

JOR 2017/245, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 14-03-2017, 200.166.772, (annotatie)

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
Datum uitspraak	14-03-2017
Publicatie	JOR 2017/245 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 9, 2017
Annotator	mr. F.B. Bosvelt
ECLI	ECLI:NL:GHARL:2017:2116
Zaaknummer	200.166.772
Overige publicaties	ECLI:NL:GHARL:2017:2116 INS-Updates.nl 2017-0178 AR 2017/2196
Rechtsgebied	Insolventierecht
Rubriek	Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters	mr. Van der Pol mr. Brand mr. Heemskerk
Partijen	1. Mr. X, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van A, 2. Y, appellanten, advocaat: mr. E.L. de Haan, tegen Z, geïntimeerde, advocaat: mr. S.V.M. Stevens.
Regelgeving	Fw - 39 BW Boek 6 - 162 BW Boek 7 - 307

Persoonlijke aansprakelijkheid curator, Curator heeft zonder toestemming verhuurder winkelruimte aan derde in gebruik gegeven na opzegging huurovereenkomst ex art. 39 Fw door verhuurder, Verwijzing naar HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (Prakke/Gips)

Samenvatting

Vaststaat dat geïntimeerde als verhuurder de huur ex art. 39 Fw heeft opgezegd, waardoor de huurovereenkomst met de failliet per 30 november 2013 eindigde en de bedrijfsruimte tegen die datum moest zijn ontruimd. Vaststaat voorts dat de curator bedrijf 2 heeft toegelaten tot de winkelbedrijfsruimte en dat bedrijf 2 vanaf 14 oktober 2013 van de winkelbedrijfsruimte gebruik heeft gemaakt. De curator is, door het pand zonder toestemming van de verhuurder in gebruik of onderhuur te geven aan een derde, tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst van partijen.

In het onderhavige geval is, anders dan in HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (Prakke/Gips), geen sprake van een situatie waarin de curator een ruime mate van vrijheid heeft in de wijze waarop hij zijn taak als beheerder en vereffenaar van de boedel uitvoert, maar is hij gebonden aan regels, in dit geval de rechten van geïntimeerde als verhuurder en eigenaar, die hij moet respecteren en nakomen. De curator is bevoegd om maatregelen te treffen om uitvoering te geven aan de verplichting om de winkelruimte te ontruimen. Hij is (ook al heeft de failliet het hurgenoet) niet bevoegd om zonder instemming van de verhuurder/eigenaar de winkelruimte tijdens de opzeggingsperiode in

gebruik te geven aan een derde, ook niet wanneer de ingebruikgeving is gedaan met het oog op een mogelijke doorstart. Ook in dat geval blijft de bevoegdheid om het huurgenot van de winkelruimte aan een derde te verschaffen, uitsluitend bij de verhuurder rusten. Van dit uitgangspunt is in de rechtspraak alleen afgeweken in gevallen waarin de curator de verhuurder verzocht om indeplaatsstelling van een bepaalde huurder met het oog op een doorstart van de failliete onderneming en sprake was van misbruik van bevoegdheid van de verhuurder of waarin de opzegging ex art. 39 Fw of het vasthouden daaraan door de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht. Dat in het onderhavige geval zich een dergelijke uitzonderingssituatie voordeed, is gesteld noch gebleken. De curator heeft voorts aan geïntimeerde geen enkele waarborg verstrekt voor de nakoming van de verplichtingen uit de (gedurende de opzeggingsperiode nog lopende) huurovereenkomst. Ook is onzorgvuldig dat de curator geïntimeerde in een vroeg stadium heeft bericht dat een doorstart in onderzoek was, maar hij, ondanks verzet van geïntimeerde tegen ingebruikgeving aan een derde en zijn herhaalde verzoeken om informatie over en contact met de potentiële nieuwe huurder, deze pas heeft verstrekt nadat hij de winkelruimte reeds aan bedrijf 2 ter beschikking had gesteld. Het handelen van de curator is onder de hiervoor genoemde omstandigheden dermate onzorgvuldig en - mede in het licht van de rechtspraak over huuropzegging en indeplaatsstelling - zo ongebruikelijk, dat de curator het onjuiste van zijn handelen moet hebben ingezien, althans redelijkerwijze behoorde in te zien, zodat hem een persoonlijk verwijt van zijn onzorgvuldig handelen kan worden gemaakt. De curator is dan ook persoonlijk aansprakelijk voor de door geïntimeerde als gevolg van dit handelen geleden schade.

1 Uitspraak

(...; red.)

2 2. De vaststaande feiten

2.1. Bij vonnis van 20 augustus 2013 van de rechtbank Zeeland-West Brabant is [bedrijf 1] (hierna: [bedrijf 1]) in staat van faillissement gesteld met aanstelling van [appellant 2] als curator.

2.2. [bedrijf 1] huurde van [geïntimeerde] sinds 1 oktober 2010 de winkelruimte aan de [adres] te [plaatsnaam] voor een huurprijs van € 52.500,00 per jaar, te vermeerderen met btw, teneinde daarin een schoenenhandel te exploiteren. [bedrijf 1] exploiteerde daar een schoenenwinkel onder de naam [bedrijfsnaam 1].

2.3. Bij e-mail van 21 augustus 2013 heeft [geïntimeerde] de huurovereenkomst op grond van artikel 39 van de Faillissementswet (hierna: Fw) opgezegd tegen 1 september 2013, waarmee de huurovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn van drie maanden eindigde per 30 november 2013.

2.4. De curator heeft [geïntimeerde] laten weten op zoek te zijn naar kandidaten voor een mogelijke doorstart van de onderneming van [bedrijf 1].

2.5. Bij e-mail van 3 oktober 2013 heeft [geïntimeerde] aan de curator geschreven:

“(...) Mijn zienswijze is dat de boedel niet meer rechten heeft dan [bedrijf 1]. had en nu het laatstgenoemde niet was toegestaan de gehuurde ruimte onder te verhuren of aan derden in gebruik af te staan, geldt zulks ook de boedel.

Graag wil ik met de door u genoemde persoon - nadat U van de r.c. toestemming voor de verkoop van het actief hebt gekregen - onderzoeken of ik met de koper van het actief tot een huurovereenkomst kan komen.

Zoals gezegd zal ik mij er tegen verzetten als de winkel gebruikt zal gaan worden voor het gedurende een korte termijn voeren van verkoopacties, waarbij ook andere schoenen dan de thans voorhanden voorraad zullen gaan worden verkocht. (...)”

2.6. Bij e-mail van 8 oktober 2013 heeft [geïntimeerde] onder meer aan de curator geschreven:

“(…) Van de door U genoemde persoon heb ik nog niets vernomen en ik wijs er nogmaals op dat een doorstart door de genoemde persoon in het gehuurde (en zonder mijn voorafgaande toestemming) gedurende de opzegperiode kwalificeert als verboden onderverhuur dan wel als verboden in gebruik geving, waartegen ik mij uitdrukkelijk verzet! (…)”

2.7. Met toestemming van de rechter-commissaris in het faillissement heeft de curator met [bedrijf 2] (hierna: [bedrijf 2]) een onderhandse koop/verkoopovereenkomst gesloten van activa van [bedrijf 1]. De koop/verkoop is vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst, ondertekend op 28 oktober resp. 3 november 2013, getiteld “overeenkomst voor de koop en verkoop van bepaalde materiele en immateriele activa”. [bedrijf 2] heeft ter zake van de winkel in [plaatsnaam] (er was ook een winkel in [plaatsnaam]) de winkelinventaris en -voorraad gekocht voor € 7.000,00 en de goodwill voor € 8.000,00.

2.8. De curator heeft [geïntimeerde] per e-mail van 18 oktober 2013 bericht dat de nog in de winkel aanwezige activa waren verkocht aan de [koper] (bestuurder van [bedrijf 2], toevoeging hof) en dat zij ervan uitging dat de koper en [geïntimeerde] in overleg zouden gaan omtrent het sluiten van een eventuele huurovereenkomst. [geïntimeerde] heeft op 21 oktober 2013 geantwoord dat hij met de koper in overleg zou treden en daarbij herhaald dat het gebruiksrecht van de winkel niet aan de koper verschaft mocht worden voordat een nieuwe huurovereenkomst was gesloten.

2.9. Op 23 oktober 2013 ontdekte [geïntimeerde] dat de koper de winkelbedrijfsruimte feitelijk reeds in gebruik had genomen. [geïntimeerde] heeft de curator diezelfde dag per e-mail gesommeerd onverwijld het onrechtmatig gebruik van de winkel te (doen) staken. De curator heeft hieraan geen gevolg gegeven. De curator heeft [bedrijf 2] toegestaan de winkelruimte tot 27 november 2013 te gebruiken.

2.10. [bedrijf 2] heeft aan de winkel grote borden aangebracht waarop stond vermeld “faillissementsverkoop” en van daaruit schoenen verkocht. Over de maanden oktober en november 2013 heeft [bedrijf 2] aan [geïntimeerde] geen vergoeding voor het gebruik van de winkelruimte betaald. Over de maanden december 2013 en januari 2014 heeft [bedrijf 2] op basis van een afspraak met [geïntimeerde] wel een vergoeding voor het gebruik betaald, zulks ten bedrage van € 3.250,00 per maand. Een verdere huurovereenkomst is tussen [bedrijf 2] en [geïntimeerde] niet tot stand gekomen.

2.11. Bij beschikking van 22 september 2014 is [appellant 1] benoemd tot opvolgend curator in het faillissement van [bedrijf 1] in de plaats van [appellant 2].

3 3. De motivering van de beslissing in hoger beroep

3.1. [geïntimeerde] heeft in eerste aanleg na vermindering van eis kort samengevat gevorderd voor recht te verklaren dat de curator in zijn hoedanigheid door het gehuurde zonder instemming van [geïntimeerde] aan [bedrijf 2] ter beschikking te stellen is tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst tussen [geïntimeerde] (als verhuurder) en [bedrijf 1] (als huurder), alsmede dat de curator ([appellant 2]) als gevolg daarvan [appellant 2] aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad voor de daaruit voortvloeiende schade, welke wordt begroot op € 6.500,00, vermeerderd met rente, met bepaling dat, indien daarvoor aanleiding bestaat, de schade zal worden begroot op de voet van artikel 6:104 BW en met veroordeling van de curator [appellant 1]. en [appellant 2] in de proceskosten.

3.2. De kantonrechter heeft bij vonnis van 16 januari 2015 de gevorderde verklaringen voor recht toegewezen en [appellant 2] ([appellant 2]) veroordeeld tot betaling aan

[geïntimeerde] van € 5.250,00 vermeerderd met de wettelijke rente en met veroordeling van de curator [appellant 1]. en [appellant 2] in de proceskosten. Daartoe heeft de kantonrechter onder meer overwogen dat de curator in strijd heeft gehandeld met het in de algemene bepalingen (artikel 12.1) behorend bij de huurovereenkomst neergelegde verbod tot onderhuur dan wel in gebruik geven van het gehuurde aan een derde. Daarnaast heeft de kantonrechter met toepassing van de norm uit het [naam]-arrest (HR 19 april 1996, NJ 1996/727 («JOR» 1996/48, m.nt. SCJJK (*Maclou*); *red.*)) in aanmerking genomen dat ervan uit kan worden gegaan dat de door de curator erkende boedelvordering van [geïntimeerde] voor de huurpenningen niet zal kunnen worden voldaan, dat de door de curator met [bedrijf 2] gesloten overeenkomst jegens [geïntimeerde] niet kwalificeert als een doorstartovereenkomst en dat de curator wist dat [geïntimeerde] zich verzette tegen het ter beschikking stellen van het gehuurde aan een derde zonder haar toestemming.

3.3. Appellanten hebben vijftien grieven gericht tegen voormeld vonnis. Met de eerste twee grieven komen zij op tegen een tweetal door de kantonrechter vastgestelde feiten. Het hof verwerpt deze grieven bij gebrek aan belang nu het hof zelf de feiten heeft vastgesteld en daarbij rekening heeft gehouden met de door appellanten opgeworpen bezwaren. De overige grieven (3 t/m 15) klagen naar de kern genomen over het oordeel van de kantonrechter dat de curator [appellant 1]. is tekortgeschoten in de nakoming van de voor hem uit de huurovereenkomst voortvloeiende verbintenissen jegens [geïntimeerde] door [bedrijf 2] in de gelegenheid te stellen schoenen vanuit het door de failliet gehuurde pand te verkopen en dat [appellant 2] daarvoor [appellant 2] aansprakelijk is.

3.4. Bij de beoordeling stelt het hof het volgende voorop. Uitgangspunt is dat een opzegging ex artikel 39 Fw geldt als een regelmatige beëindiging van de huurovereenkomst waardoor de huurovereenkomst eindigt en de verplichting ontstaat om de bedrijfsruimte uiterlijk tegen de einddatum te ontruimen. De huuropzegging ex artikel 39 Fw en de daaruit voortvloeiende verplichting tot ontruiming kunnen evenwel worden doorkruist indien de opzegging in strijd is met de redelijkheid en billijkheid dan wel als misbruik van recht kan worden gekwalificeerd. Volgens vaste rechtspraak is terughoudendheid bij de toepassing hiervan geboden. Uit de rechtspraak blijkt ook dat een dergelijke situatie zich kan voordoen als de curator mogelijkheden ziet voor een doorstart van de failliete onderneming en aan de verhuurder verzoekt of vordert om mee te werken aan een indeplaatsstellingsprocedure ex artikel 7:307 BW.

3.5. Vaststaat dat [geïntimeerde] als verhuurder de huur ex artikel 39 Fw heeft opgezegd, waardoor de huurovereenkomst met de failliet per 30 november 2013 eindigde en de bedrijfsruimte tegen die datum moest zijn ontruimd. Vaststaat voorts dat de curator, destijds in de persoon van [appellant 2], [bedrijf 2] heeft toegelaten tot de winkelbedrijfsruimte en dat [bedrijf 2] vanaf 14 oktober 2013 van de winkelbedrijfsruimte gebruik heeft gemaakt. Het betoog van de curator (memorie van grieven, onder 22-26) dat dit gebruik uitsluitend tot doel had om “een doorstart te faciliteren dan wel de Winkelruimte te ontruimen” en dat dat niet in strijd is met het volgens partijen in artikel 12.1 van de algemene bepalingen behorende bij de huurovereenkomst opgenomen verbod tot onderhuur dan wel ingebruikgeving aan een derde, verwerpt het hof. Vaststaat immers dat [bedrijf 2] in de opzeggingsperiode na betaling van een vergoeding aan de curator gedurende enkele weken de winkelruimte heeft gebruikt om schoenen te verkopen. Dat betekent dat [bedrijf 2] tegen betaling de ruimte feitelijk in gebruik heeft genomen en dat omvat meer dan het met het oog op de ontruimingsverplichting toestaan de winkel te betreden ter inventarisatie of verwijdering van de verkochte schoenenvoorraad. Het handelen van de curator kwalificeert dan ook als onderhuur of ingebruikgeving en is in

strijd met het tussen [geïntimeerde] als verhuurder en de failliet als huurder geldende verbod. Voor zover, naar de curator betoogt, met de onderhuur althans ingebruikgeving werd beoogd een doorstart te faciliteren, heeft hij daarbij uit het oog verloren dat in dat geval toestemming - al dan niet via de rechter - nodig was voor een indeplaatsstelling. Vaststaat dat de curator deze toestemming niet aan [geïntimeerde] heeft verzocht en ook niet heeft gekregen. De kantonrechter heeft derhalve met juistheid overwogen dat de curator [appellant 1]. door het pand zonder toestemming van de verhuurder in gebruik of onderhuur te geven aan een derde is tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst van partijen.

3.6. Onjuist is de stelling in grief 4 dat de door de kantonrechter toegewezen verklaring voor recht dat de curator ([appellant 1]., toevoeging hof) is tekortgeschoten jegens [geïntimeerde] door het gehuurde zonder zijn instemming aan [bedrijf 2] ter beschikking te stellen, kwalificeert als een vordering ex artikel 37a Fw en om die reden ter verificatie moet worden aangemeld. Anders dan de curator betoogt, strekt de verklaring voor recht niet tot het verkrijgen van schadevergoeding ter zake een tekortschieten van vóór de faillietverklaring, maar van ná de faillietverklaring. De verplichting voor de curator om de winkel te ontruimen en zijn handelen in strijd daarmee, vindt immers zijn grond in de ná de faillietverklaring (en als gevolg daarvan) gedane huuropzegging ex artikel 39 Fw door de verhuurder. Wanneer een curator in zo'n situatie handelt in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis, dan is de daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding een boedelschuld. De aan de curator verweten gedraging en daarop geënte schadevordering valt derhalve niet onder het bereik van artikel 37a Fw. Nu het vaststellen van het tekortschieten door de curator [appellant 1]. een belangrijke voorwaarde is voor de vraag of [appellant 2] onrechtmatig jegens [geïntimeerde] heeft gehandeld, is daarmee het belang bij deze verklaring voor recht voldoende gegeven.

3.7. Het hof verwerpt voorts het in de grieven 3 en 4 begrepen betoog dat van een tekortschieten geen sprake is, omdat [geïntimeerde] door het handelen van de curator geen schade heeft ondervonden. Vaststaat immers dat [bedrijf 2] een vergoeding aan de curator heeft betaald en dat wanneer [geïntimeerde] zou hebben ingestemd met indeplaatsstelling deze vergoeding (deels) aan hem ten goede zou zijn gekomen. Anders dan de curator lijkt te betogen zou in dat geval de preferente huurschuld (boedelschuld) van [geïntimeerde] op de failliet met het aldus verkregen bedrag zijn verminderd. De stelling dat [geïntimeerde] wanneer de curator de winkelruimte niet in gebruik had gegeven (ook) geen huurgelden had verkregen en zelfs minder voordeel had gehad, nu [geïntimeerde] na de opzegtermijn nog extra huurinkomsten heeft genoten als gevolg van een tussen haar en [bedrijf 2] gesloten contract, miskent in de eerste plaats dat de curator inbreuk heeft gemaakt op de exclusieve rechten van [geïntimeerde] als verhuurder en eigenaar en in de tweede plaats dat de curator door zijn handelen een voordeel heeft verkregen dat anders aan [geïntimeerde] zou zijn toegekomen. [bedrijf 2] is immers bereid gebleken om naast een prijs voor de schoenen ook voor het gebruik van de winkel een vergoeding te betalen. Hieraan doet niet af dat [geïntimeerde] nadat de opzegtermijn was verstreken van [bedrijf 2] voor dát gebruik wel een vergoeding heeft ontvangen.

3.8. De grieven 3 en 4 falen om de hiervoor genoemde redenen: de kantonrechter heeft op juiste gronden voor recht verklaard dat de curator [appellant 1]. is tekortgeschoten jegens [geïntimeerde].

3.9. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 16 december 2011 ([ECLI:NL:HR:2011:BU4204](#) («JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (*Prakke/Gips*))) overwogen dat de faillissementscurator wegens een onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening

van de boedel persoonlijk aansprakelijk kan zijn jegens degenen in wier belang hij de taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke) schuldeisers, en jegens derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van die taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde. Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. Bij de vraag of de curator bij de uitvoering van zijn taak deze vrijheid heeft overtreden moet de rechter beoordelen of, uitgaande van die vrijheid, een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn zou hebben kunnen komen. Bij deze toetsing past de rechter terughoudendheid. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer of die afwikkeling uiteenlopende, soms wat tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt.

3.10. Naar het oordeel van het hof is in het onderhavige geval, anders dan in het hiervoor genoemde arrest en het door de kantonrechter aangehaalde [naam]-arrest, geen sprake van een situatie waarin de curator een ruime mate van vrijheid heeft in de wijze waarop hij zijn taak als beheerder en vereffenaar van de boedel uitvoert, maar is hij gebonden aan regels, in dit geval de rechten van [geïntimeerde] als verhuurder en eigenaar, die hij moet respecteren en nakomen. Zoals hiervoor reeds overwogen is de curator bevoegd om maatregelen te treffen om uitvoering te geven aan de verplichting om de winkelruimte te ontruimen. Anders dan de curator betoogt, is hij (ook al heeft de failliet het huurgenot) niet bevoegd om zonder instemming van de verhuurder/eigenaar de winkelruimte tijdens de opzeggingsperiode in gebruik te geven aan een derde, ook niet wanneer - naar de curator stelt, maar [geïntimeerde] betwist - de ingebruikgeving is gedaan met het oog op een mogelijke doorstart. Ook in dat geval blijft de bevoegdheid om het huurgenot van de winkelruimte aan een derde te verschaffen uitsluitend bij de verhuurder rusten. Van dit uitgangspunt is in de rechtspraak alleen afgeweken in gevallen waarin de curator de verhuurder verzocht om indeplaatsstelling van een bepaalde huurder met het oog op een doorstart van de failliete onderneming en sprake was van misbruik van bevoegdheid van de verhuurder of waarin de opzegging ex artikel 39 Fw of het vasthouden daaraan door de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht. Dat in het onderhavige geval zich een dergelijke uitzonderingssituatie voordeed, is gesteld noch gebleken.

Bij de beoordeling van de vraag of de curator zich jegens [geïntimeerde] onzorgvuldig van zijn taak heeft gekweten, neemt het hof voorts in aanmerking dat de curator naast het feit dat hij de winkelruimte ten onrechte aan een derde ter beschikking heeft gesteld en ondanks dat de curator daartoe de mogelijkheid had, aan [geïntimeerde] geen enkele waarborg heeft verstrekt voor de nakoming van de verplichtingen uit de (gedurende de opzeggingsperiode nog lopende) huurovereenkomst. Ook acht het hof onzorgvuldig dat - blijkens de overgelegde correspondentie - de curator [geïntimeerde] in een vroeg stadium heeft bericht dat een doorstart in onderzoek was, maar hij, ondanks verzet van [geïntimeerde] tegen ingebruikgeving aan een derde en zijn herhaalde verzoeken om informatie over en contact met de potentiële nieuwe huurder, deze pas heeft verstrekt nadat hij de winkelruimte reeds aan [bedrijf 2] ter beschikking had gesteld. Naar het

oordeel van het hof klaagt [geïntimeerde] terecht dat hij daardoor is gehinderd in zijn besluitvorming en dat dit heeft geleid tot vertraging in het vinden van een nieuwe huurder.

3.11. Naar het oordeel van het hof is het handelen van de curator onder de hiervoor genoemde omstandigheden dermate onzorgvuldig en - mede in het licht van de rechtspraak over huuropzegging en indeplaatsstelling - zo ongebruikelijk, dat de curator het onjuiste van zijn handelen moet hebben ingezien, althans redelijkerwijze behoorde in te zien, zodat hem een persoonlijk verwijt van zijn onzorgvuldig handelen kan worden gemaakt. Het hof acht de curator in navolging van de kantonrechter dan ook persoonlijk aansprakelijk voor de door [geïntimeerde] als gevolg van dit handelen geleden schade. Die schade bestaat eruit dat de curator zonder daartoe gerechtigd te zijn de winkelruimte aan [bedrijf 2] ter beschikking heeft gesteld en daarbij een bate voor de boedel heeft bedongen die niet - hoewel dat wel voor de hand had gelegen - aan [geïntimeerde] ten goede is gekomen. Immers, als gevolg van de omvang van de (hoog) preferente boedelvorderingen (waaronder het salaris van de curator) is de boedelvordering van [geïntimeerde] onbetaald gebleven, terwijl door zijn optreden de curator [geïntimeerde] de mogelijkheid ontnomen om zelf een gebruiksvergoeding bij [bedrijf 2] te bedingen, in welk geval [geïntimeerde] wel betaald zou zijn voor de ingebruikgeving c.q. onderhuur van het pand gedurende de opzegtermijn.

3.12. Nu vaststaat dat [bedrijf 2] bereid was om een vergoeding te voldoen en deze ook aan de curator heeft betaald, is causaal verband aanwezig tussen de onrechtmatig geachte gedragingen van de curator en de schade van [geïntimeerde], bestaande uit het bedrag dat [geïntimeerde] is misgelopen aan gebruiksvergoeding door [bedrijf 2]. De stelling van de curator dat [geïntimeerde] niet heeft aangetoond dat hij tijdens en na de opzeggingsperiode een andere huurder zou hebben gevonden, is daarbij niet relevant. Het gaat er in het onderhavige geval nu juist om dat de curator - zonder daartoe gerechtigd te zijn - het pand van [geïntimeerde] aan een derde in gebruik dan wel onderhuur heeft gegeven (als gevolg waarvan wel de boedel, maar niet [geïntimeerde] is gebaat).

3.13. Het voorgaande voert tot de slotsom dat ook de overige grieven (5 t/m 15) falen. Nu tegen de hoogte van het door de kantonrechter vastgestelde schadebedrag niet afzonderlijk is gegriefd, kan ook dit onderdeel in stand blijven.

4 4. De slotsom

4.1. De grieven falen, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

4.2. Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof [appellant 1]. en [appellant 2] in de kosten van het hoger beroep veroordelen.

(...; red.)

5 5. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter te Nijmegen (rechtbank Gelderland) van 16 januari 2015;

veroordeelt [appellant 1]. en [appellant 2] in de kosten van het hoger beroep (...; red.); verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

wijst het meer of anders gevorderde af.

6 Noot

1. Het is te verklaren dat veel insolventierechtelijke jurisprudentie ontstaat uit geschillen in de verhouding tussen de verhuurder en curator. Gewone crediteuren hebben doorgaans financieel weinig te verwachten van een faillissement. Het UWV en de fiscus roeren zich in veel faillissementen niet. De verhuurder is doorgaans de enige die zich actief laat horen.

Twee belangen treden daarbij in de praktijk op de voorgrond. Ten eerste probeert de verhuurder een zo groot mogelijk deel van zijn vorderingen voldaan te krijgen. Ten tweede probeert de verhuurder invloed te hebben op wat er in zijn pand gebeurt. Dit laatste vormt ook de aanleiding tot deze casus.

2. Op 20 augustus 2013 ging de huurder van een winkelruimte failliet. De verhuurder zegde de huurovereenkomst op, waardoor deze in ieder geval eind november 2013 eindigde. De curator liet aan de verhuurder weten een doorstart te onderzoeken. De verhuurder reageerde dat hij bij een verkoop graag zou onderzoeken of een huurovereenkomst met een eventuele koper zou kunnen worden gesloten en gaf bovendien aan zich te verzetten tegen eventuele verkoop van andere schoenen dan de aanwezige schoenen uit het gehuurde. De curator verkocht de activa en liet op 18 oktober 2013 aan de verhuurder weten dat zij ervan uitging dat de koper en verhuurder contact zouden hebben over een nieuwe huurovereenkomst. De verhuurder liet weten dat de curator niet het gebruiksrecht van de winkel zou mogen verschaffen en kwam erachter dat de winkel al in gebruik was genomen door de koper van de activa. De koper had van de curator het gebruiksrecht tot 27 november 2013 gekregen. De verhuurder ontving voor de maanden oktober en november 2013 geen vergoeding van de koper en ook niet uit de boedel. In december 2013 en januari 2014 is de ruimte ook gebruikt door de koper, maar is daarvoor wel een vergoeding aan de verhuurder betaald. Uiteindelijk is echter geen huurovereenkomst tot stand gekomen tussen de koper van de activa en de verhuurder. De verhuurder betreft de curator *q.q.* en *pro se* in rechte. De kantonrechter wijst de gevraagde verklaring voor recht - dat de *curator in zijn hoedanigheid* tekort is geschoten in de nakoming van de huurovereenkomst - toe en veroordeelt de *curator pro se* om de schade te vergoeden.

3. Het hof stelt vast dat de *curator q.q.* de ruimte tegen betaling in gebruik heeft gegeven aan de koper, zodat sprake is van onderhuur of ingebruikgeving en strijd met de tussen de verhuurder en failliet geldende overeenkomst. De curator betoogt dat werd beoogd een doorstart te faciliteren, maar daarvoor was dan indeplaatsstelling ex art. 7:307 BW nodig geweest. De curator betreft nog de niet erg kansrijke stelling dat de schade wegens het handelen van de curator in strijd met de verplichtingen uit de huurovereenkomst op grond van art 37a Fw ter verificatie zou moeten worden ingediend. Terecht verwerpt het hof dit in r.o. 3.6. Het hof herhaalt daar - zonder overigens naar HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) te verwijzen - dat handelen “*in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis*” een boedelschuld oplevert. Bedacht moet worden dat de boedel niet aan de gehele huurovereenkomst is gebonden. Als de curator in zijn hoedanigheid gehouden is een onderhuurverbod te respecteren, dan levert strijd daarmee een boedelschuld op.

4. Het oordeel van het hof tegen de *curator q.q.* past in het verlengde van Vzng. Rb. Noord-Nederland 9 april 2013, «JOR» 2014/142. In die zaak verzette een verhuurder van de gefailleerde zich tegen een veiling vanuit het bedrijfspand. Daar oordeelde de voorzieningenrechter evenwel dat de curator, die op grond van art. 68 lid 1 Fw is belast met het beheer en de vereffening van de faillissementsboedel, in beginsel een grote mate van vrijheid heeft. Hij vervolgt: “*Daarbij past het binnen de aan de curator toekomende vrijheid van handelen dat hij toestaat dat de koper (Intal) de door haar van de curator aangekochte ‘boedeleigen’ goederen in het kader van de afwikkeling van het faillissement in de gehuurde bedrijfsruimte veilt. De curator heeft in dat kader ook onweersproken - en naar het oordeel van de voorzieningenrechter: terecht - gesteld dat er een boedelbelang gemoeid is met deze gang van zaken, nu Intal de bedrijfsruimte per ultimo 2013, het einde van de huurperiode, ontruimd en bezemschoon zal opleveren, waardoor er naar het*

oordeel van de voorzieningenrechter kosten voor de boedel worden bespaard én Intal de curator een vergoeding voor huur- en energiekosten tot ultimo april 2013 zal betalen.” Dit vonnis is goed te verenigen met het bovenstaande arrest. Uit deze uitspraken valt namelijk op te maken dat de curator niet zonder toestemming van de verhuurder het ongeclausuleerde gebruik van door de failliet gehuurde ruimten aan derden mag geven. Wel mag de curator een derde inschakelen om een veiling te organiseren of alle activa verkopen aan een derde die vervolgens een veiling uit het pand gaat organiseren. Mijns inziens moet de curator dan echter wel vastleggen dat slechts voor dat doel gebruik van de ruimte wordt gemaakt en dat geen “*boedelvremde*” zaken naar het gehuurde worden gebracht. In de zaak die leidde tot het aangehaalde vonnis van de Vzng. Rb. Noord-Nederland had de curator al toegezegd dat de “*boedelvremde*” goederen zouden worden verwijderd. Dat de curator een vergoeding ontvangt, is minder relevant. Dat is ook lood om oud ijzer. Als de curator niet separaat een vergoeding voor de ruimte zou mogen bedingen, dan zal dit immers worden inbegrepen in de prijs van de activa.

5. Vervolgens oordeelt het hof over aansprakelijkheid van de *curator pro se*. Een curator kan wegens onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel persoonlijk aansprakelijk zijn jegens derden, zoals een verhuurder. Het criterium dat van toepassing is, hangt af van de vraag of de curator bij de uitoefening van zijn taak gebonden is aan regels. Is geen sprake van dergelijke regels, dan komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze dat belang het beste kan worden gediend. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer en die afwikkeling uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen, tegen elkaar afweegt. Aansprakelijkheid van de *curator pro se* moet - als de curator die vrijheid toekomt - worden beoordeeld aan de hand van de Maclou-norm: een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, zie HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJJK (*Maclou*). Bij deze toetsing past terughoudendheid. Voor persoonlijke aansprakelijkheid is immers vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien, zie HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (*Prakke/Gips*). Als de curator wel is gebonden aan dergelijke regels, dan geldt deze hoge aansprakelijkheidsdrempel echter niet. Overtreding van een regel levert dan direct een normschending op. Tot aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW van de *curator pro se* hoeft dat echter niet altijd te leiden, omdat daarvoor ook aan de overige vereisten (schade, causaal verband, toerekenbaarheid en relativiteit) moet zijn voldaan.

6. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de *curator pro se* neemt het hof mijns inziens de verkeerde afslag. Het hof neemt immers aan dat de curator gebonden zou zijn geweest aan regels en daardoor geen beleidsvrijheid zou hebben gehad. Volgens het hof (r.o. 3.10) is de curator gebonden “*aan de rechten van de verhuurder als verhuurder en eigenaar, die hij moet respecteren en nakomen.*” Hier worden mijns inziens verplichtingen van de gefailleerde te gemakkelijk verheven tot verplichtingen van nota bene de *curator pro se*.

7. De wet biedt in art. 72 Fw een basis voor *aansprakelijkheid pro se*, namelijk indien de curator zonder de vereiste machtiging van de rechter-commissaris (of indien van toepassing

de schuldeiserscommissie) handelingen verricht, dan is de curator jegens de gefailleerde en de schuldeisers aansprakelijk. Omgekeerd geldt niet dat handelen met machtiging of van de rechter-commissaris steeds vrijwaart tegen persoonlijke aansprakelijkheid, zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, (diss. Tilburg), 1998, p. 371 e.v. Voor het overige is de vraag wanneer de curator gebonden is aan “*dergelijke regels*” relevant. De Hoge Raad heeft zich daarover in HR 27 november 1998, «JOR» 1999/72, m.nt. SCJJK (*Komdeur/Nederlandse Antillen*) uitgelaten. Uit dit arrest volgt dat in het geval de rechter-commissaris een bevel heeft gegeven er in beginsel geen sprake meer is van beleidsvrijheid. Ook in HR 5 februari 2016, «JOR» 2016/83, m.nt. SCJJK (*Rabobank/Verdonk q.q.*) werd in een overweging ten overvloede door de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat in HR 30 oktober 2009, «JOR» 2009/341, m.nt. Van Andel (*Hamm q.q./ABN Amro*) regels zijn gegeven voor de inning van stil verpande vordering en de curator in zoverre dus ook geen vrijheid toekomt. Naast regels die uit jurisprudentie voortvloeien, zijn er ook regels met een wettelijke basis. Verstijlen noemt in zijn noot bij HR 16 december 2011, NJ 2012/515 (*Prakke/Gips*) een aantal voorbeelden, zoals de verplichting kennis te geven van een beschikking van de rechter-commissaris aan de schuldeisers (art. 109 Fw), aankondiging doen van de deponering van de uitdelingslijst (art. 183 Fw), en betalen waarop een schuldeiser conform uitdelingslijst aanspraak heeft (art. 192 Fw). Mijns inziens past terughoudendheid alvorens wordt aangenomen dat overtreding van in de jurisprudentie ontwikkelde regels tot een onrechtmatige daad van de *curator pro se* leidt. Met Verstijlen ben ik het eens dat het wel waarschijnlijk is “*dat de beleidsruimte met het verstrijken van de tijd nader wordt ingekaderd, zoals dat in het bestuursrecht is geschied door de ontwikkeling van algemene beginselen van behoorlijk bestuur.*”, zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, (diss. Tilburg), p. 229. Wel past hierin mijns inziens terughoudendheid. Iets kan een wet van Meden en Perzen lijken, maar ook de Hoge Raad kan omgaan.

8. Als regels die de beleidsvrijheid wegnemen, beschouw ik die regels die als een soort verkeersregel bepalen wat van een curator in een faillissement verwacht mag worden over bijvoorbeeld het informeren van crediteuren en het betalen van hetgeen waarop partijen recht hebben. Het is bestendige praktijk dat curatoren bij verkoop van actief de sleutel van een gehuurde bedrijfsruimte aan een opkoper of potentiële doorstarter ter beschikking stellen en afspreken dat deze koper voor bezemschone oplevering moet zorgdragen, tenzij door de koper een nieuwe huurovereenkomst met de verhuurder wordt gesloten. Ik volg het hof niet in zijn opvatting dat het handelen van de curator “*zo ongebruikelijk*” was. Een curator heeft in een geval als dit daarom wat mij betreft wel degelijk beleidsvrijheid. Onder omstandigheden zal een curator misschien zekerheid moeten vragen en mijns inziens geldt dat de curator niet de sleutel zou mogen geven aan een partij waarvan hem op voorhand duidelijk is of had moeten zijn dat die partij malafide is. Kennelijk was in deze casus geen sprake van een malafide partij. Dat blijkt ook wel uit het feit dat na het einde van de opzegtermijn de verhuurder zelf nog twee maanden de winkelruimte aan de koper ter beschikking heeft gesteld tegen een vergoeding.

9. De advocaat van de verhuurder liet mij weten dat inmiddels cassatie is ingesteld. mr. F.B. Bosvelt, advocaat bij Wijn & Stael Advocaten NV