillissement van de verhuurder zal in beginsel geen invloed uitoefenen op de bestaande huurovereenkomst.<sup>1</sup> De situatie kan zich voordoen dat de failliet zowel hoofdhuurder als onderverhuurder is. Indien de hoofdhuurovereenkomst alsdan op grond van artikel 39 Fw ten einde komt, zal de failliet (na een termijn van doorgaans drie maanden) het genot van het gehuurde niet meer aan zijn onderhuurder kunnen verschaffen. Met andere woorden: de failliete onderverhuurder is niet in staat om de huurovereenkomst met de onderhuurder gestand te doen zoals bedoeld in artikel 37 Fw. De vraag rijst dan of de failliete onderverhuurder op dat moment nog nakoming van de huurovereenkomst kan vorderen van zijn huurder. Is de onderhuurder – nadat de curator aan hem kenbaar heeft gemaakt de huurovereenkomst niet gestand te doen – nog gehouden aan zijn (betalings)verplichtingen uit de huurovereenkomst? En heeft de onderhuurder een mogelijkheid tot verrekening van zijn door de gedwongen verhuizing te lij-

den schade met de nog te betalen huurpenningen, zelfs indien verrekening in de (Algemene Bepalingen) is uitgesloten?

### Artikel 37 Fw

Artikel 37 lid 1 Fw bepaalt als volgt:

‘Indien een wederkerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen en de curator zich niet binnen een hem daartoe schriftelijk door de wederpartij gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, verliest de curator het recht zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen.’

Op het moment dat aan de curator een termijn wordt gesteld waarbinnen hij kan aangeven of hij een overeenkomst gestand wenst te doen, kan de curator twee dingen doen. (1) De curator kan ervoor kiezen de overeenkomst integraal gestand te doen, dus met alle uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en plichten, of (2) de curator kan ervoor kiezen de overeenkomst niet gestand te doen. Het is niet mogelijk dat de curator de huurovereenkomst gedeeltelijk gestand doet. Met andere woorden: ‘cherry picking’ is niet mogelijk.<sup>2</sup> Toch is het niet zo dat de curator bij het niet gestand doen van een overeenkomst, van geen enkele verbintenis nakoming meer kan vorderen. Een niet-gestanddoening resulteert er enkel in dat de curator van ‘primaire’ verbintenissen geen nakoming meer kan vorderen. Van zogenaamde ‘secundaire’ verbintenissen blijft het recht op nakoming doorgaans wel bestaan. Secundaire verbintenissen zijn verbintenissen die pas ontstaan op het moment dat de oorspronkelijke – primaire – verbintenis niet wordt nagekomen.<sup>3</sup> In de literatuur heerst evenwel discussie over de vraag of artikel 37 Fw van toepassing is op duurovereenkomsten zoals een huurovereenkomst.<sup>4</sup> Bevestigd wordt dat in de situatie waarin door de verhuurder reeds het huurge-

not is verschaft en door de huurder reeds huurpenningen zijn betaald ten tijde van de faillietverklaring, alle uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen zijn voldaan en artikel 37 Fw derhalve buiten toepassing blijft. Zo stelt Polak dat artikel 37 Fw niet van toepassing is als verhuurder failliet is.<sup>5,6</sup> Huurder zal alsdan gehouden zijn om huurpenningen te betalen tot het moment waarop verhuurder het huurgenoet verschaft. Anderzijds pleiten voorstanders van de toepasselijkheid van artikel 37 Fw ervoor dat duurovereenkomsten een bron zijn van voortdurende en opeenvolgende verbintenissen. Deze voortdurende verbintenissen zouden tot opeenvolgende prestaties verplichten. Op het moment dat een duurovereenkomst voor het einde van de overeengekomen termijn niet meer kan worden nagekomen, kan de duurovereenkomst aldus niet als voltooid worden beschouwd waardoor artikel 37 Fw wel geldt.<sup>7</sup>

### Verrekening in faillissement

Artikel 53 lid 1 Fw bepaalt als volgt:

‘Hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, kan zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht.’

In veel huurovereenkomsten is de bevoegdheid om tot verrekening over te gaan voor de huurder echter vaak (in de Algemene Bepalingen van de ROZ) uitgesloten. De vraag die rijst is of de uitsluiting c.q. beperking van de verrekeningsbevoegdheid ook gedurende het faillissement van verhuurder in stand blijft. Het lijkt om diverse redenen verdedigbaar dat het faillissement deze beperking c.q. uitsluiting van de verrekeningsbevoegdheid opzijzet. Ten eerste is verdedigbaar dat in het geval waarin de curator van de failliete verhuurder aangeeft de huurovereenkomst ex artikel 37 Fw niet gestand te zullen doen, de curator ook

geen nakoming kan verlangen van het verrekeningsverbod. Immers, cherry picking is uitgesloten. Uitsluiting van de verrekening lijkt te kunnen worden aangemerkt als primaire verbintenis.

Ten tweede is verdedigbaar dat partijen niet bedoeld hebben om de uitsluiting van de verrekeningsbevoegdheid eveneens in faillissement te laten gelden. Dit zal met name betoogd kunnen worden indien de uitsluiting is opgenomen in algemene bewoordingen of in algemene bepalingen. Zie in dit kader een arrest van de Hoge Raad d.d. 28 juni 1985, *NJ* 1986, 192.

#### Rechtbank Zwolle-Lelystad (vzr.), d.d. 19 oktober 2012

Op 19 oktober 2012 heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle-Lelystad<sup>8</sup> geoordeeld over de vraag of een curator van een failliete onderverhuurder (Eurocommerce) nakoming kan vorderen van de verplichtingen van onderhuurder uit de onderhuurovereenkomst. In casu was door de curator aangegeven de onderhuurovereenkomst niet gestand te doen, zoals bedoeld in artikel 37 Fw. De curator had de hoofdhurovereenkomst immers ex artikel 39 Fw beëindigd waardoor de curator nog slechts drie maanden het huurgenot aan zijn onderhuurders zou kunnen verschaffen.

De centrale vraag in dit geschil was of artikel 37 Fw lid 1 meebrengt dat de curator ook over de maanden waarin hij nog wel in staat is het huurgenot te verschaffen het recht verliest op nakoming van de onderhuurovereenkomst, dan wel of onderhuurder zijn schade als gevolg van een noodgedwongen voortijdige ontruiming van het gehuurde met de toekomstige huurpenningen zou kunnen verrekenen. Onderhuurder stelde zich op het standpunt dat de curator zijn recht op nakoming van de onderhuurovereenkomst, waaronder betaling van de huurpenningen, verliest. Onderhuurder stelt in dit kader eveneens aanzienlijke schade te leiden als gevolg van het noodgedwongen voortijdig vertrek uit het gehuurde. In dit verband zou het

eveneens gerechtvaardigd zijn dat onderhuurder zijn vordering om schadevergoeding zal compenseren c.q. verrekenen met de nog te betalen huurpenningen over de laatste drie maanden. De curator voert verweer. De voorzieningenrechter laat vraag of artikel 37 Fw van toepassing is op de onderhuurovereenkomst in het midden. Voorts concludeert de voorzieningenrechter dat een redelijke wetsuitleg van artikel 37 Fw in een situatie waarin sprake is van een reeks van opeenvolgende tegenover elkaar staande verbintenissen zoals bij een huurovereenkomst, met zich brengt dat zolang de curator de verplichting tot het verschaffen van het huurgenot nog wel nakomt, de wederpartij eveneens gehouden is de daartegenover staande betaling te verrichten. Het betoog van onderhuurder dat hij aanzienlijke schade zal lijden als gevolg van de wanprestatie van de curator doordat het huurgenot niet overeenkomstig de overeengekomen termijn kan worden verschaft, wordt verworpen. De voorzieningenrechter concludeert dat dergelijke verliezen onvermijdelijk voortvloeien uit een faillietverklaring van een wederpartij, waarbij geen wettelijke grondslag bestaat om dergelijke verliezen te compenseren met de verschuldigde huur over de maanden waarop het huurgenot alsnog wordt verschaft.

#### Artikel 53 Fw als grondslag voor verrekening?

Niet duidelijk is waarom in het vonnis geen aandacht wordt besteed aan artikel 53 Fw. Dat zou immers wellicht de grondslag kunnen zijn voor de verrekeningsbevoegdheid van de onderhuurder.

In een arrest van de Hoge Raad van 22 december 1989, *NJ* 1990, 661 (*Tiethoff q.q./NMB*) kwam de vraag aan de orde of de huurder met een vordering op de inmiddels failliete verhuurder de openstaande huurpenningen kon verrekenen. De Hoge Raad stelt voorop dat artikel 53 Fw mede betrekking heeft op na de faillietverklaring ontstane schulden en vorderingen die, kort gezegd, rechtstreeks voortvloeien uit handelingen

die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht. Daarbij merkt de Hoge Raad echter op dat een uitzondering dient te worden aanvaard voor een na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht (zoals de betaling van de huurpenningen uit hoofde van een reeds bestaande huurovereenkomst), in dier voege dat deze uitzondering met name geldt wanneer de wederpartij verrekening verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt.<sup>9</sup>

Er lijkt dus – a contrario – een (kleine) opening te zijn voor een verrekening ex artikel 53 Fw met een vordering die *wel* verband houdt met de huurovereenkomst.<sup>10</sup> Gedacht kan worden aan een vordering om schadevergoeding wegens de noodgedwongen, voortijdige ontruiming van het gehuurde door een onderhuurder zoals in bovengenoemde zaak. Maar eveneens kan worden gedacht aan een andere met de huurovereenkomst samenhangende vordering, bijvoorbeeld een vordering tot vermindering van huurgenot wegens gebreken. De jurisprudentie zal echter dienen uit te wijzen in hoeverre dit betoog opgaat.

1. Let evenwel op de overwegingen in het arrest van de Hoge Raad d.d. 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (*Nebula*).
2. T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, p. 122 en 185.
3. Gerechtshof 's-Gravenhage d.d. 25 november 2008, *JOR* 2009, 89.
4. Zie onder meer B. Wessels, *Insolventierecht*, derde druk, p. 310-328.
5. N.J. Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht* 2011, p. 100.
6. L.L. de Boef & A.M. Coolen, *WR* 2012, 127.
7. Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 19 oktober 2012, *WR* 2013, 10, r.o. 5.3.
8. Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 19 oktober 2012, *WR* 2013, 10, r.o. 5.3.
9. HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661, r.o. 3.2 (*Tiethoff q.q./NMB*).
10. L.L. de Boef & A.M. Coolen, *WR* 2012, 127.