

Huur en faillissement: opzegging vs. indeplaatsstelling

Een beschouwing van de opzegging door de verhuurder en de indeplaatsstelling door de curator in het faillissement van de huurder

mr. V. Boumans en mr. A. le Grand¹

De laatste jaren is er een groot aantal faillissementen van winkelketens uitgesproken. Bekende voorbeelden daarvan zijn V&D, Macintosh, Perry Sport, Miss Etam en recent ook MS Mode. Vaak heeft de failliet het winkelvastgoed niet in eigendom, maar huurt hij één of meerdere winkelruimten om zijn winkels te exploiteren. Menig winkelverhuurder is de afgelopen tijd dan ook geconfronteerd met een faillissement van een huurder. Als de curator mogelijkheden ziet voor een doorstart van de failliete onderneming kan hij de verhuurder verzoeken om mee te werken aan een indeplaatsstelling door de overnemende partij. De verhuurder kan dit verzoek tot indeplaatsstelling weigeren, waarna de curator op grond van art. 7:307 BW in rechte een machtiging tot indeplaatsstelling kan vorderen. Indien de verhuurder de huurovereenkomst reeds heeft opgezegd op grond van art. 39 Fw, kan dit in de weg staan aan (de toewijzing van) de vordering tot indeplaatsstelling. In dit artikel bespreken wij de positie van de verhuurder die de huurovereenkomst heeft opgezegd en geconfronteerd wordt met een verzoek cq. vordering van de curator tot indeplaatsstelling. In de aanloop daar toe gaan wij eerst in op de opzeggingsbevoegdheid van de verhuurder op grond van art. 39 Fw, welke bevoegdheid kan worden ingeperkt indien er sprake is van misbruik van bevoegdheid of vanwege een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat. Vervolgens wordt beknopt de indeplaatsstelling in geval van faillissement en de daarmee samenhangende rechtspraak besproken.

1. Opzegging art. 39 Fw

Het voert te ver om hier een volledige beschouwing te geven van art. 39 Fw.² Wij volstaan met een korte bespreking van de opzeggingsbevoegdheid van de verhuurder. Uit art. 39 Fw vloeit voort dat zowel de curator als de verhuurder de huurovereenkomst tussentijds kan beëindigen, met inachtneming van een opzegtermijn van tenminste drie maanden.³

Als die minimale opzegtermijn in acht wordt genomen kan overigens tegen elke datum worden opgezegd. Uit art. 39 Fw vloeit niet voort dat de termijn van drie maanden ingaat op de eerste dag waarop de eerstvolgende huurtermijn verschuldigd is.⁴

1. Vincent Boumans en Anne le Grand zijn beiden advocaat bij Lexence Amsterdam.
2. Wij verwijzen in dit kader naar: A.W. Jongbloed en P.L. Visser, 'Huur en faillissement', *TvHB* 2015, nr. 3.
3. '1. 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.

2. *Indien de gefailleerde pachter is, vindt het bovenstaande overeenkomstige toepassing.'*
4. Zie onder meer Rb. Rotterdam, 19 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3095, r.o. 5.7.

De bedoeling van de wetgever met deze regeling was meervoudig, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting. In de eerste plaats wilde hij de curator de mogelijkheid geven om lopende huurovereenkomsten op relatief korte termijn te beëindigen, zodat de huurschuld na het faillissement niet (te) hoog oploopt. Ter compensatie hiervan is de huurprijs vanaf het faillissement een boedelschuld. Ten tweede krijgt de verhuurder de gelegenheid om tijdig naar een nieuwe huurder te zoeken, zodat de verhuurder zijn vastgoed weer kan verhuren aan een solvabele huurder.⁵ Art. 39 Fw geldt zowel voor de huur van onroerende zaken, als voor de huur van roerende zaken.⁶

Art. 39 Fw geldt als een *lex specialis* ten opzichte van art. 37 Fw, waarin wordt bepaald dat het faillissement geen gevolgen heeft voor de wederkerige overeenkomsten die lopen ten tijde van de faillietverklaring.⁷ Daarnaast vormt art. 39 Fw een uitzondering op de huuropzeggings- en huurbeschermingsbepalingen in het BW, voor zover die bepalingen niet verenigbaar zijn met art. 39 Fw.⁸ Immers, opzegging via art. 39 Fw kan tussentijds geschieden en de verhuurder hoeft geen opzeggingsgrond aan te voeren bij zijn opzegging. Reeds in het arrest *Simons/Sluizer en Zuikerberg* heeft de Hoge Raad expliciet bepaald dat de opzegging op grond van art. 39 Fw een regelmatige vorm van beëindiging van de huurovereenkomst is en dat er – noch krachtens de huurovereenkomst, noch krachtens de wet – een schadevergoedingsplicht geldt voor de huurder en/of de boedel.⁹ Lange tijd was onduidelijk of het daarnaast wel mogelijk was om deze plicht vast te leggen in een contractueel schadebeding. In 2005 heeft de Hoge Raad bepaald dat een dergelijk schadebeding in of bij de huurovereenkomst rechtsgeldig overeengekomen kan worden.¹⁰ Een paar jaar later heeft hij echter tevens uitgemaakt dat het beding op geen enkele manier effect sorteert jegens de boedel.¹¹ Blijft staan dat het beding wel effect sorteert jegens een derde, zoals een garant.

Uitgangspunt is aldus dat een opzegging ex art. 39 Fw een regelmatige beëindiging van de huurovereenkomst oplevert en de huurovereenkomst in be-

ginsel ook eindigt als gevolg van deze opzegging. Van dit uitgangspunt wordt slechts afgeweken indien i) er sprake is van misbruik van bevoegdheid, of ii) dat de opzegging of het vasthouden daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht. Er moet dan wel sprake zijn van bijzondere omstandigheden en bovendien geldt dat terughoudendheid bij de toepassing hiervan geboden is. Het voorgaande wordt onderschreven door Evers:

‘Zoals vanaf de 6e druk verwoord, is het uitgangspunt mijns inziens dat een opzegging op grond van art. 39 Fw, ook wanneer indeplaatsstelling is of wordt gevorderd, tot het einde van de huurovereenkomst leidt, tenzij de opzegging in het kader van de leerstukken redelijkheid en billijkheid en misbruik van recht terzijde geschoven moet worden.’¹²

1.1. Misbruik van bevoegdheid

De vraag of de verhuurder met zijn opzegging misbruik van bevoegdheid maakt, dient beoordeeld te worden aan de hand van art. 3:13 BW. De gevolgen van dit misbruik hangen vervolgens af van de aard en de strekking van de bevoegdheid.¹³

Indien de curator aantoonbaar dat de verhuurder misbruik van de opzeggingsbevoegdheid maakt, dan is de consequentie dat de opzegging geen effect sorteert en de verhuurder zich niet jegens de huurder en/of de boedel kan beroepen op zijn opzegging. De stelplicht en bewijslast van het misbruik ligt (logischerwijs) bij de curator. Omdat de opzegging zeggend buiten werking wordt gesteld – en daarmee het uitgangspunt van art. 39 Fw geen toepassing vindt – is terughoudendheid bij het aannemen van misbruik op zijn plaats.

De beoordeling van de opzegging is voor zowel de curator als voor de verhuurder van groot belang. Immers als de opzegging stand houdt, dan eindigt de huurovereenkomst. Een indeplaatsstelling is dan niet (meer) aan de orde.

Een eenduidige maatstaf voor misbruik van bevoegdheid in combinatie met art. 39 Fw is uit de jurisprudentie moeilijk af te leiden. Opvallend is dat in de jaren '90 van de vorige eeuw nog uitdrukkelijk aandacht wordt besteed aan de vraag of art. 39 Fw derogeert aan de (algemene) huurbepalingen met betrekking tot het beëindigen van de huur.¹⁴ Mogelijk ligt hieraan de algemene gedachte dat de huurder bescherming geniet ten opzichte van de verhuurder en dat de huurovereenkomst derhalve niet 'zomaar' kan eindigen ten grondslag. Inmid-

5. Kortmann-Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: Tjeenk Willink, p. 419-420.

6. HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42 (*Doka Nederland / mr Kalmijn q.q.*).

7. Pres. Rb. Breda 11 januari 1991, *KGKort* 1991, 1217.

8. Rb. 's-Hertogenbosch 10 december 1982, *NJ* 1983, 607 (*Jans te Grave / Keukeninterieurs Boxmeer*).

9. HR 28 november 1929, *NJ* 1930/668 (*Simons / Sluizer en Zuikerberg*).

10. HR 13 mei 2005, *NJ* 2005/406 (*Curatoren BabyXL / Amstel Lease Maatschappij*).

11. HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114 (*Aukema q.q. / Uni-Invest*), HR 15 november 2013, *NJ* 2014, 68 (*Nieuweburen / Romania*) en HR 22 november 2013, *NJ* 2014, 69 (*Trans-European Properties IV NL / Autodrome*). Voor een uitvoerige behandeling van deze uitspraken: Jongbloed en Visser, 'Huur en faillissement', *TvHB* 2015, nr. 3 en V.G.J. Boumans, *HIP* 2014/67.

12. M.F.A. Evers, *Huurrecht Bedrijfsruimten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 111.

13. Groene Serie Vermogensrecht, P.A. Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:13 BW, aant. 28.

14. Onder meer: Rb. Arnhem (pres.), 13 februari 1992, *KG* 1992, 99 (*curator La Deco / Eugilex Beleggingen*); Rb. Den Haag 13 maart 1996, *NJ* 1997, 714 (*curator De Boerenbakker / Pool*).

dels lijkt dit geen onderwerp van onduidelijkheid meer.

Uit een deel van de jurisprudentie volgt expliciet dat er bij opzegging door de verhuurder op grond van art. 39 Fw een belangenafweging plaatsvindt. Als de verhuurder bij zijn opzegging niet een belang heeft dat in verband met het faillissement van de huurder bescherming verdient, dan wordt die opzegging gekwalificeerd als misbruik van recht.¹⁵ Het is de vraag of dit strookt met de bedoeling van de wetgever. Uit de wetsgeschiedenis blijkt in elk geval niet dat de verhuurder een (bijzonder) belang moet hebben en/of aanvoeren bij zijn opzegging, anders dan het belang om zich te bevrijden van een (toekomstig) insolvable huurder.

In de meer recente jurisprudentie zien wij dat de rechter regelmatig eerst toetst of de vordering tot indeplaatsstelling kans van slagen heeft.¹⁶ Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord, luidt de conclusie veelal dat de opzegging van de verhuurder daardoor misbruik van bevoegdheid oplevert.¹⁷ Deze volgorde van toetsing komt ons onjuist en onlogisch voor. Wij menen dat – mede in navolging op de uitspraak van de kantonrechter Hoorn¹⁸ – de meest verstrekende vordering als eerste beoordeeld dient te worden door de rechter. Indien de opzegging van de verhuurder immers stand houdt, dan is er voor een beoordeling van het verzoek tot indeplaatsstelling geen ruimte meer. Niet altijd zal er sprake zijn van een vordering door de curator die expliciet ziet op de opzegging van de verhuurder. De verhuurder doet er in een dergelijk geval goed aan om in reconventie ontruiming van het gehuurde te vorderen.

In het verlengde hiervan verwijzen wij tevens naar de uitspraak van de kantonrechter Arnhem van 27 augustus 2010.¹⁹ In deze zaak had de curator de verhuurder geïnformeerd dat hij indeplaatsstelling nastreefde, maar daarbij geen concrete kandidaat genoemd. Vervolgens had de verhuurder de huurovereenkomst opgezegd op grond van art. 39 Fw. Pas na de opzegging verzocht de curator de verhuurder om in te stemmen met een indeplaatsstelling. De kantonrechter overwoog onder andere:

*'De lijn die zich in literatuur en jurisprudentie heeft ontwikkeld is dat de op dit artikel gegronde opzegging, ook wanneer indeplaatsstelling is of wordt gevorderd, tot het einde van de huurovereenkomst leidt, tenzij die opzegging buiten beschouwing moet blijven omdat er sprake is van misbruik van bevoegdheid (onderstreping red.).'*²⁰

De kantonrechter verdeelde de vraag of de huurovereenkomst daadwerkelijk was beëindigd in drie subvragen: 1) was de opzegging te laat; 2) was de opzegging slechts bedoeld om de indeplaatsstelling te frustreren; 3) kon de verhuurder in de gegeven omstandigheden bij haar opzegging blijven. De kantonrechter oordeelde vervolgens dat het enkele feit dat de verhuurder bekend was met het voornemen van de curator om een doorstart te realiseren, niet tot misbruik van bevoegdheid leidt. Voorts stelde de kantonrechter vast dat er ook geen sprake was van frustreren door verhuurder, omdat op het moment van opzegging geen concrete overnamekandidaat bekend was, geen financiële gegevens beschikbaar waren van een eventuele overnamekandidaat en geen termijn waarbinnen de indeplaatsstelling zou moeten plaatsvinden. Bij beantwoording van subvraag 3 leggen de criteria van art. 7:307 lid BW volgens de kantonrechter gewicht in de schaal.²¹ Het lijkt ons echter niet juist om voornoemde criteria al bij de beoordeling van de opzegging te betrekken. In de volgende paragraaf komen wij daar nog op terug.

Ook indien de curator wel een concrete, vermoedelijk solvabele partij heeft gevonden om (eventueel) in de plaats te laten stellen, dan kan de opzegging gewoon rechtsgeldig zijn. In dit verband is de uitspraak van de kantonrechter Midden-Nederland van 8 juni 2016 relevant. Voornoemde zaak speelde naar aanleiding van het faillissement van Scapino. Na het faillissement van Scapino hebben de curatoren de activa van Scapino aan Scapino Retail verkocht. De curatoren deelden aan de verhuurders van Scapino mee dat Scapino Retail de intentie had om voor een groot deel van de winkels een nieuwe huurovereenkomst te sluiten danwel de bestaande huurovereenkomst over te nemen. Scapino Retail deed onder andere aan Ahold een voorstel voor een nieuwe huurovereenkomst, maar Ahold wees dit voorstel af. Nadien bereikte Ahold wel overeenstemming met Bristol over een nieuwe huurovereenkomst voor dezelfde winkelruimte. Vervolgens zegde Ahold de huurovereenkomst met Scapino op op grond van art. 39 Fw. Enkele weken daarna lieten de curatoren Ahold weten dat zij deze opzegging niet accepteerden. Nog weer enkele weken later verzochten zij Ahold om in te stemmen met

-
15. Bijv. Pres. Rb. Arnhem 6 juni 1986, KG 1986/286 (*Wegrestaurant H. Bloemert / curator Supergras Beheer*); Ktr. Leiden, 19 december 1990, NJ 1991/571 (*curator X / de Bolster c.s.*); Hof Amsterdam 15 juli 1993, NJ 1994, 399 (*Owczarek/Baarsma c.s.*); Ktr. Rotterdam 22 juni 2004, WR 2005/36 (*curator Winkelbakkerijk L. Klootwijk c.s. / Delair Trust Amsterdam II*).
16. Bijv. Rb. Leeuwarden 15 augustus 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AY6458 (*curatoren Kral / Beleggingsmaatschappij Nederlandsche Stand*); Hof Den Haag 23 december 2008, JHV 2009/42 (*Dirk-Bas / Curatoren KWB*); Rb. Den Haag 5 januari 2016, WR 2016/69 (*curatoren Etam Groep Retail / Unibail-Rodamco*).
17. Bijv. Hof Den Haag, 23 december 2008, JHV 2009/42 (*Dirk-Bas / Curatoren KWB*).
18. Ktr. Hoorn 16 juni 1997, Prg. 1998, 5067 (*Vezo Beheer / Schermer*), r.o. 4.1.
19. Ktr. Arnhem 27 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5775 (*curator Cafeteria De Blauwe Steen / Gemeente Nijmegen*).

-
20. Ktr. Arnhem 27 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5775 (*curator Cafeteria De Blauwe Steen / Gemeente Nijmegen*), r.o. 5.2.1.
21. Ktr. Arnhem 27 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5775 (*curator Cafeteria De Blauwe Steen / Gemeente Nijmegen*), r.o. 5.2.2 e.v.

een indeplaatsstelling door Scapino Retail, hetgeen Ahold weigerde. In de daarop volgende procedure toetst de kantonrechter eerst of de huurovereenkomst door de opzegging van Ahold is geëindigd. De kantonrechter oordeelde dat er geen sprake is van (de door de curatoren gestelde) misbruik van bevoegdheid. Bij dit oordeel is ook betrokken dat Ahold inmiddels een huurovereenkomst met een derde had gesloten:

'Naar het oordeel van de kantonrechter kon Ahold onder die omstandigheden, waarin:

- *Ahold zich geconfronteerd zag met een failliete huurder;*
- *er weliswaar was gesproken over voortzetting van de huur met Scapino Retail, maar daarover geen overeenstemming was bereikt, en er ook geen aanwijzing was dat Scapino Retail alsnog onder de reeds geldende voorwaarden de huurovereenkomst wilde aangaan, en;*
- *er onzekerheid bestond omtrent een eventueel gewenste indeplaatsstelling (een concreet verzoek van de curatoren is pas ruim een maand later, op 22 maart 2016, gedaan);*

in beginsel de huurovereenkomst opzeggen. Dit geldt temeer nu Ahold de huurovereenkomst heeft opgezegd teneinde een andere huurovereenkomst (tegen betere voorwaarden) te sluiten. Gezien deze omstandigheden heeft Ahold op 18 februari 2016 de huurovereenkomst kunnen opzeggen zonder dat dit misbruik van bevoegdheid oplevert.²²

De kantonrechter oordeelde vervolgens dat het feit dat Ahold door het aangaan van een huurovereenkomst met Bristol een financieel voordeel met betrekking tot een winkelruimte in Arnhem heeft kunnen behalen, daar niet aan af doet. Ook zonder dit voordeel had Ahold op grond van alle omstandigheden reeds voldoende belang bij de opzegging, aldus de kantonrechter.²³ Uit deze uitspraak blijkt niet expliciet of Scapino ten tijde van de opzegging een huurachterstand had en of het belang van de verhuurder bij opzegging is gelegen in het beperken van een bestaande of te verwachten huurachterstand.

De omstandigheid dat er op het moment van opzegging geen huurachterstand bestaat, speelde in de procedure tussen de curator van Sabon Nederland B.V. en Monumentel B.V. wel een belangrijke rol. Het eindoordeel van de kantonrechter was dat de opzegging van de verhuurder Monumentel kwalificeert als misbruik van recht danwel naar maatstaven van redelijk- en billijkheid onaanvaardbaar was. De opzegging hield derhalve geen stand.²⁴

Noemenswaardig is de volgende rechtsoverweging over de positie van de verhuurder ten opzichte van de andere crediteuren:

'(...) Van belang is voorts dat Monumentel een tweeslachtige positie inneemt. Zij is mede-schuld-eiser in het faillissement van Sabon. Het crediteurenbelang brengt met zich mee dat de boedel van Sabon een zo hoog mogelijke waarde behoudt. De curators hebben voldoende onderbouwd dat de voortzetting van de exploitatie in het gehuurde wezenlijk waardeverhogend is. Als de opzegging van de huur door Monumentel stand zou houden, zou zij zichzelf bevoordelen en de andere crediteuren benadelen.²⁵

Voornoemde overweging komt ons vreemd voor. Het miskent (een deel van) de ratio van art. 39 Fw, dat verhuurder zich relatief eenvoudig van een insolvable huurder moet kunnen ontdoen. Bovendien is het ook een onlogische overweging, daar de verhuurder bij de meeste faillissementen de positie van medeschuldeiser inneemt. Uit deze motivering valt niet in te zien waarom de verhuurder zichzelf met een opzegging zou bevoordelen ten opzichte van de andere crediteuren.²⁶

Geconcludeerd kan worden dat er geen eenduidige wijze is waarop de rechter de opzegging van de verhuurder toetst indien deze de huurovereenkomst heeft opgezegd in de situatie dat de curator het voornemen heeft om een doorstart te realiseren. Zowel de invulling van de maatstaf als de volgorde van de toetsing verschillen. Er zijn gevallen waarin de rechter eerst toetst of de vordering tot indeplaatsstelling kans van slagen heeft. Als deze vraag positief wordt beantwoord wordt veelal geoordeeld dat de opzegging van de verhuurder (daardoor) misbruik van bevoegdheid oplevert. Er zijn ook gevallen waarbij de rechter eerst het gestelde misbruik beoordeelt. Daarbij geldt dat het enkele feit dat een verhuurder bekend is met het voornemen van de curator om een doorstart te realiseren, niet automatisch leidt tot misbruik van bevoegdheid.

1.2. Vasthouden aan opzegging kan onaanvaardbaar zijn

Indien de opzegging van de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw. niet wordt aangemerkt als misbruik van bevoegdheid dan kan het evenwel zo zijn dat de opzegging of het vasthouden daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Het rechtsgevolg van een beroep op deze onaanvaardbaarheid is overigens – net als bij een beroep op misbruik van bevoegdheid – dat de opzegging geen effect sorteert. De maatstaf is evenwel anders. Het betreft

22. Ktr. Midden-Nederland 24 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3438 (*Curatoren Macintosh-Scapino / Ahold*) r.o. 4.6.

23. Ktr. Midden-Nederland 8 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3438 (*Curatoren Macintosh-Scapino / Ahold*), r.o. 4.6.

24. Ktr. Amsterdam 9 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX6998 (*Monumentel / curator Sabon Nederland*).

25. Ktr. Amsterdam 9 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX6998 (*Monumentel / curator Sabon Nederland*), r.o. 14.

26. Zie voor een vergelijkbaar oordeel: Ktr. Leiden, 19 december 1990, ECLI:NL:KTGLDN:1990:AD1312.

hier niet een beroep op art. 3:13 BW, maar een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, zoals bedoeld in art. 6:2 lid 2 BW. De rechter dient een beroep op deze beperkende werking terughoudend toe te passen²⁷, zodat het beroep van de curator op deze beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van het vasthouden aan de opzegging niet lichtvaardig mag worden aangenomen door de rechter. Toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden toegewezen.²⁸ Dit pleit er voor dat het uitgangspunt bij een opzegging op grond van art. 39 Fw. moet zijn dat de opzegging – indien met de opzegging geen misbruik van bevoegdheid wordt gemaakt – in beginsel dient stand te houden. Deze lijn lijkt ook in een aantal recente uitspraken te worden gevolgd, waarin wordt overwogen dat er sprake dient te zijn van een 'evidente onaanvaardbaarheid'.²⁹ De rechtbank Overijssel voegt daar overigens nog expliciet aan toe dat in het kader van die evidente onaanvaardbaarheid sprake dient te zijn van 'indringende belangen die aanmerkelijk zwaarder moeten wegen dan die van de verhuurder'.³⁰ Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan een opzegging als onaanvaardbaar worden bestempeld. Dit ligt ook in de rede nu het vaste rechtspraak is dat een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het algemeen met de nodige terughoudendheid moet worden toegepast door de rechter. Naar onze mening maakt een faillissementssituatie dit niet anders.

De curator die een indeplaatsstelling wenst te bewerkstelligen zal in dat kader de omstandigheden moeten stellen en – indien deze omstandigheden worden betwist door de verhuurder – bewijzen, die maken dat het vasthouden aan de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.³¹

Alle omstandigheden van het geval kunnen hierbij een rol spelen. Het is dan ook moeilijk om in de rechtspraak een vaste lijn te ontdekken welke omstandigheden kunnen maken dat het vasthouden aan de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechtspraak past dit leerstuk in het kader van een opzegging van de verhuurder op grond van art. 39 Fw. verschillend

toe, waarbij verschillende omstandigheden in worden aanmerking genomen.

De rechtbank Midden Nederland heeft in het eerder omschreven geschil tussen de curatoren van Scapino tegen verhuurder Ahold Real Estate geoordeeld dat er van een dergelijke onaanvaardbaarheid geen sprake is indien de vordering van de indeplaatsstelling niet toewijsbaar is.³² Vervolgens beoordeelt de kantonrechter het zwaarwichtig belang van de curatoren bij het verzoek tot indeplaatsstelling en komt tot de conclusie dat dit zwaarwichtige belang voor de curatoren ontbreekt, zodat de opzegging naar het oordeel van de kantonrechter standhoudt.³³ Op de beoordeling van het zwaarwichtig belang komen wij verderop in deze bijdrage uitgebreider terug.

Wij vragen ons echter wel af of de kantonrechter op deze manier tot de conclusie heeft kunnen komen dat het vasthouden aan de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De beoordeling van de opzegging lijkt los gezien te moeten worden van de beoordeling van het verzoek tot indeplaatsstelling. Immers, pas ná dat de rechter vaststelt dat de opzegging geen effect sorteert, kan worden toegekomen aan de toetsing van de in art. 7:307 BW genoemde vereisten voor de indeplaatsstelling.³⁴

Overigens zijn er meerdere uitspraken waar de rechter in het kader van de beoordeling van de opzegging alvast beoordeelt of het verzoek tot indeplaatsstelling slaagt.³⁵ Hoewel het aan de ene kant logisch lijkt dat er van een dergelijke onaanvaardbaarheid geen sprake is indien er niet voldaan wordt aan de vereisten die art. 7:307 BW stelt aan een machtiging tot indeplaatsstelling, kan naar onze mening niet zonder meer geoordeeld worden dat het vasthouden aan een opzegging ook altijd onaanvaardbaar moet worden geacht als de curator wel voldoet aan de voorwaarden voor een machtiging tot indeplaatsstelling. Dat kan wellicht enkel zo zijn indien de verhuurder beschikt over voldoende concrete en verifieerbare informatie waaruit volgt dat aan de voorwaarden van art. 7:307 BW is voldaan. De rechtbank Arnhem oordeelt in dat kader dan ook terecht: 'Zou immers tijdens de opzegtermijn duidelijk zijn geworden dat aan die vereisten zonder meer was voldaan (...), dan zou het kunnen zijn dat de gemeente niet kon vasthouden aan die opzegging'.³⁶

27. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (*Gemeente Apeldoorn / Duisterhof*); HR 15 oktober 2015, NJ 2015/141 (*GTI / Zürich*).

28. HR 20 mei 2009, RvdW 2005/75 (B. / *Zee Electronics*), r.o. 5.

29. Rb. Midden-Nederland 24 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3438 (*Curatoren Macintosh-Scapino / Ahold*), r.o. 4.9; Rb. Rotterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5138 (*Curatoren Hoogenbosch / Achmea*), r.o. 4.8; Rb. Overijssel 22 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5634 (*Curatoren Etam Groep / Provisum*), r.o. 4.3.

30. Rb. Overijssel 22 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5634 (*Curatoren Etam Groep / Provisum*), r.o. 4.3.

31. HR 12 januari 2007, NJ 2007, 371 (*Gemeente Eindhoven / Allianz*), r.o. 4.3.

32. Rb. Midden-Nederland 24 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3438 (*Curatoren Macintosh-Scapino / Ahold*), r.o. 4.9.

33. R.o. 4.16.

34. Rb. Rotterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5138 (*Curatoren Hoogenbosch / Achmea*), r.o. 4.10.

35. Enkele voorbeelden: Rb. Rotterdam 2 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1612 (*Curator La Venezia / Breevast*); Rb. Den Haag 6 juli 2009, ECLI:NLRBSGR:2009:BJ1557 (*Ikea / Curator Golden Tulip*); Hof Den Haag 23 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG9680 (*Dirk en Bas / Curator KWB*).

36. Rb. Arnhem 27 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5775 (*Curator De Blauwe Steen / Gemeente Nijmegen*), r.o. 5.2.4.

Ook de Rb. Overijssel noemt de omstandigheid dat aan de verhuurder 'niet of nauwelijks aan de hand van onderliggende stukken controleerbare gegevens ter beschikking was gesteld op basis waarvan zij zich een oordeel kon vormen of was voldaan aan de voorwaarden voor indeplaatsstelling (...)' als belangrijke omstandigheid om aan te nemen dat de verhuurder mocht vasthouden aan de opzegging.³⁷

De praktijk leert echter dat het voor een verhuurder tijdens de opzegperiode lang niet altijd duidelijk is of het verzoek van de curator tot indeplaatsstelling voldoet aan alle voorwaarden die art. 7:307 BW daaraan stelt. Veelal moet de verhuurder het doen met weinig concrete en verifieerbare informatie en eventuele faillissementsverslagen van de curator. Regelmatig komt het voor dat curatoren er weinig voor voelen om bijvoorbeeld de activa overeenkomst met de overnemende partij te verstrekken aan de verhuurder, zodat deze bijvoorbeeld kan nagaan of er wel sprake is van een bedrijfsoverdracht en of de curator wel voldoende zwaarwichtig belang heeft bij de indeplaatsstelling.

De curator zal in die situatie dus andere omstandigheden moeten aanvoeren die ertoe kunnen leiden dat de opzegging van de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.

In de rechtspraak worden verschillende omstandigheden door curatoren aangevoerd op grond waarvan deze curatoren menen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn indien de verhuurder onder die omstandigheden vasthoudt aan de opzegging van de huurovereenkomst.

Curatoren wijzen er in dat kader vaak op dat de desbetreffende winkel een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt voor de boedel of dat het gehuurde van groot belang is voor de doorstart, bijvoorbeeld omdat het een bovengemiddeld goed renderende vestiging is.³⁸

Een ander veel aangevoerde omstandigheid is dat met de indeplaatsstelling de werkgelegenheid van het in de desbetreffende winkel werkende personeel kan worden geborgd.³⁹ Dit is een belang dat de curator zich met recht mag aantrekken⁴⁰ en dat ook in de wetsgeschiedenis is erkend als legitiem

belang in het kader van een indeplaatsstelling.⁴¹ In dat kader verdient het overigens opmerking dat curatoren veelal kort nadat het faillissement is uitgesproken het personeel volledig of gedeeltelijk ontslaan. Indien dat het geval is, dan legt dit argument natuurlijk weinig tot geen gewicht in de schaal. Van behoud van werkgelegenheid is dan immers geen sprake meer. De doorstartende partij heeft dan ook geen verplichting om het voormalige personeel weer in dienst te nemen, tenzij daarover in de overname overeenkomst andersluidende afspraken over zijn gemaakt.

Overigens zal het argument van behoud van werkgelegenheid – zelfs indien er sprake is van enig behoud van werkgelegenheid – niet altijd van doorslaggevende betekenis zijn. De voorzieningenrechter te Zwolle achtte het verlies van 5 arbeidsplaatsen op een totaal van 247 geen 'substantieel verlies' en derhalve leverde dit voor de curator onvoldoende belang op.⁴²

Een andere omstandigheid die curatoren aanvoeren is dat er geen sprake is van een huurachterstand op of vlak na het faillissement, dan wel dat er zekerheid is gesteld voor de betaling van de huurpenningen.⁴³ Hierbij verdient het wel opmerking dat indien de indeplaatsstelling gerealiseerd zou worden, de nieuwe huurder de verplichting heeft jegens de verhuurder om eventuele betalingsachterstanden te voldoen. De nieuwe huurder treedt met een indeplaatsstelling immers volledig in alle rechten en verplichtingen van de oude huurder onder de huurovereenkomst. De indeplaatsstelling wordt immers gezien als een vorm van contractsovername, zodat art. 6:159 lid 2 BW ook toepassing vindt bij een indeplaatsstelling.⁴⁴

2. Art. 7:307 BW in een faillissementssituatie

Indien de rechter tot het oordeel komt dat de verhuurder met de opzegging van de huurovereenkomst misbruik van recht maakt, dan wel dat de opzegging of het vasthouden aan de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan dient de rechter nog te toetsen of de curator met het verzoek tot indeplaatsstelling voldoet aan de voorwaarden van art. 7:307 BW. Wij zullen in deze bijdrage niet volledig ingaan op art. 7:307 BW, maar volstaan met een verwijzing naar de bijdrage van mr. Fraai en mr. Bruinsma in dit nummer. Wij zullen echter hierna wel nog enige kanttekeningen maken ten aanzien van deze voor-

37. Rb. Overijssel 22 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5634 (*Curatoren Etam Groep / Provisum*), r.o. 4.5.3, 4.5.4 en 4.6.

38. Rb. Amsterdam 5 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX6998 (*Monumentel / curator Sabon Nederland*), r.o. 12; Ktr. Dordrecht 11 november 2003, WR 2004, 66, (*Curator Doemij / Grolsch*); Rb. Amsterdam 6 maart 1997, KG 1997, 134 (*Curator De Taverne / Rappange*).

39. Rb. Rotterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5138 (*Curatoren Hoogenbosch / Achmea*), r.o. 4.9; Rb. Den Bosch 17 december 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BK8221 (*Curator Zaza / Rodamco*), r.o. 3.3; Hof Den Haag 23 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG9680 (*Dirk-Bas / Curatoren KWB*), r.o. 8.3.

40. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, (*Ontvanger / Curator Sigmacon*).

41. *Kamerstukken II 1969/70*, 8875, nr. 6, p. 11.

42. Rb. Oost-Nederland 17 januari 2013, WR 2013, 76 (*Curator Henk ten Hoor vof / UIP*), r.o. 2.11.

43. Rb. Amsterdam 5 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX6998, (*Curator Sabon / Monumentel*), r.o. 11; Rb. Leeuwarden 15 augustus 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AY6458 (*Curatoren Kral / BNS*), r.o. 4.12; Rb. Rotterdam 22 juni 2004, WR 2005, 36 (*Curator KWB / Delair*).

44. HR 12 mei 1995, NJ 1995/497 (*Hartje Stad / Armoe*).

waarden in het kader van de specifieke situatie dat de machtiging tot indeplaatsstelling wordt gevorderd in een faillissementssituatie.

2.2.1. Overdracht van onderneming

Er dient in de eerste plaats sprake te zijn van een overdracht van het in het gehuurde uitgeoefende bedrijf. Indien de failliet enkel vanuit het gehuurde haar onderneming dreef, dan zal de beoordeling van dit vereiste weinig problemen opleveren. Er zal immers geen discussie over bestaan of met een volledige overdracht van de vestiging in het gehuurde ook direct het hele bedrijf wordt overgedragen.

Deze beoordeling wordt minder eenvoudig indien een onderneming met meerdere vestigingen failliet. Indien er een doorstart wordt gerealiseerd waarbij alle vestigingen worden overgenomen, dan is die situatie gelijk aan de hierboven geschetste situatie waarin de failliet maar één vestiging heeft. Veelal is dit echter een onhaalbaar scenario voor een curator en zal een doorstartende partij slechts willen doorgaan met een deel van de winkels. De doorstartende partij wil dan (meestal) de meest rendabele of de best gelegen locaties doorstarten en de andere locaties niet. De vraag die dan opkomt is of er in een dergelijk geval wel sprake is van een overdracht van de gefailleerde onderneming.

Eenzijds kan het standpunt verdedigd worden dat als er voor een specifieke locatie een indeplaatsstelling wordt gevorderd, dat de onderneming die in dat gehuurde werd gedreven ook daadwerkelijk wordt overgenomen. De curator kan dan betogen dat daarmee voldaan is aan de letterlijke tekst van lid 1 van art. 7:307 BW.

Anderzijds blijkt uit de wetgeschiedenis dat de wetgever bij de totstandkoming van het recht van indeplaatsstelling een faillissementssituatie helemaal niet voor ogen heeft gestaan. De wetgever heeft met name de kleinere zelfstandige ondernemer op leeftijd en de pompstationhouder voor ogen gehad.⁴⁵ De wetgever meent derhalve dat een indeplaatsstelling alleen dan aan de orde kan zijn indien een opvolgend huurder de volledige onderneming van de zittende huurder overneemt. Het is dan ook de vraag of de curator die slechts een aantal winkels van een volledig concern wil laten doorstarten, wel voldoet aan de vereiste overdracht van onderneming. Die vraag is temeer gerechtvaardigd nu de minister de verwijzing naar de kleine zelfstandige ondernemer en pompstationhouders maakte naar aanleiding van een zorg vanuit de Tweede Kamer over de handel in huurrechten: *'Stel dat een verhuurder een groot winkelbedrijf, bijvoorbeeld Hennis & Mauritz, de trekker wil laten zijn van een winkelcentrum. Dat bedrijf krijgt een lagere huurprijs, maar in ruil daarvoor mag geen indeplaatsstelling plaatsvinden. Ik vind dat vreemd, als je te maken hebt met een zeer kapitaalcrachtige en machtige huurder, dat je dan geen af-*

45. WGO TK 26 932, nr. 19, p. 51.

*wijkende afspraak kunt maken over indeplaatsstelling. Wanneer de indeplaatsstelling wel is toegestaan en als er sprake is van een huurovereenkomst met relatief lage huur, dan zie je dat er via de huurovereenkomst wordt gehandeld in goodwill. Die goodwill slaat alleen maar op het verschil tussen de lage huurprijs en de normale redelijke huurprijs. Dit heeft niets te maken met de nering die het winkeltje dreef.'*⁴⁶ Een curator die slechts een beperkt aantal winkels, eventueel voorzien van inventaris, goodwill van enkele locaties en eventueel de voorraad van die locaties overdraagt, lijkt hier toch niet aan te voldoen. Immers, de enkele overdracht van de rechtspositie van de huurder aan een ander is onvoldoende.⁴⁷ In deze uitspraak was overigens een soortgelijke situatie aan de hand. In de zaak die heeft geleid tot dit arrest van het Hof Arnhem ging het om een verzoek tot indeplaatsstelling door BP van *'een aantal tankstations die niet aan interne rendementseisen van BP voldeden'*.⁴⁸ Het Hof achtte deze omstandigheden mede redengevend voor het oordeel dat er geen sprake was van een overdracht van onderneming. Feitelijk is er bij een curator die slechts enkele winkels betreft in de overname sprake van een gelijke situatie.

Dat geldt temeer nu een curator veelal (een groot deel van) het personeel na het faillissement zal ontslaan op grond van art. 40 Fw. om boedelkosten te besparen. Het ontslagen personeel kan derhalve niet worden overgedragen in het kader van een indeplaatsstelling. In de situatie waarin het personeel niet wordt overgenomen door de doorstartende partij zal veelal geen sprake zijn van een overdracht van onderneming in de zin van art. 7:307 lid 1 BW.⁴⁹

Ook de Hoge Raad is duidelijk.⁵⁰ Het enkele overdragen van een huurrecht, zonder dat de onderneming zelf wordt overgedragen, kan niet worden afgedwongen via art. 7:307 BW, of zoals Vrolijk⁵¹ het omschrijft: *'Anders zou niet de overdracht van het bedrijf maar overdracht van het huurrecht centraal staan.'*

Het is aan de curator die de machtiging tot indeplaatsstelling vordert om te stellen en zo nodig te bewijzen dat er daadwerkelijk sprake is van een overdracht van onderneming in de zin van art. 7:307 lid 1 BW.

2.2.2. Zwaarwichtig belang

De curator dient bovendien een zwaarwichtig belang te hebben bij de indeplaatsstelling. De curator

46. WGO TK 26 932, nr. 19, p. 48.

47. Hof Arnhem 8 december 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK6091 (BP / Jedi).

48. Hof Arnhem 8 december 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK6091 (BP / Jedi), r.o. 5.

49. Hof Amsterdam 28 augustus 2003, WR 2003, 84 (Peters / Depag).

50. HR 16 juni 1995, NJ 1995/582 (Andelbeek / Tordjman), r.o. 3.3.2.

51. H.E.M. Vrolijk, *GS Huurrecht*, art. 7:307 BW, aant. 31.2.

dient dit zwaarwichtig belang te stellen en eventueel te bewijzen.⁵²

Net als bij een beoordeling van een vordering tot indeplaatsstelling buiten het faillissement, geldt ook in een faillissementssituatie dat het belang van de doorstarter niet kan gelden als een zwaarwichtig belang.⁵³ Het is immers de huurder (en bij een faillissement van de huurder, de curator) die een zwaarwichtig belang dient te hebben.

Het enkele belang van de curator om voor de boedel een zo hoog mogelijke opbrengst te verkrijgen bij de verkoop van de onderneming is volgens het Hof Den Haag niet zonder meer gelijk te stellen met een zwaarwichtig belang en is dus op zichzelf onvoldoende.⁵⁴ Het Hof kent in deze uitspraak bijzonder gewicht toe aan het feit dat een indeplaatsstelling de contractsvrijheid van de verhuurder aantast, in die zin dat de verhuurder tegen zijn zin met een andere huurder wordt geconfronteerd. Het Hof stelt daarnaast vast dat er door de overnemende partij kennelijk alleen een vergoeding is betaald voor een inspanning van de curator om de indeplaatsstelling te realiseren.

Indien de indeplaatsstelling van een specifieke winkel noodzakelijk is voor de doorgang van de indeplaatsstelling, dan lijkt daarmee het zwaarwichtige belang van de curator gegeven indien de curator met de doorstart een hogere opbrengst voor de boedel kan realiseren.⁵⁵ Daar staat echter tegenover dat er niet zonder meer sprake is van een zwaarwichtig belang indien de doorstart ook gerealiseerd kan worden (of zelfs al gerealiseerd is) zonder de indeplaatsstelling van een specifieke winkel en de doorstart ook niet onder opschortende of bindende voorwaarde is aangegaan.⁵⁶

Een andere variant is dat de doorstart wordt gerealiseerd en dat de boedel voor iedere doorstartende winkel een nabetaling ontvangt van de doorstartende partij.⁵⁷ Dit kan voor de curator een zwaar-

wichtig belang opleveren. Van een zwaarwichtig belang is evenwel geen sprake indien een dergelijke premie geen onderdeel uitmaakt van de overname overeenkomst, maar kennelijk in een later stadium wordt overeengekomen in het kader van een geëntameerde gerechtelijke procedure. Een later gecreëerd belang voor de boedel wordt niet aangemerkt als een zwaarwichtig belang.⁵⁸

Zoals al eerder aangegeven is ook het behoud van werkgelegenheid een belang dat de curator zich mag aantrekken en dat aangemerkt kan worden als zwaarwichtig belang.⁵⁹ Daarbij moet wel worden opgemerkt dat een beperkt behoud van werkgelegenheid alleen waarschijnlijk onvoldoende is om aangemerkt te worden als zwaarwichtig belang.⁶⁰ Het zal aan de rechter zijn om per verzoek te beoordelen of de curator een zwaarwichtig belang heeft bij het verzoek.

2.2.3. Voldoende waarborgen voor de doorstartende partij

Uit lid 2 van art. 7:307 BW volgt dat het verzoek van de huurder (of de curator in een faillissementssituatie) afgewezen dient te worden indien de doorstartende partij onvoldoende waarborgen biedt voor een volledige nakoming van de overeenkomst en voor een behoorlijke bedrijfsvoering. Het is wederom aan de curator om te stellen dat de doorstartende partij voldoende waarborgen biedt en de curator dient deze stelling zo nodig ook te bewijzen.

Naar onze mening wordt de toetsing van dit criterium in een faillissementssituatie niet anders dan de toetsing die wordt gehanteerd bij een 'normaal' verzoek van een niet gefailleerde huurder. Het is immers ook de doorstartende partij die bij een indeplaatsstelling jegens de verhuurder gehouden is om een eventuele huurachterstand van de gefailleerde huurder te voldoen. De doorstartende partij treedt immers volledig in alle rechten en verplichtingen van de oorspronkelijke huurder.⁶¹ Dit betekent dat het niet zondermeer voldoende is dat de doorstartende partij meer waarborgen biedt dan de gefailleerde huurder. Dit zal immers al snel aan de orde zijn in de situatie dat de huurder is gefailleerd. Het Hof Den Haag overweegt wat ons betreft dan ook terecht dat deze voorwaarde niet licht moet worden opgevat, omdat de verhuurder immers wordt geconfronteerd met een huurder die tegen de zin van de verhuurder opeens zijn contractspartij wordt.⁶²

52. Een voorbeeld waar de curator kennelijk te weinig had gesteld ondanks dat deze op het eerste gezicht een aanzienlijke meeropbrengst voor de boedel kon realiseren met de doorstart biedt Ktr. Gouda 22 december 1994, NJK 1995, 22 (*Pool / Curator De Boerenbakker*), welk vonnis door de rechtbank in stand is gelaten, Rb. Den Haag 13 maart 1996, NJ 1997/714.

53. HR 7 april 1989, NJ 1989, 552 (*Hommen / Gemeente Eindhoven en Esplanade*).

54. Hof Den Haag 5 juni 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD5882 (*Curator Cabout / X c.s.*), r.o. 9.

55. Hof Den Bosch 28 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ5085; Ktr. Rotterdam 22 juni 2004, WR 2005/36 (*Curator KWB / Delair*); Rb. Arnhem 6 maart 1997, KG 1997/134 (*Curator De Taverne / Rappange*); Rb. Arnhem 13 februari 1992, KG 1992, 99 (*Curator Aarts / Eugilex*).

56. Rb. Midden-Nederland 24 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3438 (*Curatoren Macintosh-Scapino / Ahold*), r.o. 4.11; Rb. Oost-Nederland 17 januari 2013, WR 2013, 76 (*Curator Henk ten Hoor vof / UIP*), r.o. 2.8.

57. Een voorbeeld biedt de zaak die heeft geleid tot Ktr. Den Haag 5 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4432 (*Curatoren Etam Group / Unibail Rodamco*). Overigens werd het belang van € 10.000,- voor de boedel niet als een zwaarwichtig belang beoordeeld.

58. Rb. Rotterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5138 (*Achmea / curatoren Hoogenbosch*), r.o. 4.9; Rb. Amsterdam 15 oktober 2013 (*Curatoren Free Record Shop / Achmea*) (ongepubliceerd).

59. Hof Den Haag 23 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG9680 (*Dirk en Bas / Curator KWB*).

60. Rb. Oost-Nederland 17 januari 2013, WR 2013, 76 (*Curator Henk ten Hoor vof / UIP*), r.o. 2.11.

61. HR 12 mei 1995, NJ 1995, 497 (*Hartje Stad / Arnoe*).

62. Hof Den Haag 23 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG9680 (*Dirk en Bas / Curator KWB*), r.o. 7.7 en 7.8.

Bovendien is het onvoldoende indien de doorstartende partij enkel voldoende waarborgen stelt voor de voldoening van de huurprijs.⁶³ Enerzijds heeft een huurder onder een huurovereenkomst meer verplichtingen dan alleen de betaling van de huurpenningen. Anderzijds dienen er ook voldoende waarborgen aanwezig te zijn dat de doorstartende partij een behoorlijke bedrijfsvoering zal en kan voeren.⁶⁴

Deze laatste afwijzingsgrond is met name interessant – en voor de verhuurder van belang – indien de doorstartende partij wordt geleid door dezelfde bestuurder(s) en/of aandeelhouder(s) die ook aan het roer stonden bij de gefailleerde huurder.⁶⁵ Naar onze mening kan de verhuurder toch met recht in ieder geval de vraag opwerpen of de doorstartende partij in die situatie voldoende waarborgen kan bieden voor een behoorlijke bedrijfsvoering. De bedrijfsvoering van de failliete huurder kan in die situatie immers worden toegerekend aan de bestuurder(s) en/of aandeelhouder(s) van de doorstartende partij.⁶⁶

Een ander voorbeeld uit de rechtspraak waarbij onvoldoende waarborgen waren gesteld dat de doorstartende partij kon zorg dragen voor een behoorlijke bedrijfsvoering biedt het vonnis van de rechtbank Arnhem van 27 augustus 2010, waarin de doorstartende partij werd geëxploiteerd door een beginnend ondernemer zonder enige horeca ervaring, terwijl er sprake was van een cafetaria.⁶⁷

63. Hier lijkt de voorzieningenrechter Amsterdam toch (te) eenvoudig overheen te stappen in Rb. Amsterdam 5 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX6998, (*Curator Sabon / Monumentel*), r.o. 11. Ook de voorzieningenrechter Rotterdam komt in het vonnis van 2 april 2010 ECLI:NL:RBROT:2010:BM1612 ten onrechte tot het oordeel dat een waarborgsom voldoende is om aan te nemen dat er voldoende waarborgen worden gesteld aan de verhuurder.

64. Een voorbeeld waarbij de indeplaatsstelling strandde, omdat de curator onvoldoende had aangetoond dat er een voldoende solide beleid gevoerd werd bij de doorstartende partij, biedt Rb. Den Haag 6 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ1557 (*Inter Ikea / Curatoren Golden Tulip*), r.o. 3.7.

65. Een voorbeeld: Rb. Den Bosch 17 december 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BK8221 (*Curator Zaza Stores / Rodamco*), overigens zonder dat de verhuurder hier een expliciet beroep op deed. Een ander voorbeeld: Hof Den Bosch 28 maart 2006 ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ5085, r.o. 4.5 (Vader-zoon relatie tussen failliete huurder en doorstarter).

66. Een voorbeeld waarin de curator deze 'schijn' heeft kunnen wegnemen biedt: Rb. Rotterdam 22 juni 2004, WR 2005, 36 (*Curator KWB / Delair*).

67. Rb. Arnhem 27 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5775 (*Curator De Blauwe Steen / Gemeente Nijmegen*). Met dezelfde redenering: Ktr. Dordrecht 11 november 2003, WR 2004, 66 (*Curator Doemij / Grolsch*). Een ander voorbeeld biedt Hof Den Bosch 28 maart 2006 ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ5085, r.o. 4.5, waarin een 19-jarige student en zoon van de bestuurder van de failliete huurder wordt voorgesteld als doorstartende partij.

2.2.4. Belangenafweging

Uit art. 7:307 lid 2 BW blijkt dat de rechter het verzoek vervolgens beoordeeld met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de rechter de belangen van de verhuurder uitdrukkelijk in de beoordeling dient te betrekken. De rechter dient aldus een belangenafweging te maken, waarbij de rechter rekening dient te houden met de door de verhuurder aangevoerde belangen.⁶⁸ In een faillissementssituatie is dit niet anders.

Anders dan bij een indeplaatsstelling buiten faillissement speelt in het kader van de belangenafweging in een faillissement nog wel een rol dat de verhuurder de huurovereenkomst kan opzeggen op grond van art. 39 Fw. De rechter behoort in het kader van deze belangenafweging ook de door de verhuurder gestelde belangen bij de opzegging van de huurovereenkomst mee te nemen. Niet valt in te zien waarom deze belangen geen rol kunnen spelen bij de belangenafweging in het kader van de indeplaatsstelling (zelfs indien de opzegging op grond van art. 39 Fw. geen effect zou sorteren). De rechter dient immers alle omstandigheden van het geval in acht te nemen. Dus ook de omstandigheden die hebben geleid tot de opzegging van de huurovereenkomst door de verhuurder.

3. Conclusie

Alvorens de curator met succes een indeplaatsstelling kan bewerkstelligen via de rechter dienen er door hem in feite twee hobbels genomen te worden indien de verhuurder de huurovereenkomst heeft opgezegd op grond van art. 39 Fw. De curator zal moeten betogen dat de opzegging van de verhuurder geen effect sorteert, omdat er ofwel sprake is van misbruik van bevoegdheid, dan wel dat de opzegging of het vasthouden daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit zal niet al te snel aangenomen kunnen worden. Dit maakt dat een verhuurder die van de huurovereenkomst af wil er goed aan doet om deze spoedig na het faillissement op te zeggen. De curator die een doorstart wil realiseren doet er goed aan om de verhuurders in een zo vroeg mogelijk stadium zo volledig (gedocumenteerd) en concreet mogelijk te informeren over de eventuele overnamekandidaat. Als de rechter oordeelt dat de opzegging geen effect sorteert, dan moet de curator nog aantonen dat er is voldaan aan de voorwaarden die volgen uit art. 7:307 BW. Pas nadat de curator deze hobbels heeft genomen in de procedure, zal de rechter het verzoek van de curator tot machtiging tot indeplaatsstelling kunnen toewijzen.

68. HR 5 februari 1993, NJ 1993, 506 (*Dekamarkt / Honingh*).