

**JOR 2015/122 Hoge Raad, 09-01-2015, 14/03426, ECLI:NL:HR:2015:42,
ECLI:NL:PHR:2014:2274**

**Tussentijdse beëindiging huurovereenkomst door verhuurder ex art. 39 Fw,
Art. 39 Fw ook van toepassing op huur van roerende zaken, Prejudiciële
beslissing**

Publicatie	JOR 2015 afl. 4
Publicatiedatum	13 april 2015
College	Hoge Raad
Uitspraakdatum	09 januari 2015
Rolnummer	14/03426 LJN ECLI:NL:HR:2015:42 ECLI:NL:PHR:2014:2274
Rechter(s)	mr. Numann mr. Van Buchem-Spapens mr. Snijders mr. De Groot mr. Tanja-van den Broek
Partijen	Doka Nederland BV te Oss, eiseres in eerste aanleg, niet verschenen in de prejudiciële procedure, tegen mr. M.D. Kalmijn te Leeuwarden, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Beton- en aannemersbedrijf Veenstra BV, gedaagde in eerste aanleg, advocaat: mr. J.H.M. van Swaaij.
Noot	mr. dr. T.T. van Zanten
Trefwoorden	Tussentijdse beëindiging huurovereenkomst door verhuurder ex art. 39 Fw, Art. 39 Fw ook van toepassing op huur van roerende zaken, Prejudiciële beslissing,
Regelgeving	Fw - 39 Rv - 392

» **Samenvatting**

Volgens art. 39 lid 1 Fw kan, indien de gefailleerde huurder is, zowel de curator als de verhuurder de huur tussentijds door opzegging doen eindigen, op een termijn van in beginsel ten hoogste drie maanden. Volgens de laatste volzin van art. 39 lid 1 Fw is de huurprijs vanaf de dag der faillietverklaring boedelschuld. De wetgever heeft met de regeling van het artikellid de curator de mogelijkheid willen geven om, in afwijking van het wettelijk uitgangspunt dat het faillissement geen wijziging brengt in de verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst, lopende huurovereenkomsten op korte termijn te beëindigen opdat de verschuldigde huur na het faillissement niet kan oplopen tot een hoog bedrag. Voor deze mogelijkheid heeft hij de verhuurder gecompenseerd door de huurprijs vanaf de dag der faillietverklaring tot boedelschuld te verklaren en door ook hem de bevoegdheid te geven tot tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst. De tekst van art. 39 lid 1 Fw spreekt van “huur”, zonder onderscheid te maken tussen huur van onroerende zaken en huur van roerende zaken. Dit wijst erop dat deze bepaling ook van toepassing is op de huur van roerende zaken. Dit volgt ook uit de hiervoor weergegeven ratio van de regeling van deze bepaling. Deze doet immers evenzeer opgeld bij de huur van roerende zaken. Er is onvoldoende grond om, in afwijking van tekst en ratio van art. 39 lid 1 Fw, in dit verband onderscheid te maken tussen de huur van onroerende zaken en die van roerende zaken.

» **Uitspraak**

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Van Peursema)

1. De prejudiciële vraag

1.1. De kantonrechter te Leeuwarden [noot:1] heeft bij tussenvonnis van 8 juli 2014 [noot:2] – en het daartoe geuite voornemen bij tussenvonnis van 13 mei 2014 [noot:3] – aan de Hoge Raad de volgende prejudiciële vraag gesteld:

“In artikel 39 Fw, laatste volzin, is bepaald dat van de dag der faillietverklaring af de huurprijs boedelschuld is. Geldt deze bepaling ook ten aanzien van de huur van roerende zaken (als de onderhavige)?”

2. Feiten en procesverloop

2.1. Tussen Beton- en Aannemersbedrijf Veenstra (hierna te noemen: Veenstra) als huurder en Doka als verhuurder is omstreeks medio juli 2012 een huurovereenkomst gesloten, die ertoe strekt dat Veenstra bekistingsmaterialen van Doka zal huren ten behoeve van de bouw van 28 appartementen op een project te Lunteren. Bij de bekistingsmaterialen gaat het om zogeheten “stempels”, die geplaatst worden tussen de vloer (de fundering) en de daarboven gelegen etage en die pas verwijderd kunnen worden zodra het beton hard genoeg is. Op de huurovereenkomst zijn de branchevoorwaarden van de Vereniging van Steiger-, Hoogwerk-, en Betonbekistingsbedrijven VSB, alsmede de aanvullende Doka voorwaarden van toepassing verklaard.

2.2. Doka heeft krachtens deze huurovereenkomst bekistingsmaterialen aan Veenstra ter beschikking gesteld, in verband waarmee zij facturen aan Veenstra heeft toegezonden.

2.3. Veenstra is op 22 januari 2013 door de rechtbank in staat van faillissement verklaard, waarbij mr. Kalmijn tot curator is benoemd. Ten tijde van het faillissement was er nog een factuurbedrag van in totaal € 29.007,40 onbetaald.

2.4. De rechter-commissaris in het faillissement van Veenstra heeft op verzoek van de curator bij beschikking van 29 januari 2013 een afkoelingsperiode van 6 weken gelast, derhalve tot en met 11 maart 2013.

2.5. Bij e-mail van 29 januari 2013 heeft de curator aan de advocaat van Doka laten weten dat de vordering van Doka voortvloeiende uit de ter beschikking gestelde bekistingsmaterialen ter verificatie in het faillissement van Veenstra kan worden ingediend en dat de bekistingsmaterialen die waren geplaatst en nog niet konden worden verwijderd door Doka kunnen worden opgehaald, zo gauw dat technisch gezien mogelijk is.

2.6. De curator heeft na het faillissement van Veenstra de huurovereenkomst met Doka niet opgezegd. Doka is vervolgens bekistingsmaterialen aan Veenstra ter beschikking blijven stellen in de daaropvolgende maanden februari, maart en april 2013.

2.7. Doka heeft na het faillissement van Veenstra de volgende huurfacturen aan Veenstra toegezonden:

– factuur 290149426 d.d. 31 januari 2013 ten bedrage van € 11.748,02

(periode 01-01-2013 t/m 31-01-2013)

– factuur 290149722 d.d. 28 februari 2013 ten bedrage van € 11.575,91

(periode 01-02-2013 t/m 28-02-2013)

– factuur 290150091 d.d. 31 maart 2013 ten bedrage van € 9.061,46

(periode 01-03-2013 t/m 31-03-2013)

– factuur 290150447 d.d. 30 april 2013 ten bedrage van € 3.134,66

(periode 01-04-2013 t/m 30-04-2013).

Deze facturen zijn onbetaald gebleven.

2.8. De curator heeft Doka bij e-mail van 28 februari 2013 laten weten:

“Zoals toegezegd zou ik u berichten zodra de onderstempeling verwijderd kan worden.

Op de bijgevoegde tekening treft u aan welke onderstempeling op welk moment verwijderd kan worden. De roze gearceerde onderstempeling kan door u verwijderd en opgehaald worden in week 11, de blauw gearceerde onderstempeling kan in week 14 verwijderd en opgehaald worden. (...)”

2.9. In reactie daarop heeft Doka de curator bij e-mail van 1 maart 2013 laten weten:

“Doka Nederland B.V. is een verhuurbedrijf. Voor ons is het ongebruikelijk onderstempeling te verwijderen. Om deze reden heb ik onze voorwaarden even nagekeken.

Transportafspraken dienen in overleg met onze logistieke afdeling gemaakt te worden. Het laden en lossen op de bouwplaats dient door de aannemer uitgevoerd te worden, waarbij de maximale laad/lostijd 1,5 uur is. Voor meeruren wordt € 47,50 per uur extra doorberekend.

Vanzelfsprekend komen wij onze materialen graag ophalen, maar wel in overeenstemming onze voorwaarden. Graag verneem ik van u wanneer de materialen klaar staan, zodat [noot:4] samen het laadmoment kunnen afstemmen.”

2.10. Bij e-mail van gelijke datum heeft de curator aan Doka bericht:

“Als er geen sprake zou zijn van een faillissement zou u inderdaad uit kunnen gaan van de overeenkomst en uw algemene voorwaarden.

Thans is er echter wel sprake van een faillissementssituatie waarbij het aan mij als curator is uw eigendommen ter beschikking te stellen, daartoe heb ik de bereidheid aangegeven als curator.

Ik laat het aan u over of u uw eigendommen in de aangegeven weken komt ophalen.

Graag verneem ik of u van de geboden gelegenheid gebruik gaat maken.”

2.11. Veenstra – in de persoon van de heer Jan Veenstra – heeft Doka bij e-mail van 18 maart 2013 bericht:

“Anderhalve week geleden hadden we contact omtrent verwijderen van stempels te Lunteren. Zoals eerder aangegeven kan een deel van de stempels verwijderd worden. Tot op heden hebben wij nog geen reactie mogen ontvangen omtrent in te plannen werkzaamheden.

Om u nog iets tegemoet te komen wil ik 1 man van ons beschikbaar stellen om de stempels te verwijderen. U dient dan 4 man beschikbaar te stellen voor het aanpakken, uitsjouwen en opstapelen van de materialen. De werkzaamheden willen we graag woensdag en donderdag aanstaande uitvoeren. Graag ontvang ik uw antwoord zsm, doch uiterlijk dinsdag 19 maart 15.00 uur.

Indien het regelen van de juiste mensen voor u een probleem is kunnen wij dat ook voor u regelen.

Het tarief van deze werknemers bedraagt € 40,- excl. btw per uur.”

2.12. De onderneming van Veenstra heeft na het faillissement een doorstart gemaakt onder dezelfde naam, Beton- en Aannemersbedrijf Veenstra B.V.

2.13. De curator heeft bij brief van 22 maart 2013 aan de advocaat van Doka te kennen gegeven dat de gehuurde bekistingsmaterialen verwijderd en opgehaald moeten worden, zulks om schade – in de zin van vertraging in de bouw – te voorkomen. In deze brief is Doka tevens aansprakelijk gesteld door de curator voor eventuele gevolgschade, waarbij is medegedeeld dat de met verwijdering van de bekistingsmaterialen samenhangende kosten op Doka zullen worden verhaald, als zij niet zelf tot verwijdering overgaat.

2.14. De curator heeft uiteindelijk aan een derde opdracht verstrekt om de van Doka gehuurde bekistingsmaterialen te demonteren en af te voeren naar het bedrijf van Veenstra.

2.15. Bij faxbericht van 12 april 2013 heeft de advocaat van Doka de huurovereenkomst met Veenstra per 22 april 2013 opgezegd. Hierna heeft Doka door haar verhuurde bekistingsmaterialen op de door de curator aangegeven locatie opgehaald.

2.16. Bij inleidende dagvaarding van 10 augustus 2013 heeft Doka de curator gedagvaard. Doka heeft na wijziging van eis [noot:5] en voor zover van belang uitvoerbaar bij voorraad gevorderd (zakelijk weergegeven) dat:

a. voor recht wordt verklaard dat de huurvorderingen of schadevorderingen van Doka jegens de curator van in hoofdsom € 27.573,33, vermeerderd met rente als preferente boedelvorderingen, dan wel als boedelvorderingen in de zin van art. 39 Fw moeten worden aangemerkt; [noot:6]

b. de curator wordt veroordeeld tot betaling van € 27.573,33, vermeerderd met rente;

c. de curator wordt veroordeeld tot betaling van € 2.429,40, dan wel een in goede justitie te bepalen bedrag, aan buitengerechtigde incassokosten en/of administratiekosten, vermeerderd met rente;

d. kosten rechtens, te vermeerderen met rente.

2.17. Daartoe voert Doka aan dat de curator weigert haar vorderingen als (preferente) boedelvordering aan te merken en tot uitkering ervan over te gaan. Volgens Doka's primaire positie heeft de curator na Veenstra's faillissement de huurovereenkomst overgenomen. De verhuurde bekistingsmaterialen waren op het moment van de faillietverklaring van Veenstra in gebruik op het bouwproject en konden toen (nog) niet verwijderd worden in verband met mogelijke beschadiging van het beton. Doka heeft er aldus op mogen vertrouwen dat de huurovereenkomst door de curator werd voortgezet. Zodoende is ook de curator aan de huurovereenkomst met Doka en de bijbehorende voorwaarden gebonden geworden, al dan niet op grond van schuldovername en/of contractovername en/of de redelijkheid en billijkheid. De curator dient volgens Doka dan ook de openstaande huurtermijnen vanaf datum faillissement aan Veenstra te voldoen. Deze huurtermijnen zijn als preferente boedelvorderingen aan te merken, nu zij zijn ontstaan na de overname van de huurovereenkomst door de curator. Subsidiair is deze huurvordering volgens Doka een boedelvordering op grond van art. 39 lid 1 Fw, dat volgens Doka ook van toepassing is op roerende zaken zoals bekistingsmaterialen. Meer subsidiair stelt Doka dat de curator vanaf datum faillissement met betrekking tot de huurvorderingen niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend curator mocht worden verwacht, door de huurvorderingen niet als preferente boedelvorderingen aan te merken, de huurovereenkomst niet op te zeggen en zonder betalingen te doen te profiteren van de aanwezige – van Doka gehuurde – bekistingsmaterialen en Doka te laten opdraaien voor de kosten van verwijdering van de bekistingsmaterialen van het bouwproject. Dat levert volgens Doka onrechtmatig handelen op en aansprakelijkheid van de curator voor de daardoor veroorzaakte schade in de vorm van onbetaald gebleven huur, die de curator aan Doka moet voldoen. [noot:7]

2.18. De curator heeft gemotiveerd verweer gevoerd en onder meer betwist dat de huurvordering van Doka kan worden aangemerkt als een (preferente) boedelschuld. Onder verwijzing naar HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2012:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. Verstijlen (Koot Beheer/mr. Tideman q.q.) heeft de curator gesteld dat van een boedelschuld eerst sprake kan zijn indien een schuldeiser een onmiddellijke aanspraak op de boedel heeft, op grond van de wet (art. 39 of 40 Fw) óf omdat de schuld door de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan, óf omdat de schuld het gevolg is van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding en die geen boedelschuld opleveren op genoemde gronden, dienen ter verificatie te worden aangemeld, ook als ze pas ná het faillissement ontstaan, aldus de curator. [noot:8]

2.19. Na re- en dupliek in conventie (en in reconventie), [noot:9] heeft de kantonrechter bij tussenvonnis van 13 mei 2014 ten aanzien van de achterstallige huurpenningen onder meer dit overwogen. De subsidiaire grondslag van Doka houdt in dat de huurschuld ter zake de bekistingsmaterialen vanaf de dag van de faillietverklaring een boedelschuld in de zin van in art. 39 Fw is (rov. 6.3). Art. 39 Fw ziet zonder meer op de huur van onroerende zaken. De litigieuze bekistingsmaterialen zijn evenwel roerend. Over de vraag of de huurprijs van de roerende zaken vanaf datum faillissement boedelschuld is, bestaat volgens de kantonrechter geen eenstemmigheid (rov. 6.3.1). Naar aanleiding hiervan heeft de kantonrechter zijn voornemen geuit om daarover een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen, daarbij Doka en de curator in de gelegenheid stellend zich bij akte over dat voornemen en de precieze vraag uit te laten. De verdere beslissing ten aanzien van de huurpenningen heeft de kantonrechter aangehouden (rov. 6.3.5). De beslissing over de primaire grondslag heeft de kantonrechter

aangehouden, omdat als de huurtermijnen voor de bekistingsmaterialen vanaf de faillissementsdatum moeten worden aangemerkt als boedelschuld volgens art. 39 Fw, dit uitsluit dat er sprake is van een concurrente vordering volgens art. 37 Fw (rov. 6.4). De meer subsidiaire grondslag heeft de kantonrechter meteen afgewezen (rov. 6.5). [noot:10]

2.20. Na aktewisseling heeft de kantonrechter bij tussenvonnis van 8 juli 2014 genoemde prejudiciële vraag aan Uw Raad voorgelegd.

2.21. Op 9 juli 2014 zijn afschriften van de genoemde tussenvonnissen ingekomen bij de griffie van de Hoge Raad.

2.22. Op 16 juli 2014 is door mij als standpunt ingenomen dat niet kan worden gezegd dat de aan de Hoge Raad voorgelegde vraag zich niet voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing leent, noch dat de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen. Door Uw Raad is dienovereenkomstig geoordeeld (art. 393 lid 1 Rv).

2.23. Doka en de curator zijn vervolgens door Uw Raad in de gelegenheid gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken (art. 393 lid 1 Rv). De curator heeft van die gelegenheid gebruik gemaakt, [noot:11] daarop is niet gereageerd door Doka, alhoewel zij wel in de gelegenheid is gesteld te reageren op de schriftelijke opmerkingen zijdens de curator. Derden zijn door Uw Raad niet in de gelegenheid gesteld schriftelijke opmerkingen te maken (art. 393 lid 2 Rv).

3. Bespreking van de prejudiciële vraag

3.1. In het stelsel van de Faillissementswet heeft faillietverklaring op zichzelf geen gevolgen voor bestaande wederkerige overeenkomsten. De rechten en plichten van de schuldenaar en zijn wederpartij worden door het faillissement van de huurder nog niet gewijzigd. [noot:12] Volgens de hoofdregel van art. 37 lid 1 Fw geldt dat wanneer een wederkerige overeenkomst op het moment van faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij nog niet (geheel) 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, de curator het recht verliest zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen. De curator heeft zodoende de mogelijkheid om te kiezen of op de schuldenaar drukkende verbintenissen uit overeenkomst zijdens de failliet zullen worden nagekomen. Als de curator voor niet-nakoming opteert, dan resteert de wederpartij steeds een ter verificatie in te dienen concurrente vordering. [noot:13] Uitzonderingen op die hoofdregel vormen: art. 38a Fw (huurkoopovereenkomsten), art. 39 Fw (huurovereenkomsten) en art. 40 Fw (arbeidsovereenkomsten). [noot:14]

3.2. Volgens art. 39 lid 1 Fw kan zowel de curator van de gefailleerde huurder als de verhuurder de huur tussentijds opzeggen tegen een tijdstip dat naar plaatselijk gebruik gangbaar is. Daarbij moet de overeengekomen of gebruikelijke termijn in acht genomen worden, met dien verstande dat een termijn van drie maanden in elk geval voldoende is. Zijn er huurpenningen vooruitbetaald, dan kan de huur niet eerder opgezegd worden dan tegen de dag waarop de termijn eindigt waarvoor vooruitbetaling is gedaan. Vanaf datum faillissement is de huurprijs boedelschuld. De regeling berust op een afweging van enerzijds het belang van de boedel tot voorkoming van het oplopen van boedelschulden voor niet langer gewenste huurverhoudingen en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs. [noot:15] De evenknie van art 39 Fw in het geval van surséance van betaling is art. 238 Fw.

3.3. De vraag is of deze regeling alleen het oog heeft op huur van onroerende zaken, of ook op huur van roerende zaken. Ik richt mijn blik eerst op de totstandkomingsgeschiedenis, daarna komen rechtspraak en literatuur aan bod.

Parlementaire geschiedenis art. 39 Fw

3.4. De parlementaire geschiedenis van art. 39 Fw, ingevoerd in 1893, kan denk ik alleen goed “geproefd” worden tegen de achtergrond van het destijds geldende huurrecht, dat niet te vergelijken is met het hedendaagse. Huur en verhuur was geregeld in de zevende titel van het vierde boek van het Burgerlijk Wetboek (oud). Deze bevatte een 1e afdeling “algemeene bepalingen” en in de 2e, 3e en 4e afdeling werd de huur inhoudelijk behandeld uitsluitend voor huizen, huisraad en landerijen (pacht). Art. 1583 BW (oud) verdeelde huurovereenkomsten onder in twee categorieën: huur van goederen en huur van “diensten, werk en nijverheid”. [noot:16] Onder huur van goederen werd volgens art. 1584 lid 1 BW (oud) verstaan een

overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt om de andere het genot van de zaak te doen hebben gedurende een bepaalde tijd en tegen een bepaalde prijs, die de laatstgenoemde aanneemt te betalen. Verder bepaalde art. 1584 lid 2 BW (oud) dat men allerlei soort zaken kon verhuren, onroerende en roerende, [noot:17] en zo voeg ik daaraan toe: lichamelijke en onlichamelijke. [noot:18]

Een uitwerking van het onderscheid naar huur van roerende en onroerende zaken is in de wet van toen niet te vinden. Aangenomen werd destijds dat de bepalingen uit de 2e afdeling ("Van de regelen welke gemeen zijn aan verhuringen van huizen en van landen") zo veel mogelijk hadden te gelden voor alle typen huur; volgens Asser-Limburg uit 1905 behandelt de wet:

"alleen de huur van huizen en huisraad en de huur van landerijen (het pachtcontract). Toch zegt zij zelf in art. 1584, dat men 'allerlei soort van goederen, hetzij onroerende, hetzij roerende kan verhuren.' Men zal dus zooveel dat mogelijk is, de bepalingen, die in de tweede afdeeling staan geschreven als gemeen aan verhuring van huizen en van landerijen, toepasselijk moeten verklaren op alle gevallen van huur van zaken."

en verder:

"(...) het huurcontract (...) [is inderdaad] een in het maatschappelijk leven zeer veel voorkomende overeenkomst. Allerlei roerende zaken worden verhuurd; paarden, rijtuigen, stoelen en tafels, glaswerk, piano's, meubelen. Maar ook muurvlakte om te adverteren (...), ook de telefoontoestellen voor de abonné's." [noot:19]

Van Galen [noot:20] voegt daar nog aan toe:

"Wat roerende goederen betreft zijn er dus eigenlijk alleen maar bepalingen over huisraad. Zo diende bij huur van een gestoffeerde woning de huur van de huisraad te eindigen tegelijk met de huur van de woning zelf. Naar ik vermoed hadden huurovereenkomsten met een substantiële looptijd aan het einde van de 19e eeuw vooral betrekking op onroerende goederen en huisraad. Daarnaast werden natuurlijk ook andere roerende goederen verhuurd (rijtuigen, feestkleding), maar daarbij zal het veelal zijn gegaan om huurovereenkomsten van korte duur. Voor het laatste type huurovereenkomsten is de opzeggingstermijn van art. 39 Fw niet relevant en zal ook de schade voor de verhuurder bij vroegtijdige beëindiging doorgaans beperkt zijn geweest. Bij de eind 19e-eeuwse samenleving stel ik mij in ieder geval geen grootschalige praktijk van langdurige huurovereenkomsten met betrekking tot bedrijfsmiddelen voor."

3.5. Tegen de achtergrond van dit wettelijk kader met een uiterst beknopte regeling voor huur, die nauwelijks iets regelt over huur van roerende zaken, lezen wij in de MvT uit 1890 bij art. 39 Fw:

"Zoo omtrent eenig onderwerp wettelijke voorziening noodig is gebleken, dan is het wel omtrent de rechten van den verhuurder in het faillissement van den huurder. Niettegenstaande in de vroegere stedelijke wetgevingen tal van voorbeelden eener meer of minder goed geslaagde regeling dezer quaestie zijn te vinden (...), heeft de wetgever van 1838 haar geheel met stilzwijgen voorbijgegaan. (...) De voorgestelde bepaling tracht hieraan een einde te maken." [noot:21]

Iets verderop staat in de MvT dat deze regeling twee doelen nastreeft:

"In de eerste plaats wordt de boedel niet meer belast met het aanhouden van de huur van localiteiten, waaraan de curator geen behoefte heeft. Daarom mag het ook alleszins billijk heeten, dat de huurpenningen van den dag der faillietverklaring af integraal uit den boedel voldaan moeten worden. De niet-opzegging door den curator toont aan, dat deze de huur vooralsnog ten behoeve van den boedel wenscht aan te houden. In de tweede plaats kan de verhuurder tijds naar een anderen huurder omzien en verkrijgt hij zekerheid, dat de curator hem, zolang de overeenkomst met den boedel voortloopt, den huurprijs zal voldoen. Deze zekerheid zal hem tevens weerhouden om lichtvaardig van zijn recht tot opzegging gebruik te maken, en in 't algemeen eene minnelijke schikking tusschen partijen omtrent het eindigen of continueeren der huur in de hand werken"

[noot:22]De ratio voor art. 39 Fw was zodoende de introductie van een uniforme regeling die zowel de curator moest faciliteren met een overzichtelijk beëindigingsrecht voor niet langer noodzakelijke huur die op de boedel drukte, als de verhuurder door huurschulden als boedelschuld aan te merken vanaf datum faillissement, zodat de verhuurder niet te lichtvaardig

zou opzeggen en een minnelijke regeling over beëindiging of voortzetting zou worden bevorderd. Er wordt alleen als voorbeeld gegeven de “huur van localiteiten, waaraan de curator geen behoefte (meer) heeft”, huur van een onroerende zaak dus.

Uit de volgende passage [noot:23] lijkt te volgen dat ook de wetgever niet alléén het oog had op huur van onroerende zaken, omdat daarin van “levering” van een zaak wordt gesproken, wat mij ongebruikelijk taalgebruik lijkt bij huur van onroerend goed:

“Eindelijk werd gevraagd, of, in geval de gehuurde zaak nog niet geleverd is, art. 37 dan wel art. 39 van toepassing is.”

Daarop antwoordt de regering kort als volgt:

“Ook in geval de gehuurde zaak nog niet is geleverd, is art. 39 Fw, als *lex specialis*, toepasselijk.” [noot:24]

Uit het verslag van de Eerste Kamer volgt daarna dat verscheidene leden zich niet konden verenigen met genoemd artikel en in dat verband spreken zij louter over onroerende zaken: “een hofstede met land”, [noot:25] “de bij de verpachting van landelijke eigendommen betrokken belangen” [noot:26] en “hoeve of huis”. [noot:27] Daarentegen wijst de zinsnede “(...) had men ook de verhuurder, althans bij landelijke eigendommen, zijn quasi-pandrecht (...) vollediger moeten waarborgen dan thans het geval schijnt” misschien weer op een ruimer toepassingsbereik, want kennelijk wordt er ook gedacht aan andere huurvoorwerpen dan “landelijke eigendommen” in dit verband – maar ik realiseer mij dat deze analyse trekken vertoont van een *a contrario*-redenering en dat is meestal niet pluis. De regering hanteert in haar antwoord onder meer de (weer op onroerend wijzende) termen “faillissement des pachters”, “failliet-pachter”, “hofstede met land”, “de verhuurder” bij een failliete “pachter” die “de vrije beschikking over zijn land” terugkrijgt, verder gaat de regering bij antwoord in op de zoëven aangehaalde passage dat het betreffende bezwaar beperkt is tot “althans bij landelijke eigendommen”, met de reactie dat die rechten en belangen niet “heiliger en hooger zijn dan naar het schijnt bij huur van huizen wordt verondersteld”. [noot:28]

Bij de beraadslaging in de Eerste Kamer achtte Eerste Kamerlid Vlieland Hein art. 39 de onrechtvaardigheid zelve: [noot:29]

“Dat artikel zal, wanneer het wet wordt, dit rechtsgevolg hebben, dat wanneer iemand een huis of eene hoeve met land heeft verhuurd aan een pachter of huurder, en wanneer de verhuurder, omdat die pachter of huurder een persoon is van niet groote financiële kracht, een paar solide borgen genomen had, om onder alle omstandigheden zeker van zijn geld te zijn, dan zal, zeg ik, dat artikel het rechtsgevolg hebben, dat bij faillissement, juist dus bij het uitbreken van het financieel onvermogen, waartegen de borgen genomen zijn, de curator het geheele contract zal kunnen opzeggen, met het gevolg dat de huurder en die borgen vrij zullen zijn. Want met opzegging van het contract is de geheele zaak uit.”

Ook hij gaat dus uit van onroerende zaken. Even verderop zegt hij nog dit: [noot:30]

“Men heeft in het ontwerp de bepaling alleen geschreven voor huur en verhuur van huizen.”

En weer wat later dit (hetgeen weer zou kunnen wijzen op inbegrip van roerende zaken (inboedel, levende have), maar dat is nog onduidelijker dan bij vorenbedoelde *a contrario*-achtige gevolgtrekking): [noot:31]

“(...) [De curator] gaat naar het gehuurde huis of de gehuurde hofstede, legt er de hand op alles en verkoopt den inboedel van het huis en de levende have en alles wat van den failliet op de hofstede is.”

Als de minister van Justitie antwoord geeft op de kritiek van Vlieland Hein, lijkt wel weer duidelijk dat althans op dat moment alleen het vizier gericht was op huur van onroerende zaken: [noot:32]

“Eindelijk het moeilijke onderwerp, waarbij getracht is eene voorziening te maken voor het geval de gefailleerde huurder is van huis of grond. Zoowel voor den curator als voor den verhuurder bestaat volgens dit onderwerp de bevoegdheid, om met inachtneming van den overeengekomen of gebruikelijken termijn, de huur op te zeggen tegen zoodanig tijdstip, als waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen.”

Ook komt de regering in haar antwoord nog terug op het in het Voorlopig Verslag aangehaalde

“voorbeeld der landhoeve met eene huur die nog 12 jaren te loopen heeft.”

3.6. Een eenduidig antwoord op de vraag of de regeling van art. 39 Fw nu ziet op huur van zowel onroerende als roerende goederen valt volgens mij uit deze korte studie van de totstandkomingsgeschiedenis niet te halen. Er zijn mogelijk drie, althans twee, maar in ieder geval is er één, min of meer vage aanwijzing(en) dat ook aan verhuur van roerende zaken is gedacht. Dat is een magere oogst tegenover duidelijker aanwijzingen dat men oog had op huur van onroerende zaken.

3.7. Mij spreekt de evaluatie van Van Galen hiervan wel aan, die onder verwijzing naar bepalingen van BW (oud) omtrent de huurovereenkomst (waarin afzonderlijke regeling van huur van onroerende en roerende zaken als gezegd ontbreekt) meent dat:

“(…) het dus geen wonder [is] dat de minister bij de bespreking van art. 39 Fw vooral dacht aan de huur van ‘localiteiten’. Daaruit mag echter niet geconcludeerd worden dat beoogd werd huur van roerende goederen uit te sluiten. Huur van roerende zaken bestond toen ook, maar nam een minder prominente plaats in. Denkbaar is zelfs dat de minister bij het aanhouden van localiteiten mede het oog heeft gehad op de huur van de woninginboedel in het geval van een gestoffeerde woning. Het zou onlogisch zijn indien de curator wel de huur van de woning zelf kon opzeggen, maar niet de huur van de inboedel.” [noot:33]

Rechtspraak

3.8. In de zaak HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005, 406, m.nt. PvS, JOR 2005, 222, m.nt. Van Andel, TvI 2005, 36, p. 159, m.nt. Groenewegen en Loesberg (BaByXL/Amstel) ging het om de vraag of de tussen de rechtsvoorgangster van BaByXL en de rechtsvoorgangster van Amstel gesloten huur-/operational leaseovereenkomst van computerapparatuur Amstel als wederpartij recht gaf op ontbinding en schadevergoeding volgens art. 13 van de overeenkomst tussen partijen in geval van surséance van betaling van BaByXL. De rechtbank oordeelde dat art. 238 Fw weliswaar de huurder de mogelijkheid biedt tot opzegging, maar de verhuurder niet verbiedt de overeenkomst te beëindigen door opzegging of ontbinding, zodat dit artikel niet van toepassing was in die zaak. Amstel mocht ook tijdens surséance uitgaan van de contractuele afspraken, inclusief art. 13 van de huurovereenkomst. Art. 39 Fw was volgens de rechtbank niet van toepassing, omdat op het moment van beëindiging van de overeenkomst van faillissement geen sprake was. [noot:34] P-G Hartkamp heeft zich in zijn conclusie vóór genoemde uitspraak ten overvloede uitgelaten of artt. 238 en 39 Fw ook zien op roerende zaken (ja volgens hem, waarbij hij aangeeft dat de controverse al lang bestaat):

“10. Subonderdeel 2.4 betoogt dat indien de rechtbank heeft geoordeeld dat art. 238 Fw toepassing mist omdat het artikel slechts op onroerende zaken ziet, de rechtbank miskend heeft dat het artikel (evenals art. 39 Fw) ook op huur van roerende zaken van toepassing is.

Deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, nu de rechtbank haar oordeel niet op de veronderstelde grond heeft gebaseerd.

Ten overvloede merk ik op dat ik de genoemde artikelen wel van toepassing acht op de huur van roerende zaken. De tekst van de artikelen wijst onmiskenbaar in die richting. Weliswaar is bij de parlementaire behandeling alleen over de huur van onroerende zaken gesproken, maar dat kan gevoeglijk worden verklaard met het grotere economische belang daarvan, zeker in die tijd. [noot:35] In elk geval moet het wetshistorische argument het dunkt mij afleggen tegenover de duidelijke tekst van de wet. Evenzo Veegens/Oppenheimer, Het faillissement en de surséance van betaling, 1917, p. 83; L.G. van Dam, De surséance van betaling en het akkoord buiten faillissement, 1935, p. 99; H.F.A. Völlmar, De Faillissementswet, 1939, p. 100; Molengraaff-Star Busmann, De Faillissementswet, 1951, p. 220; H.F.A. Völlmar, Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht, 1961, p. 701; E.W.J.H. de Liagre Böhl, Sanering en faillissement, Vademecum Ondernemingsrecht, 1991, p. 98; R.A. Dozy en Y.A.M. Jacobs, Hoofdstukken huurrecht, 1999, p. 148; Polak-Wessels I 2000, nr. 2515. Anders evenwel: M. Polak, Handboek voor het Nederlandsche handels- en faillissementsrecht, 1935, p. 575; M. Polak en N.J. Polak, Faillissement en surséance van betaling, 1972, p. 141; J.J. van Hees, Leasing (diss. KUN), 1997, p. 171-172; Wissink 2002, Tekst en Commentaar Faillissementswet, art. 39, aant. 1. (nota p. 11/12).”

Uw Raad heeft vervolgens over deze klacht inderdaad overwogen dat deze feitelijke grondslag mist:

“3.5. Onderdeel 2.4 kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. De rechtbank heeft haar beslissing, anders dan het onderdeel veronderstelt, niet gegrond op de opvatting dat art. 238 Fw toepassing mist omdat het slechts op onroerende zaken zou zien.”

3.9. Daarmee is volgens mij niet geoordeeld dat art. 238 en haar evenknie art. 39 Fw niet van toepassing zijn op huur van roerende zaken – daar wijst ook P-G Hartkamp op in zijn hiervoor geciteerde deel uit de conclusie voor BaByXL/Amstel. Bij lezing van de volgende overwegingen uit het arrest wordt mij duidelijk, dat Uw Raad er in dit arrest (in een casus met als voorwerp leasing van roerende zaken) impliciet van uit is gegaan dat artt. 39 en 238 Fw ook zien op roerende zaken:

“3.3. Onderdeel A keert zich hiertegen met het betoog in onderdeel 2.2 dat art. 238 Fw beëindiging van de huurovereenkomst door de verhuurder gedurende surséance niet toestaat. De surséance van betaling heeft immers tot doel de zaken van de schuldenaar gaande te houden, met welk doel niet verenigbaar is dat de verhuurder de huurovereenkomst tussentijds kan beëindigen. Volgens onderdeel 2.3 heeft de rechtbank miskend dat art. 238 Fw (evenals art. 39 Fw) dwingend recht bevat, zodat daarvan niet contractueel kan worden afgeweken. Een andersluidende opvatting zou ertoe leiden dat aan de door de Faillissementswet gecreëerde bescherming van de belangen van de schuldenaar en diens crediteuren op onaanvaardbare wijze afbreuk zou worden gedaan, aldus het onderdeel.

3.4.1. Deze onderdelen falen. Art. 238 Fw strekt ertoe dat in geval van surséance van betaling, indien het belang van de boedel zulks eist, de huurder met medewerking van de bewindvoerder de huur op korte termijn kan beëindigen, waartegenover in het belang van de verhuurder is bepaald dat de huurprijs van de aanvang der surséance af boedelschuld is. De tekst en de strekking van de bepaling verzetten zich niet ertegen dat in de huurovereenkomst een bepaling als de onderhavige wordt opgenomen die, in aanvulling op de wettelijke regeling, ook aan de verhuurder de mogelijkheid biedt in geval van surséance de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen. De omstandigheid dat art. 238 Fw van dwingend recht is, verzet zich daartegen evenmin, omdat zulks slechts betekent dat de in art. 238 Fw opgenomen mogelijkheid tot beëindiging door de huurder niet bij overeenkomst kan worden uitgesloten. Het artikel biedt de huurder in het belang van de boedel de mogelijkheid tot tussentijdse beëindiging van de huur, maar houdt niet een verbod tot (eerdere) beëindiging van de huur door de verhuurder in. In aanmerking genomen dat in het algemeen faillissement en surséance op zichzelf niet van invloed zijn op de bestaande wederkerige overeenkomsten van de schuldenaar, moet daarom worden aanvaard dat art. 238 Fw niet in zoverre een exclusieve werking heeft dat deze bepaling de bedongen bevoegdheid tot buitengerechtelijke ontbinding aan de verhuurder ontnemt.

3.4.2. Het voorgaande wordt niet anders doordat surséance van betaling tot doel heeft de zaken van de schuldenaar gaande te houden, en dat de wetgever juist daarom bij surséance van betaling de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging slechts aan de huurder en niet, zoals bij faillissement, aan zowel de huurder als de verhuurder heeft geboden. In de eerste plaats geldt dat de wetgever in dit doel van de surséance geen reden heeft gezien een beroep op een bepaling als de onderhavige onmogelijk te maken, zoals inmiddels met betrekking tot energieleveringscontracten is geschied in art. 237b Fw. In de tweede plaats kunnen, zij het slechts tijdelijk, de voor de boedel nadelige gevolgen van een vroegtijdige beëindiging van de huur ten dele worden ondervangen door de in art. 241a Fw voorziene afkoelingsperiode, waardoor opeising van de verhuurde zaken kan worden verhinderd. Ten slotte kan in voorkomend geval een beroep op een beding als het onderhavige worden tegengegaan met een beroep op art. 6:248 lid 2 BW, met name in gevallen waarin ervan kan worden uitgegaan dat de doorbetaling van de huur gedurende de surséance is verzekerd. In deze zaak hebben curatoren op dit artikel een beroep gedaan, maar tegen de verwerping daarvan door de rechtbank (in rov. 3.7) wordt in cassatie niet opgekomen.

3.4.3. Bij het voorgaande kan nog het volgende worden aangetekend. Voorafgaand aan een surséance van de huurder kan de verhuurder, ook zonder dat de huurovereenkomst een daartoe strekkende bepaling bevat, in geval van tekortschieten van de huurder de huur buitengerechtelijk ontbinden, in voorkomend geval met toepassing van art. 6:80 BW zelfs reeds indien vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn. Een dergelijke ontbindingsbevoegdheid kan ook in de huurovereenkomst worden neergelegd. Wanneer aldus wegens (dreigend) tekortschieten de huur voorafgaand aan de surséance wordt ontbonden, zal

dit na het uitspreken van de surséance niet ongedaan kunnen worden gemaakt. Wanneer eenmaal een surséance is uitgesproken en de doorbetaling van de (ingevolge art. 238 F. als boedelschuld te beschouwen) huur niet is verzekerd, zal grond bestaan voor de omzetting van de surséance in een faillissement, hetgeen tot gevolg heeft dat de verhuurder dan ingevolge art. 39 F. bevoegd is de huur tussentijds te doen eindigen. Ook tegen deze achtergrond kan een beding als het onderhavige, dat ook veelvuldig voorkomt in andere voor de voortzetting van de bedrijfsactiviteiten noodzakelijke overeenkomsten, bijvoorbeeld betreffende de financiering van de onderneming, niet in het algemeen als een ontoelaatbare inbreuk op het wettelijk stelsel inzake de surséance van betaling worden beschouwd.”

Deze uitvoerige beschouwingen over de toepasselijkheid van artt. 39 en 238 Fw – obiter ook nog eens – in samenhang met het ontbindingsartikel in de leaseovereenkomst van computerapparatuur, is volgens mij moeilijk te plaatsen, indien roerende zaken niet onder de artt. 238 en 39 Fw zouden vallen. Daar kan tegen worden ingebracht dat dit niet het eigenlijke geschilpunt was in dit arrest. Dat was de vraag of deze wettelijke bepalingen een contractuele beëindigingsregeling voor de wederpartij van de sursiet of failliet toelieten of niet. Denkbaar is dat het obiter vanwege het belang daarvan voor de praktijk aan dat aspect een uitwerking heeft gegeven, zonder daarbij iets te willen zeggen over de in onze zaak aan de orde zijnde vraag of ook huurschulden bij roerende zaken boedelschuld zijn, net als bij onroerende zaken. Mij komt zo'n uitvoerig obiter echter vreemd voor, als rechtens zou gelden dat de laatste zin van art. 39 lid 1 Fw geen gelding zou hebben voor huur van onroerende zaken.

3.10. De lagere rechtspraak is over deze kwestie verdeeld. [noot:36] De Amsterdamse kantonrechter [noot:37] achtte art. 39 Fw honderd jaar geleden al van toepassing op alle huurovereenkomsten. Zo ook de kortgedingrechter van de Haagse rechtbank in een grijs verleden. [noot:38] Hof Amsterdam zag dat in 2005 anders, zij het voorafgaand aan het BaByXL/Amstel arrest, dus voor wat dat waard is: “Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat voor het standpunt van de curator dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, geen steun is te vinden in de wet en zijn geschiedenis”. [noot:39] Ook het Bossche hof heeft in 2008 uitgemaakt dat “(h)et beroep dat de curator doet op artikel 39 Faillissementswet faalt, en wel omdat die bepaling alleen betrekking heeft op onroerende zaken”. [noot:40] Uitvoerig gemotiveerd kan men deze uitspraken op dit punt niet noemen; er wordt geen motivering voor uitgewerkt.

Literatuur

3.11. Van Andel betoogt in zijn noot onder BaByXL/Amstel [noot:41] dat toepassing van art. 39 Fw op huur van roerende zaken naar zijn mening onwenselijk is. Dat de tekst van het artikel onmiskenbaar in de richting van toepasselijkheid op de huur van roerende zaken wijst en dat onder die omstandigheid aan het wetshistorische argument dat bij de parlementaire behandeling alleen over de huur van onroerende zaken is gesproken, geen doorslaggevende betekenis behoort toe te komen, moet volgens Van Andel P-G Hartkamp worden nagegeven. De wens tot beperking van het toepassingsgebied van art. 39 Fw dient in zijn ogen echter zwaarder te wegen, omdat uit dat arrest voortvloeit dat de rechtspositie van de verhuurder nog verder versterkt wordt dan op basis van het artikel zelf al het geval was. Al eerder stelde Van Hees dat art. 39 Fw uitsluitend ziet op huur van onroerende zaken. [noot:42] Ook Polak vindt dat, omdat er alleen in dat geval – en niet bij huur van roerende goederen – sprake is van plaatselijke gebruiken betreffende het eindigen van de overeenkomst en betreffende de termijn van opzegging. In zijn opvatting is bij faillietverklaring van de huurder van roerende goederen art. 37 Fw van toepassing, de hoofdregel dus. [noot:43] Van Galen ziet nog een argument in de andere aard van de objecten of een eventuele andere functie van de huurovereenkomsten dan de functie van huurovereenkomsten met betrekking tot bijvoorbeeld bedrijfspanden in 1890. Zo acht hij het bijvoorbeeld denkbaar dat een minimumhuurperiode overeengekomen wordt indien de gehuurde objecten in het begin sterk in waarde dalen (auto's, kopieerapparaten etc.). Vroegtijdige beëindiging van de huurovereenkomst zou er dan toe kunnen leiden dat de som van de ontvangen huren minder is dan de waardedaling. In dat geval zou het volgens Van Galen onbillijk kunnen zijn de aanspraken van de verhuurder te beperken tot drie maanden huur en zou men kunnen menen dat art. 39 Fw zich niet voor toepassing leent als de wetgever destijds dergelijke gevallen niet voorzien heeft. [noot:44]

3.12. Van Sint Truiden en Wissink achten na BaByXL/Amstel de stelling dat art. 39 Fw slechts ziet op de huur van onroerende zaken niet meer valide. [noot:45] Groenewegen en Loesberg menen dat nu Uw Raad zich in het BaByXL/Amstel arrest beroept op een mogelijke opzegging tijdens faillissement op grond van art. 39 Fw, zou kunnen worden aangenomen dat Uw Raad

meent dat art. 39 Fw ook ziet op roerende zaken. Hoewel aannemelijk, achten zij dit niet zeker. [noot:46] Ook Van Zanten en Verstijlen menen dat art. 39 Fw ook van toepassing is op de huur van roerende zaken. [noot:47] Pannevis betoogt dat, gelet op de doelstelling van de wetgever om de vereffening van de boedel mogelijk te maken en schade voor de boedel te voorkomen door de curator het recht te geven om langlopende huurcontracten op korte termijn op te zeggen, zeer wel verdedigbaar is dat het artikel ook van toepassing is bij de huur van roerende zaken. Dat geldt volgens hem temeer indien het huur betreft van duurzame bedrijfsmiddelen, zoals machines, wagenpark, vliegtuigen en dergelijke. [noot:48] Genoemde auteurs zijn daarin voorgegaan door Molengraaff/Star Busmann die schrijven dat er geen reden is art. 39 Fw te beperken tot onroerend goed, hoewel zij uit de aard hierop wel voornamelijk zal worden toegepast. [noot:49] Völlmar schrijft dat dubieus is of art. 39 Fw ook van toepassing is op huur van roerende goederen. De wetgever heeft volgens hem ongetwijfeld bij het opstellen van de bepaling alleen gedacht aan onroerende goederen maar de tekst is algemeen en er bestaat geen bijzondere reden om roerende goederen aan haar werking te onttrekken. [noot:50] Zie in gelijke zin o.a. nog De Liagre Böhl. [noot:51] Wessels betoogt dat de tekst van art. 39 Fw rept over “huurder”, zonder enige beperking (waar ook P-G Hartkamp aan refereert in zijn genoemde conclusie voor het BaByXL/Amstel-arrest). Een (vermeend) gemis van een plaatselijk gebruik omtrent een termijn, in art. 39 Fw als voorwaarde geformuleerd, kan bezwaarlijk worden aangevoerd om huur van roerende zaken niet onder de werking ervan te laten. Plaatselijke gebruiken zijn volgens Wessels overigens wel te achterhalen bij de huur van carnavalsuitrusting of kerstverlichting, een noodaggregaat of varend en rollend materieel. [noot:52]

3.13. De literatuur is dus verdeeld tussen een minderheid die vindt dat art. 39 Fw alleen op onroerende zaken ziet en een meerderheid die een ruime opvatting huldigt. Laatstgenoemde auteurs achten een beroep op de wetsgeschiedenis hier niet beslissend. Van Galen [noot:53] vat de belangrijkste argumenten voor toepassing van de enge leer als volgt samen:

“De voornaamste argumenten voor de enge leer zijn (i) dat men bij het aannemen van de bepaling alleen aan onroerend goed gedacht zou hebben, (ii) dat opzegging dient te geschieden tegen een tijdstip waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen en (iii) dat art. 39 Fw een uitzonderingsbepaling behelst die beperkt dient te worden uitgelegd.”

3.14. Ik vind deze tegenargumenten niet opwegen als gekeken wordt naar de bedoeling van de wetgever: boedelveffening mogelijk maken met voorkoming van schade voor de boedel door de curator de bevoegdheid te geven langlopende huurcontracten op korte termijn te beëindigen. Toegegeven kan worden dat de antieke wetsgeschiedenis uitgaat van “localiteiten”, “huis”, “hofstede” en “grond”, dus onroerende zaken, maar dat leidt volgens mij niet dwingend tot de gedachte dat alleen huur van onroerende zaken bedoeld moet zijn als men bedenkt dat er ten tijde van het ontstaan van deze bepaling onder oud BW in die wet ook voornamelijk aandacht bestond voor huur van onroerende zaken en eigenlijk nauwelijks voor huur van roerende zaken. Dan is begrijpelijk dat bij dat wettelijk kader van toen is aangehaakt. Zeker omdat aannemelijk is dat langlopende huurverbintenissen toen voornamelijk voor onroerende zaken werden aangegaan en de ratio van art. 39 Fw was die verbintenissen op korte termijn te kunnen beëindigen. Tegenwoordig komt huur van roerende zaken die worden ingezet als duurzame bedrijfsmiddelen veel voor (de onderhavige zaak waarin de prejudiciële vraag is gesteld is daar een voorbeeld van) en daarvoor geldt deze ratio van art. 39 Fw even goed. Ik zie daarbij, als aangegeven, in de geciteerde beschouwingen uit het BaByXL/Amstel-arrest een duidelijke aanwijzing dat Uw Raad op het spoor van P-G Hartkamp daar net zo over dacht en daarin eigenlijk al nauwelijks impliciet ervan is uitgegaan dat art. 39 Fw ook betrekking heeft op roerende zaken. Unierechtelijk zou dit kwalificeren als een “acte clair”.

3.15. Ten overvloede nog dit. Dat in art. 39 Fw tekstueel geen onderscheid wordt gemaakt tussen roerende en onroerende zaken wordt door sommige voorstanders van een ruime opvatting ook als argument gehanteerd. Ik vind dat niet zo veel zeggend. Wat ik sterker vind, is dat het onevenwichtig voorkomt dat de curator wel de huur van de onroerende zaak zou mogen opzeggen, maar niet de huur van de inboedel in geval van een gestoffeerde woning (waarbij het geheel ook nog wel eens met de “localiteit” uit de parlementaire geschiedenis zou kunnen zijn bedoeld, aldus Van Galen). [noot:54] Tegenwoordig kunnen dat bijvoorbeeld (niet nagetrokken) bedrijfsmiddelen van groot economisch belang zijn. Het wetssystematische argument van Van Galen, dat art. 39 en 40 Fw op dezelfde wijze zijn gemodelleerd en het daarom voor de hand ligt aan te nemen dat men alle huurovereenkomsten vermeld in art. 1583 BW (oud) onder die twee artikelen heeft willen brengen, [noot:55] is ook niet makkelijk te pareren, al denk ik dat art. 40 Fw (dat ziet op arbeidsovereenkomsten) als het ware betrekking

heeft op een “andere rechtsorde” naar tegenwoordige opvattingen. Waar Van Galen wel een punt heeft, is de kwestie van verhuurde roerende zaken met een minimumhuurperiode, die in het begin van de huurperiode sterk in waarde dalen (auto’s, kopieerapparaten) en waar het onbillijk zou zijn zo vroeg te kunnen beëindigen, dat de ontvangen huur minder is dan de waardedaling. Ik acht dit geen principieel argument tegen van toepassingverklaring van art. 39 Fw op huur van roerende zaken, omdat in een situatie als door Van Galen geschetst uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan worden afgeleid dat moet worden genuanceerd, onder omstandigheden. Ik acht dat beter in het systeem van de wet passen, dan voor dergelijke categorieën art. 39 Fw niet toepasselijk te achten. De redelijkheids- en billijkheidsnorm moet daar het gewenste maatwerk opleveren.

3.16. De visie van de curator dat voor roerende zaken in het kader van huurkoop een apart artikel in de Faillissementswet is opgenomen, te weten art. 38a Fw, waaruit z.i. kan worden afgeleid dat art. 37 Fw alleen van toepassing is op huur van onroerende zaken, [noot:56] volg ik niet. Huurkoop is koop en verkoop op afbetaling, waarbij partijen overeenkomen dat de verkochte zaak niet door enkele overdracht in eigendom aan de koper overgaat, maar eerst door vervulling van de opschortende voorwaarde van algehele betaling van wat door de koper uit hoofde van de koopovereenkomst verschuldigd is (art. 7A:1576h lid 1 BW). Overeenkomsten die betrekking hebben op onroerende zaken, op bepaalde schepen die kunnen worden ingeschreven in openbare registers of teboekstaande luchtvaartuigen vallen daar niet onder (art. 7A:1576 lid 4 BW). Art. 37 Fw gaf in de ogen van de wetgever bij huurkoop geen bruikbare oplossing. [noot:57] In die situatie zag de wetgever aanleiding om aansluiting te zoeken bij de regeling in art. 39 Fw door aan de curator en de verkoper een recht van ontbinding toe te kennen. [noot:58] Dat laat dus onverlet dat huur van roerende zaken – iets anders dan huurkoop – onder art. 39 Fw zou kunnen en m.i. ook zou moeten vallen.

3.17. Ik kom tot de slotsom dat art. 39 Fw ook betrekking heeft op huur van roerende zaken. Daarbij teken ik nog aan dat art. 39 Fw niet terugkeert in het voorontwerp Insolventierecht. Huurovereenkomsten vallen in het stelsel van het voorontwerp onder de algemene regeling voor over en weer nog niet geheel nagekomen overeenkomsten. [noot:59] Dat is een situatie waarin evenmin onderscheid wordt gemaakt tussen onroerende en roerende zaken. Het is goed ons te realiseren dat de regering inmiddels in antwoord op vragen uit de Tweede Kamer over dat voorontwerp heeft laten weten dat, alles afwegende, geen aanleiding wordt gezien voor een fundamentele herziening van de faillissementswetgeving op basis van dat voorontwerp. [noot:60] Dit alles maakt mijn conclusie niet anders.

3.18. Het antwoord op de door de kantonrechter gestelde prejudiciële vraag moet mijns inziens dan ook luiden dat de laatste volzin van art. 39 lid 1 Fw ook ziet ook op roerende zaken. Eventueel zou daarbij nog genuanceerd kunnen worden (dat suggereert de kantonrechter met zijn tussen haakjes geplaatste zinsnede “(als de onderhavige)”), dat het moet gaan om huurovereenkomsten die niet van korte duur zijn, maar ik acht dat niet wenselijk vanwege daarmee geïntroduceerde afbakeningsproblemen (wat is lang en wat is kort?) In de casus van de onderhavige zaak was sprake van zo’n duurverhouding met betrekking tot de verhuurde stempels. In de praktijk zal bij huur van zaken voor korte duur ook geen behoefte bestaan aan (nog) korte(re) opzeggingsmogelijkheden, zodat een dergelijk onderscheid ook zo bezien onnodig complicerend voorkomt.

4. Conclusie

Ik concludeer dat de prejudiciële vraag moet worden beantwoord in de hiervoor in 3.18 aangegeven zin: de laatste volzin van art. 39 lid 1 Fw geldt ook voor (huur van) roerende zaken.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beantwoording van de prejudiciële vraag

3.1. Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten.

(i) Tussen Beton- en Aannemersbedrijf Veenstra (hierna te noemen: Veenstra) en Doka is in 2012 een huurovereenkomst gesloten op grond waarvan Veenstra bekistingsmaterialen van Doka huurde ten behoeve van een bouwproject. Doka heeft de bekistingsmaterialen aan Veenstra ter beschikking gesteld en facturen aan Veenstra toegezonden voor de verhuur daarvan.

(ii) Veenstra is op 22 januari 2013 door de rechtbank in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curator in die hoedanigheid. Ten tijde van het uitspreken van het faillissement waren niet alle facturen van Doka betaald.

(iii) De curator heeft na het faillissement de huurovereenkomst met Doka niet opgezegd. Bij e-mail van 29 januari 2013 heeft hij de advocaat van Doka laten weten dat de vordering van Doka voortvloeiende uit de ter beschikking gestelde bekistingsmaterialen ter verificatie in het faillissement van Veenstra kon worden ingediend en dat de bekistingsmaterialen die waren geplaatst en nog niet konden worden verwijderd, door Doka konden worden opgehaald, zo gauw dat technisch gezien mogelijk was.

(iv) Doka is de bekistingsmaterialen ter beschikking blijven stellen in de (daaropvolgende) maanden februari, maart en april 2013 en heeft daarvoor facturen gestuurd aan Veenstra.

(v) De curator heeft bij brief van 22 maart 2013 aan de advocaat van Doka te kennen gegeven dat de gehuurde bekistingsmaterialen verwijderd en opgehaald moesten worden, zulks om schade – in de zin van vertraging in de bouw – te voorkomen. Uiteindelijk heeft de curator aan een derde opdracht gegeven om de van Doka gehuurde bekistingsmaterialen te demonteren en af te voeren naar het bedrijf van Veenstra.

(vi) Bij faxbericht van 12 april 2013 heeft de advocaat van Doka de huurovereenkomst met Veenstra per 22 april 2013 opgezegd. Hierna heeft Doka de door haar aan Veenstra verhuurde bekistingsmaterialen op de door de curator aangegeven locatie opgehaald.

3.2. Doka vordert in dit geding, voor zover voor de gestelde prejudiciële vraag van belang, een verklaring voor recht dat de huurvorderingen van Doka van in hoofdsom € 27.573,33 als boedelvorderingen in de zin van art. 39 Fw moeten worden aangemerkt. Daartoe heeft Doka aangevoerd dat art. 39 Fw (ook) van toepassing is op roerende zaken zoals bekistingsmaterialen.

3.3. Na partijen over het voornemen daartoe te hebben geraadpleegd, heeft de kantonrechter op de voet van art. 392 Rv de hiervoor in 2 vermelde prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voorgelegd. De Hoge Raad overweegt terzake als volgt.

3.4.1. Volgens art. 39 lid 1 Fw kan, indien de gefailleerde huurder is, zowel de curator als de verhuurder de huur tussentijds door opzegging doen eindigen, op een termijn van in beginsel ten hoogste drie maanden. Volgens de laatste volzin van art. 39 lid 1 Fw is de huurprijs vanaf de dag der faillietverklaring boedelschuld.

De wetgever heeft met de regeling van het artikellid de curator de mogelijkheid willen geven om, in afwijking van het wettelijk uitgangspunt dat het faillissement geen wijziging brengt in de verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst (Van der Feltz I, p. 409), lopende huurovereenkomsten op korte termijn te beëindigen, opdat de verschuldigde huur na het faillissement niet kan oplopen tot een hoog bedrag.

Voor deze mogelijkheid heeft hij de verhuurder gecompenseerd door de huurprijs vanaf de dag der faillietverklaring tot boedelschuld te verklaren en door ook hem de bevoegdheid te geven tot tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst. (Van der Feltz I, p. 419-420)

3.4.2. De tekst van art. 39 lid 1 Fw spreekt van “huur”, zonder onderscheid te maken tussen huur van onroerende zaken en huur van roerende zaken. Dit wijst erop dat deze bepaling ook van toepassing is op de huur van roerende zaken. Dit volgt ook uit de hiervoor in 3.4.1 weergegeven ratio van de regeling van deze bepaling. Deze doet immers evenzeer opgeld bij de huur van roerende zaken. Er is onvoldoende grond om, in afwijking van tekst en ratio van art. 39 lid 1 Fw, in dit verband onderscheid te maken tussen de huur van onroerende zaken en die van roerende zaken. De vraag moet dus bevestigend worden beantwoord.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vraag als volgt:

art. 39 lid 1 Fw geldt ook voor de huur van roerende zaken;

(...; *red.*).

» Noot

1. In het afgelopen decennium is de Hoge Raad diverse malen geroepen om een oordeel te geven over de toepassing van art. 39 Fw, welke bepaling een bijzondere regeling geeft voor het faillissement van een huurder. In de onderhavige zaak was het de kantonrechter te Leeuwarden die vroeg om een prejudiciële beslissing over een oude strijdvraag: geldt art. 39 Fw ook indien sprake is van huur van *roerende* zaken?

2. Sommige schrijvers hebben zich op het standpunt gesteld dat art. 39 Fw louter betrekking heeft op *onroerende* zaken. Zie voor vindplaatsen de conclusie van A-G Van Peurse, onder 3.11 e.v. Hun voornaamste argumenten zijn dat (i) uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de wetgever bij de invoering van de bepaling alleen aan de huur van huizen en landerijen heeft gedacht en (ii) een opzegging op grond van art. 39 lid 1 Fw dient te geschieden tegen een tijdstip waarop dergelijke overeenkomsten “naar plaatselijk gebruik eindigen” en dergelijke plaatselijke gebruiken zich alleen bij huur van onroerende zaken laten denken.

3. De Hoge Raad beantwoordt de gestelde vraag evenwel – in overeenstemming met de meerderheidsopvatting in de literatuur (zie wederom de conclusie van A-G Van Peurse, onder 3.11 e.v.) – bevestigend. Hij beroept zich daarbij op de tekst van de wet – die slechts rept van “huur”, zonder onderscheid te maken tussen huur van roerende en onroerende zaken – en op de ratio van art. 39 Fw, die volgens de Hoge Raad evenzeer bij de huur van roerende zaken opgaat. De Hoge Raad verwijst hierbij naar de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat de wetgever met de regeling van art. 39 Fw de curator de mogelijkheid heeft willen bieden om lopende huurovereenkomsten op korte termijn te beëindigen teneinde te voorkomen dat de verschuldigde huur na het faillissement te hoog oploopt en de verhuurder daarvoor heeft gecompenseerd door de huurprijs vanaf datum faillissement tot boedelschuld te verklaren en door ook hem de bevoegdheid tot tussentijdse beëindiging te geven. Zie *Van der Feltz I*, p. 419-420. Deze argumentatie kan de beslissing van de Hoge Raad mijns inziens dragen. Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de wetgever met de introductie van een bijzondere regeling voor het faillissement van de huurder destijds beoogde een einde te maken aan “vrijwel onoplosbare moeilijkheden” die zich onder vigeur van het Wetboek van Koophandel bij de bepaling van de positie van de verhuurder in het faillissement van de huurder kennelijk voordeden. Zie *Van der Feltz I*, p. 419. Het ging daarbij in het bijzonder om de vraag welke rechten de verhuurder in het faillissement van de huurder kon doen gelden indien hij niet overging tot ontbinding, maar de huur in stand liet. Die vraag speelt bij zowel bij de huur van onroerende zaken, als bij de huur van roerende zaken. Zie T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, ‘Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder’, *TvI* 2011/17, par. 3. Ook vanuit wetsystematisch oogpunt ligt het in de rede ervan uit te gaan dat de wetgever heeft beoogd *alle* huurovereenkomsten uit titel 7 van het oude BW – dus zowel de huur van *alle* zaken, als de huur van diensten – onder het bereik van de art. 39 en 40 Fw te brengen. Zie R.J. van Galen, noot onder Hof Amsterdam 3 februari 2005, «JOR» 2005/128.

4. Art. 39 Fw geldt dus ook bij huur van roerende zaken. Dit betekent in de eerste plaats dat ook bij een dergelijke huurovereenkomst zowel de curator als de verhuurder de huur met inachtneming van een opzegtermijn van maximaal drie maanden kan opzeggen en dat de huur vanaf de faillissementsdatum ten laste van de boedel doorloopt. In de tweede plaats impliceert dit dat ook de in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde regels omtrent de mogelijkheden die de verhuurder heeft om een schadevergoedingsvordering wegens gederfde huurinkomsten te verhalen, bij de huur van roerende zaken van toepassing zijn. Die regels houden in de kern in dat een opzegging op de voet van art. 39 Fw een regelmatige wijze van beëindiging van de huur is, die op zichzelf niet tot schadevergoeding verplicht en dat ook een contractueel schadevergoedingsbeding dat wordt geactiveerd bij een beëindiging ex art. 39 Fw, geen effect sorteert, althans niet binnen de context van het faillissement, omdat de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging anders zou worden doorkruist. Verhaal ten laste van een *derde* die zich voor deze schuld garant heeft gesteld, is wel mogelijk, zij het dat die

derde dan niet met een eventuele regresvordering in het faillissement kan opkomen. Eindigt de huur niet op grond van art. 39 Fw, maar op grond van een contractueel of een ander wettelijk beëindigingsrecht, dan kan de daaruit resulterende schadevergoedingsvordering wél binnen het faillissement worden verhaald, omdat de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging dan geen rol speelt. Zie HR 14 januari 2011, «JOR» 2011/101, m.nt JJvH (*Aukema q.q./Uni-Invest*) en HR 15 november 2013, «JOR» 2014/27 (*Nieuwburen/Romania*). Of deze regels voor de verhuurder van roerende zaken in de praktijk net zo beknellend zullen werken als voor de verhuurder van onroerende zaken, kan echter worden betwijfeld. Bij huur van onroerende zaken geldt op grond van art. 7:231 BW dat een beëindiging van de huur buiten de rechter om niet mogelijk is. Die bepaling is echter niet van toepassing op een huurovereenkomst met betrekking tot een roerende zaak, zodat de verhuurder bij een dergelijke overeenkomst in de regel in staat moet worden geacht de overeenkomst op grond van een contractueel of een ander wettelijk beëindigingsrecht te doen eindigen voordat de curator deze met toepassing van art. 39 Fw heeft kunnen beëindigen. De verhuurder kan dan wél met een schadevergoedingsvordering in het faillissement opkomen. Zie nader Van Zanten & Verstijlen, *TvI* 2011/17, par. 5.1.

5. Hoewel het oordeel van de Hoge Raad voor de hand lag, is mijn indruk uit de praktijk dat art. 39 Fw bij huur van roerende zaken zeker niet frequent wordt toegepast. Curatoren plegen huurovereenkomsten met betrekking tot roerende zaken – denk aan *operational lease* – niet zelden “gewoon” niet gestand te doen (vgl. art. 37 Fw), waarna de verhuurder zijn schadevergoedingsvordering ter verificatie indient. De vraag rijst of curatoren thans niet geconfronteerd zullen gaan worden met verhuurders die “wakker zijn geworden” door het onderhavige arrest en bijvoorbeeld alsnog het standpunt gaan innemen dat zij recht hebben op betaling van de na faillissement verschuldigde huur bij wege van boedelschuld.

6. Naast de huur van zaken, is ook huur van vermogensrechten mogelijk (zie art. 7:201 lid 2 BW). Dat gold ook reeds aan het einde van de 19e eeuw (zie *Diephuis XII*, 1889, p. 11-12, waar wordt gerept van de huur van “onligchamelijke zaken”). Denk bijvoorbeeld aan de huur van een beperkt recht, zoals een recht van vruchtgebruik of erfpacht, of aan een als huur te kwalificeren licentie. Geldt ook daarvoor de regeling van art. 39 Fw? Ik zou denken van wel. Zowel de tekst als de ratio van art. 39 Fw wijst in die richting en ook de andere argumenten die pleiten voor de toepasselijkheid van art. 39 Fw op de huur van roerende zaken gaan in gelijke mate op voor de huur van vermogensrechten. Een nieuwe gang naar de Hoge Raad om duidelijkheid te krijgen over dit fenomeen – dat in de faillissementspraktijk overigens geen grote rol speelt – lijkt dus niet noodzakelijk.

mr. dr. T.T. van Zanten, advocaat Wijn & Stael Advocaten te Utrecht

» **Voetnoten**

[1]

Rechtbank Noord-Nederland, afdeling Privaatrecht, locatie Leeuwarden, hierna steeds aangeduid met: de kantonrechter).

[2]

ECLI:NL:RBNNE:2014:3657.

[3]

ECLI:NL:RBNNE:2014:3656.

[4]

Het woordje “wij” ontbreekt ook in het oorspronkelijke stuk.

[5]

Dat is gebeurd bij cvr in conventie tevens akte wijziging van eis in conventie/cva in reconventie.

[6]

De vordering die ziet op vermissing van aan Veenstra verhuurde materialen (b. voor recht wordt verklaard dat de vorderingen die betrekking hebben op vergoeding van de door Doka geleden schade van € 4.175,87, vermeerderd met de wettelijke rente, als preferente boedelvorderingen, dan wel boedelvorderingen, dienen te worden aangemerkt;) speelt in cassatie geen rol.

[7]

Rov. 4.2 van het vonnis van 13 mei 2014.

[8]

Rov. 5.2 van het vonnis van 13 mei 2014.

[9]

De curator heeft een vordering in reconventie ingesteld tot vergoeding van door de curator gemaakte kosten voor verwijdering en transport van Doka's eigendommen groot € 17.319,64, of een bedrag dat de kantonrechter in goede justitie zal vermenen te behoren, vermeerderd met rente. Doka heeft daartegen gemotiveerd verweer gevoerd. Deze vordering speelt in de prejudiciële kwestie geen rol en laat ik buiten beschouwing.

[10]

Volledigheidshalve meld ik dat ook de vordering tot schadevergoeding wegens vermissing van bekistingsmaterialen is afgewezen (rov. 6.6-6.8). Datzelfde geldt voor de reconventionele vordering van de curator (rov. 7.1-9.5).

[11]

Er is daarbij enige vertraging ontstaan, omdat de curator in eerste instantie zonder tussenkomst van een cassatieadvocaat schriftelijke opmerkingen heeft ingediend, terwijl dat wel een proceseis is (vgl. art. 7.1 Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden). Dat gebrek is later hersteld, na daartoe geboden gelegenheid door de Hoge Raad.

[12]

Vaste rechtspraak, vgl. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014, 407, m.nt. Verstijlen (ABN-Amro/Berzona); HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011, 114, m.nt. PvS (mr. Aukema q.q./Uni-Invest) en HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005, 406, m.nt. PvS, JOR 2005, 222, m.nt. Van Andel, TvI 2005, 36, p. 159, m.nt. Groenewegen en Loesberg (BaByXL/Amstel).

[13]

HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. Verstijlen (Koot Beheer/mr. Tideman q.q.).

[14]

Vgl. Van Sint Truiden/Wissink, T&C Insolventierecht, 2014, art. 39 Fw, aant. 1. Vriesendorp, Insolventierecht 2013, nr. 244 kenschetst dit stelsel m.i. helder als volgt: "het bestaan van de overeenkomst en de inhoud van de verbintenissen over en weer worden als zodanig niet door de faillietverklaring geraakt, maar de uitvoering daarvan wel."

[15]

Zie ook HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011, 114, m.nt. PvS (mr. Aukema q.q./Uni-Invest) en de conclusie van de A-G Rank-Berenschot vóór deze uitspraak (onder 2.5).

[16]

Asser-Limburg III-I, 1905, p. 566-567, die huur van "diensten, werk en nijverheid" al niet meer als huur beschouwde, maar als een arbeidsovereenkomst, net als elders in Europa toen. Dat

blijft hier verder buiten beschouwing; voor beëindiging van dergelijke overeenkomsten is art. 40 Fw in het leven geroepen.

[17]

Asser-Limburg III-I, 1905, p. 567.

[18]

Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, deel 12, 1889, p. 11, 12, Asser-Limburg III-I, 1905, p. 569 en Asser-Kamphuisen II (huur, pacht, bruikleen, etc.), 1976, p. 9.

[19]

Asser-Limburg III-I, 1905, p. 568-569, zie ook p. 571.

[20]

Zie zijn noot onder hof Amsterdam 3 februari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT6338, JOR 2005, 128.

[21]

Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz, I (hierna: Kortmann/Faber I), p. 419. Zie voor voorbeelden van regelingen het proefschrift van C. Enschedé, Het karakter van de “huur” benevens zijne toepassing in het faillissement, 1883, p. 90-94. Deze regelingen zien overigens steeds op onroerende zaken: een “Huys, Pakhuys, Woning, Tuyn of Landt”.

[22]

Kortmann/Faber I, p. 419-420, vgl. HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011, 114, m.nt. PvS (mr. Aukema q.q./Uni-Invest).

[23]

Kortmann/Faber I, p. 421 (Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord).

[24]

Kortmann/Faber I p. 422.

[25]

Kortmann/Faber I p. 423, linker kolom.

[26]

Kortmann/Faber I p. 424, linker kolom.

[27]

Idem.

[28]

Kortmann/Faber I p. 424, in fine.

[29]

Kortmann/Faber I p. 425.

[30]

Idem.

[31]

Kortmann/Faber I p. 426.

[32]

Kortmann/Faber I p. 427.

[33]

Zie zijn noot onder hof Amsterdam 3 februari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT6338, JOR 2005, 128.

[34]

Vgl. rov. 3.2 van het vonnis waarvan (sprong)cassatie is ingesteld.

[35]

De noot luidt in de oorspronkelijke tekst van de conclusie zo: “Men kan natuurlijk zeggen dat het enorme belang van de huur (en de lease en de huurkoop) van roerende zaken in de huidige tijd (men denke aan computer- en videoapparatuur, elektrische apparaten, auto’s en vrachtwagens) “buiten het gezichtsveld” van de wetgever van de Faillissementswet heeft gelegen, zodat “aan het niet bespreken hiervan niet de conclusie (mag) worden verbonden dat in deze situatie het artikel geen toepassing kan vinden”; vgl. HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535 m.nt. CJHB (r.o. 3.7.1 in fine). Maar erg sterk is dat argument niet, want ik kan mij voorstellen dat een nieuwe technologische of maatschappelijke ontwikkeling wel degelijk tot die gevolgtrekking moet leiden. Onnodig te zeggen dat het argument ook niet mag worden omgekeerd: het niet vermelden van voorbeelden die wel binnen het gezichtsveld van de wetgever liggen, wil niet zeggen dat een wetbepaling daarop niet van toepassing is.”

[36]

Rb. Rotterdam 21 januari 1977, ECLI:NL:RBROT:1977:AC5878, NJ 1980, 41 heeft die vraag in het midden gelaten.

[37]

Ktg. Amsterdam 31 december 1914, NJ 1915, p. 132.

[38]

Rb. 's-Gravenhage 28 september 1926, W. 11 570.

[39]

Hof Amsterdam 3 februari 2005, rov. 3.3, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT6338, JOR 2005, 128, m.nt. Van Galen.

[40]

Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:2116, RI 2008, 90.

[41]

JOR 2005, 222.

[42]

J.J. van Hees, *Leasing*, 1997, p. 171. Zie ook de overige door P-G Hartkamp in zijn conclusie genoemde literatuur.

[43]

N.J. Polak, *Faillissement en surséance van betaling*, 1972, p. 141.

[44]

Zie zijn noot onder hof Amsterdam 3 februari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT6338, JOR 2005, 128. Zie in dezelfde zin F.C. Borst, Faillissement van de huurder, WR 2007-6, p. 215-230, i.h.b. p. 218, linker kolom.

[45]

Van Sint Truiden/Wissink, T&C Insolventierecht, art. 39 Fw, 2014, aant. 1. Zie ook Schaink, Enkele IE-bespiegelingen door de bril van een faillissementscurator, IER 2009-6, p. 294-298, i.h.b. p. 298, rechter kolom.

[46]

HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, TvI 2005-5, p. 159-162, m.nt. Groenewegen en Loesberg.

[47]

Van Zanten/Verstijlen, Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder, Over schadevergoeding, bankgaranties en het gelijk van Vlieland Hein, TvI 2011-3, p. 85-94, i.h.b. p. 91, linker kolom.

[48]

Pannevis, Commentaar op Faillissementswet art. 39, 2012, aant. C.1. Zie ook Pannevis, Insolventierecht, 2011, par. 4.7.4.1.

[49]

Molengraaff/Star Busmann, De faillissementswet verklaard, 1951, p. 220.

[50]

Völlmar, Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht, 1961, p. 701.

[51]

De Liagre Böhl, Sanering en faillissement, naar huidig en nieuw recht, 1991, p. 98. Zie ook Van Geel en De Bruin, Huurvorderingen in faillissement anno 2013, TvHB-4, p. 220-227, i.h.b. p. 222, linker kolom en de overige door P-G Hartkamp genoemde literatuur, hiervoor weergegeven in 3.8.

[52]

Polak-Wessels II, 2000, nr. 2515. Zie recenter Wessels Insolventierecht II, 2012, nr. 2515.

[53]

Zie zijn noot onder hof Amsterdam 3 februari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT6338, JOR 2005, 128.

[54]

Vgl. Van Galen in zijn kritische noot onder hof Amsterdam 3 februari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT6338, JOR 2005, 128.

[55]

Idem.

[56]

Schriftelijke opmerkingen, p. 3.

[57]

Zie MvT bij art. 38a Fw in: Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen (2-III), 1995, p. 102.

[58]

Zie vorige voetnoot.

[59]

Vgl. art. 3.4.1. In art. 3.4.6 zijn wel enkele bijzondere regels voor (o.a.) het faillissement van de huurder geformuleerd. Door de Commissie insolventierecht is uitdrukkelijk rekening gehouden met het belang van de bewindvoerder om de huurovereenkomst een zekere periode te kunnen continueren tegen voldoening van uitsluitend de over die periode verschuldigde huurprijs. Ook door de schuldenaar gesloten huurovereenkomsten vallen blijkens de Toelichting onder de in art. 3.4.2 opgenomen doorleveringsplicht. Die doorleveringsplicht geldt steeds voor de duur van de afkoelingsperiode, die met de insolventverklaring van rechtswege ingaat en – na verlenging – maximaal drie maanden kan duren. Daarmee komen de mogelijkheden die de bewindvoerder heeft om tijdelijk te profiteren van de voortzetting van de huurovereenkomst tegen voldoening van alleen de huur over de periode na de insolventverklaring, overeen met die van de curator onder het huidige art. 39 Fw, althans indien hem niet tevens op de voet van art. 37 Fw om gestanddoening kan worden verzocht. Dit is ontleend aan Van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht, 2012, nr. 4.4.5.4.

[60]

Zie Aanhangsel Handelingen II, 2010/11, nr. 763, i.h.b. antwoord 5: “In aanvulling op hetgeen hierover bij vraag 1 is opgemerkt, merken wij op dat ons niet is gebleken van tekortkomingen in de Faillissementswet die rechtvaardigen dat wordt overgegaan tot wat de voorzitter van de Commissie insolventierecht in het betrokken interview zelf aanduidt als een omvangrijke en complete renovatie. In het huidige tijdsgewricht en investeringsklimaat achten wij een stabiel wettelijk kader, en daarmee rechtszekerheid, belangrijker dan het vooruitzicht van een fundamentele herziening van onze wetgeving. Dat laat uiteraard onverlet dat concrete ervaringen aanleiding kunnen geven tot aanpassing van de wetgeving. Ter illustratie zij gewezen op de onlangs aangekondigde voornemens ter bescherming van de rechten met betrekking tot derivatencontracten bij faillissement van de intermediair en de mogelijkheid tot effectief en efficiënt ingrijpen bij financiële instellingen met onomkeerbare problemen (Kamerstukken II 2010/11, 32 545, nr. 1). Naar aanleiding van de onderhavige kamervragen heeft de Vereniging van Insolventierecht Advocaten (Insolad) ons bij brief van 3 december 2010 onder andere laten weten de huidige Faillissementswet vooral op het gebied van het reorganiserend vermogen van bedrijven voor verbetering vatbaar te achten. Wij zullen Insolad binnenkort uitnodigen om haar suggesties daaromtrent met ons te delen. Ook de standpunten van Insolad en eventuele andere betrokkenen kunnen aanleiding vormen tot bijstelling van onze faillissementswetgeving.”