

17. Tot slot zal de curator de beginselen inzake verwerking van persoonsgegevens genoemd in art. 5 AVG dienen te respecteren, waaronder het beginsel van minimale gegevensverwerking en opslagbeperking (bijv. door deze te anonimiseren).

mr. B.J. Tideman
advocaat bij Cees advocaten te Den Haag

132

Aanvraag van surseance en opzegging van bezwarende huurovereenkomst geen misbruik van bevoegdheid

Rechtbank Amsterdam
19 februari 2020, zaaknr. C/13/672988 19-1039,
ECLI:NL:RBAMS:2020:909
(mr. Jongeneel, mr. Lourens, mr. Beuving)
Noot mr. E.J.R. Verwey

Tussentijdse huurbeëindiging tijdens voorlopige surseance van betaling ex art. 238 Fw. Na opzegging is voorlopige surseance ingetrokken. Huurprijs was niet marktconform. Aanvraag surseance en opzegging huurovereenkomsten leveren geen misbruik van bevoegdheid op. Doel surseance. Geen onevenredigheid tussen het belang van huurder om tijdens surseance huurovereenkomsten op te zeggen en het belang van verhuurder dat daardoor wordt geschaad. Huurovereenkomsten zijn rechtsgeldig beëindigd.

[Fw art. 213, 214, 217, 238; BW art. 3:13]

De opzegging van de huurovereenkomsten heeft plaatsgevonden op de voet van art. 238 Fw. De Faillissementswet maakt geen onderscheid tussen de gevolgen van een voorlopige en die van een definitieve surseanceverlening. Dit volgt uit de wettelijke bepalingen. In art. 213 Fw is bepaald dat een surseance dadelijk wordt verleend aan de schuldenaar die daartoe een aanvraag doet. In art. 217 Fw is bepaald dat de surseance bij definitieve verlening wordt geacht te zijn ingegaan op de dag van voorlopige verlening. De gevolgen van de surseance treden onmiddellijk in vanaf het mo-

ment dat de voorlopige surseance is verleend. Volgens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever geen onderscheid willen maken tussen de voorlopige en de definitieve surseance van betaling. Gelet op het voorgaande was gedaagde sub 1 wettelijk bevoegd de huurovereenkomsten met medewerking van de bewindvoerder op te zeggen tijdens de voorlopige fase van de surseance van betaling.

Ingevolge art. 3:13 BW kan een bevoegdheid onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de evenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Voorafgaand aan de surseance van betaling was tussen partijen een patstelling ontstaan. Gedaagde sub 1 had een huurachterstand en tussen partijen bestond verschil van mening over de hoogte van de huurprijs. Eiseres wilde aan de overeengekomen huurprijs vasthouden, terwijl gedaagde sub 1 aandrang op verlaging daarvan, omdat zij de huurprijs zo hoog vond dat een sluitende exploitatie niet mogelijk was. Er was geen sprake van een marktconforme huurprijs. Gedaagde sub 1 had belang bij aanpassing van de huurprijs om tot een meer rendabele exploitatie te komen. Eiseres heeft gesteld dat er voor haar geen enkele reden was om met gedaagden in overleg te treden over een eventuele aanpassing van de huurprijs en dat de schulden van gedaagde sub 1 uit haar vermogen konden worden voldaan. Hierover wordt het volgende overwogen. B. Wessels (Insolventierecht, nr. 8003) stelt dat de surseance dient om te voorkomen dat een schuldenaar, die – door welke omstandigheid ook – in ongelegenheid is geraakt of anderszins gebrek heeft aan contanten en moeilijk krediet kan krijgen, failliet wordt verklaard, met als gevolg dat zijn bedrijf ophoudt te bestaan, gedwongen vereffening plaatsvindt en in de regel kapitaalwaarde verloren gaat. Dit scenario voorkomen is een belangrijk oogmerk van de surseance; het doel is het behoud van de boedel en eventueel de voortzetting van het bedrijf, zulks gebaseerd op de (onuitgesproken) premisse dat zodoende niet alleen de schuldenaar wordt gebaat, maar ook dat het vooruitzicht bestaat dat de schuldeisers beter worden bevredigd dan in geval van faillissement. A.L. Leuftink (Surseance van betaling) karakteri-

seert de surseance van betaling als een juridisch-economisch instrument tot overleving, een middel om vrijwillige of gedwongen liquidatie respectievelijk faillissement te vermijden, gericht op herstel van vermogen en winstcapaciteit. De wet stelt als criterium voor het voorlopig verlenen van surseance in art. 214 Fw dat de schuldenaar "voorziet, dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan". Gezien de verliesgevende exploitatie deed die situatie zich voor, want daardoor waren immers de uitgaven groter dan de inkomsten. Dat gedaagde sub 1 in de gegeven situatie surseance en geen faillissement heeft aangevraagd, leidt niet tot het oordeel dat zij misbruik van recht heeft gemaakt. Immers ook in een faillissement is de curator bevoegd huurovereenkomsten op te zeggen en onweersproken is dat eiseres ook rekening hield met een beëindiging van de huurovereenkomsten bij een faillissement van gedaagde sub 1. Dat betekent dat ervan uit moet worden gegaan dat het gezien de verlieslatende exploitatie van het multifunctioneel centrum in elk geval (hetzij bij surseance hetzij bij faillissement) tot een beëindiging van de huurovereenkomsten zou zijn gekomen, in weerwil van de overeengekomen looptijd tot 2054, en ongeacht het belang dat eiseres had bij voortdurende daarvan om haar investeringen terug te verdienen. Ervan uitgaand dat zowel bij surseance als faillissement de huurovereenkomsten zouden zijn opgezegd, levert het aanvragen van surseance gezien de hierboven besproken doeleinden van de surseance geen misbruik van recht op. De surseance kon immers in de gegeven situatie (juist door de als gevolg daarvan ontstane bevoegdheid de huurovereenkomsten op te zeggen) leiden tot het voorkomen van gedwongen vereffening en het ophouden van het bedrijf en maakte herstel van vermogen en winstcapaciteit mogelijk. Vervolgens is te onderzoeken of de opzegging van de huurovereenkomsten in de gegeven situatie misbruik van recht opleverde. Dat is niet het geval. Het was eiseres ook bekend dat, indien tijdens de surseance van betaling geen overeenstemming kon worden bereikt over aanpassing van de huurprijs, gedaagde sub 1 gebruik zou maken van de wettelijke bevoegdheid om de huurovereenkomsten op te zeggen. De bewindvoerder heeft daaraan de voorwaarde gesteld dat na opzegging van de huurovereenkomsten de huurachterstand en de resterende huurtermijnen, alsmede de overige vorderingen van de crediteu-

ren van gedaagde sub 1 volledig dienen te worden betaald. Aan deze voorwaarde is voldaan. Ook zijn de huurpenningen daarna tot het einde van de huurovereenkomsten volledig aan eiseres voldaan. Het voorgaande voert tot het oordeel dat de opzegging door gedaagden sub 1 t/m 4 van de huurovereenkomsten in de gegeven omstandigheden niet kwalificeert als misbruik van bevoegdheid. De bevoegdheid werd uitgeoefend in het kader van de surseance en paste in de hierboven besproken doeleinden van een surseance, onder andere het voorkomen van bedrijfsbeëindiging en het herstel van winstgevendheid. Niet kan worden gezegd dat sprake is van onevenredigheid tussen het belang van gedaagde sub 1 bij uitoefening van de bevoegdheid om in surseance een huurovereenkomst op te zeggen en het belang van eiseres dat daardoor wordt geschaad. De huurovereenkomsten zijn rechtsgeldig beëindigd.

Multi Golf & Health BV te Amsterdam,

eiseres,

gemachtigden: mr. J.P.P. Latour en mr. M.M.N.C.

Schellekens,

tegen

1. Naarderbos Ontwikkeling BV te Naarden,

2. Naarderbos Development I BV te Naarden,

3. Naarderbos Development II BV te Naarden,

4. Golfexploitatiemaatschappij Naarderbos BV te De Bilt,

5. Nedstede Leisure Holding BV te Amsterdam,

6. X,

gedaagden,

gemachtigden: mr. P.C.J. Twaalfhoven en mr.

D.M. van Geel.

(...; red.)

De verdere beoordeling

1. Voor de feiten wordt verwezen naar de opsomming in de tussenvonnissen van 16 november 2018 (rov. 1.1 – 1.20) en 23 augustus 2019 (rov. 1.1 – 1.6).

2. Zeer kort samengevat gaat het om het volgende. – MG&H is met NBO huurovereenkomsten A, B, C en D (hierna: de Huurovereenkomsten) aangegaan met betrekking tot meerdere ruimtes die zich bevinden in een multifunctioneel centrum (mfc), dat zich bevindt bij de golfbaan Naarderbos. NBO is houder van de erfpachtrechten en de opstalrechten van de golfbaan Naarderbos. MG&H heeft het mfc ontwikkeld en gebouwd. In

huurovereenkomst A is een huurprijs van € 461.117,87 per jaar overeengekomen met een looptijd van 2012 tot 2054. In 2012 is een aanvulling op deze huurovereenkomst, het Addendum, met een recht van koop van de golfbaan overeengekomen.

– Op 13 april 2018 is NBO gesplitst en zijn de verkrijgende vennootschappen ND I en ND II opgericht. Daarbij zijn de erfpachtrechten en de opstalrechten van de golfbaan Naarderbos ondergebracht in ND I (9 holes, percelen 2458, 2459 en 2275), ND II (9 holes, percelen 2268, 2432, 2434 en 2436) en NBO (het clubhuis in het mfc).

– De aandelen van NBO, ND I, ND II en GEM worden gehouden door Nedstede, waarvan [gedaagde sub 6] enig [functie] is.

– In de nakoming van de Huurovereenkomsten zijn sinds april 2018 achterstanden ontstaan.

– Op 6 juli 2018 is NBO voorlopig surseance van betaling verleend. Op 17 juli 2018 is aan GEM, ND I en ND II voorlopig surseance van betaling verleend.

– Op 19 juli 2018 heeft NBO met toestemming van de bewindvoerder de Huurovereenkomsten, inclusief de aanvullende overeenkomsten, opgezegd tegen de eerst mogelijke dag (19 oktober 2018). Voor zover GEM, ND I en ND II als huurder moeten worden aangemerkt zijn de Huurovereenkomsten ook namens hen opgezegd.

– Bij beschikking van 20 juli 2018 is de voorlopige surseance van betaling van NBO, GEM, ND I en ND II op verzoek van NBO ingetrokken.

– Op 24 juli 2018 heeft NBO de volledige huurachterstand in de Huurovereenkomsten, vermeerderd met rente en contractuele boetes, aan MG&H voldaan.

– NBO heeft over de periode 20 juli tot 19 oktober 2019 2018?? de huurpenningen voldaan.

– Het gehuurde is medio oktober 2018 ontruimd.

– Op 20 november 2018 is GEM failliet verklaard.

Procedurele gevolgen van het faillissement GEM

3. GEM is failliet verklaard nadat deze procedure aanhangig is gemaakt.

4. MG&H heeft geen schorsing van de procedure gevraagd, noch de curator in het geding geroepen. Ingevolge artikel 25 lid 2 Fw leidt dit ertoe dat een eventuele veroordeling tegen de boedel van GEM geen rechtskracht heeft.

De opzegging van de Huurovereenkomsten

5. De rechtbank ziet aanleiding om vordering II eerst te behandelen, omdat de uitkomst bepalend is voor het belang van MG&H bij de overige vorderingen.

6. Vordering II strekt ertoe dat voor recht wordt verklaard dat NBO, ND I, ND II en GEM, althans een of meerdere van hen, de Huurovereenkomsten niet rechtsgeldig hebben opgezegd, althans dat aan die opzegging geen werking toekomt. MG&H heeft de niet-rechtsgeldigheid van de opzegging uitgewerkt in verschillende onderdelen die hierna aan de orde komen.

De opzegging heeft plaatsgevonden in de voorlopige fase van de surseance

7. Tussen partijen is niet in geschil dat de opzegging van de Huurovereenkomsten heeft plaatsgevonden op de voet van artikel 238 Faillissementswet (hierna ook: Fw). Daarin is voor zover hier van belang het volgende bepaald:

“1. Zodra de surseance een aanvang heeft genomen, kan de schuldenaar, die huurder is, met inachtneming van het bij artikel 228 bepaalde, de huur tussentijds doen eindigen, mits de opzegging geschiedt tegen een tijdstip, waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen. Bovendien moet bij de opzegging de daarvoor overeengekomen of gebruikelijke termijn in acht genomen worden, met dien verstande echter, dat een termijn van drie maanden in elk geval voldoende zal zijn. Zijn de huurpenningen vooruit betaald, dan kan de huur niet eerder worden opgezegd dan tegen de dag, waarop de termijn, waarvoor vooruitbetaling heeft plaats gehad, eindigt.

2. Van de aanvang der surseance af is de huurprijs boedelschuld.”

8. Eisers stellen dat gedurende de periode dat de surseance nog niet definitief was verleend geen rechtsgeldige opzegging van de huurovereenkomst kon plaatsvinden. Gedaagden hebben dat met een beroep op de wet, de wetsgeschiedenis, en de rechtspraak, uitgewerkt in een opinie van professor mr. J.J. van Hees, betwist. Dit verweer slaagt. Ter toelichting wordt nog het volgende overwogen.

9. De Faillissementswet maakt geen onderscheid tussen de gevolgen van een voorlopige en die van een definitieve surseanceverlening. Dit volgt uit de wettelijke bepalingen. In artikel 213 Fw is bepaald dat een surseance dadelijk wordt verleend

aan de schuldenaar die daartoe een aanvraag doet. In artikel 217 Fw is bepaald dat de surseance bij definitieve verlening wordt geacht te zijn ingegaan op de dag van voorlopige verlening. De gevolgen van de surseance treden onmiddellijk in vanaf het moment dat de voorlopige surseance is verleend. Volgens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever geen onderscheid willen maken tussen de voorlopige en de definitieve surseance van betaling: "(...) dat door het definitief verlenen der surséance geen nieuwe toestand wordt geschapen, doch eenvoudig de toestand, door de voorloopige verlening in het leven geroepen, wordt gehandhaafd."¹

10. Gelet op het voorgaande was NBO wettelijk bevoegd de Huurovereenkomsten met medewerking van de bewindvoerder op te zeggen tijdens de voorlopige fase van de surseance van betaling.

11. MG&H heeft nog de volgende standpunten ingenomen:

a. De opzegging is alleen al niet rechtsgeldig, omdat deze heeft plaatsgevonden in de voorlopige fase van de surseance, waarop direct intrekking van de surseance op verzoek van de sursiet zelf is gevolgd; en

b. de aanvraag, de opzegging van de Huurovereenkomsten direct nadien van de surseances zijn afzonderlijk dan wel tezamen als misbruik van recht/bevoegdheid te kwalificeren.

12. Volgens MG&H vloeit het onder a gestelde voort uit het feit dat door de vroegtijdige intrekking de handelingen in de surseances niet zijn "getoetst" door de crediteuren op de voet van artikel 218 Fw bij de omzetting naar een definitieve surseance. De rechtbank overweegt hierover als volgt.

13. Nu in de wettelijke systematiek de opzegging van de Huurovereenkomsten vóór de omzetting in een definitieve surseance, met direct gevolg mogelijk is, kan deze omstandigheid op zichzelf er niet toe leiden dat de opzegging niet rechtsgeldig is. Daaraan doet niet af dat de intrekking heeft plaats gevonden voor het kunnen opkomen door de crediteuren tegen de omzetting in een definitieve surseance.

14. MG&H betoogt naar de kern genomen dat zij haar belangen als grootste crediteur onvoldoende kenbaar heeft kunnen maken aan de bewindvoerder.

der. En dat met haar belangen onvoldoende rekening is gehouden, alvorens de Huurovereenkomsten zijn opgezegd, en de intrekking van de voorlopige surseance is toegewezen. Dit betoog wordt niet gevolgd om de volgende redenen.

MG&H is gehoord in de voorlopige fase

15. Na het verlenen van de voorlopige surseance van betaling en de benoeming van de bewindvoerder op 6 juli 2018 heeft deze MG&H benaderd voor een bespreking. Deze bespreking is op verzoek van MG&H gepland op 12 juli 2018. Daarbij waren aanwezig de bestuurders van MG&H en haar advocaten, alsmede de bewindvoerder en twee kantoorgenoten van de bewindvoerder. Tijdens deze bespreking heeft de bewindvoerder aan MG&H kenbaar gemaakt dat mogelijk sprake zou zijn van beëindiging van de Huurovereenkomsten op grond van artikel 238 Fw door NBO en dat NBO – anders dan MG&H tijdens deze bespreking als verwachting liet blijken – niet noodzakelijk zou failleren. Het voorgaande blijkt onbetwist uit de brief van de bewindvoerder van 26 november 2018.

16. De bespreking op 12 juli 2018 diende ertoe om met MG&H een overleg te starten over een eventuele aanpassing van de huurprijs. Deze bespreking heeft niet tot een vervolg geleid. Anders dan MG&H heeft gesteld is deze omstandigheid van belang, omdat, zo is ook in het surseance verzoekschrift vermeld, in dat geval een opzegging op grond van artikel 238 Fw werd overwogen.

17. De bewindvoerder heeft op 13 juli 2018 een kopie van het verzoekschrift aan MG&H verstrekt. De bewindvoerder heeft MG&H daarbij medegedeeld dat hij advies ging inwinnen over de marktconformiteit van de huurprijs met het oog op de levensvatbaarheid van NBO. De bewindvoerder heeft dit advies betrokken bij zijn medewerking aan de opzegging van de Huurovereenkomsten.

18. Het bovenstaande maakt duidelijk dat NBO haar crediteuren, meer in het bijzonder MG&H, niet in het ongewisse heeft gelaten over het oogmerk van de verzochte surseance van betaling. Vervolgens heeft de bewindvoerder MG&H gehoord over de situatie met betrekking tot de Huurovereenkomsten. MG&H heeft vanaf dat moment haar belangen aan de bewindvoerder kenbaar kunnen maken.

19. Daarnaast stonden MG&H procedurele mogelijkheden open om in de voorlopige fase van de

1 Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen, p. 400

surseance bezwaar te maken tegen de ophanden zijnde beëindiging van de Huurovereenkomst (door een verzoek aan de rechtbank tot intrekking van de voorlopige surseances van betaling ex artikel 242 Fw, een verzoek aan de rechter-commissaris ex artikel 225 Fw en/of door het vragen van een ordemaatregel bij de voorzieningenrechter).

Strijd met artikel 6 EVRM

20. De stelling dat de opzegging van de Huurovereenkomsten ex artikel 238 Fw strijdig is met artikel 6 EVRM wordt verworpen. Allereerst omdat de opzegging van de Huurovereenkomsten niet door een rechterlijke instantie is gedaan, maar door NBO. Los daarvan heeft, zo is hiervoor gebleken, wederhoor in voldoende mate plaatsgevonden, en stonden MG&H wettelijke mogelijkheden open om tegen de mogelijke opzegging van de Huurovereenkomsten bezwaar te maken.

Misbruik van recht/bevoegdheid

21. MG&H heeft ter onderbouwing van dit onderdeel van haar betoog een reeks redenen aangevoerd. Gedaagden hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

22. Een deel van het gevoerde debat gaat over de wijze waarop de bewindvoerder zijn taak heeft uitgeoefend, en welk belang hij daarbij heeft te dienen (die van de gezamenlijke crediteuren, de boedel en/of de continuïteit van de onderneming). De rechtbank laat deze kwestie in het midden, omdat de taakuitoefening van de bewindvoerder niet ter beoordeling voorligt. Het is NBO die gebruik heeft gemaakt van haar wettelijke bevoegdheid om de Huurovereenkomsten op te zeggen. De bewindvoerder heeft daaraan medewerking verleend na overleg met de betrokken rechter-commissaris. Deze omstandigheid *an sich* zal worden meegewogen bij de vraag of in de specifieke omstandigheden van dit geval sprake is geweest van misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 3:13 BW.

23. Voor zover het debat is gevoerd over het doel van een surseance van betaling, zal slechts acht worden geslagen op de stellingen die zijn toegesneden op de gestelde misbruik van bevoegdheid.

24. Ingevolge artikel 3:13 BW kan een bevoegdheid onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemen-

de de evenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

25. In voldoende mate is komen vast te staan dat voorafgaand aan de surseance van betaling tussen partijen een patstelling was ontstaan. NBO had een huurachterstand en tussen partijen bestond verschil van mening over de hoogte van de huurprijs. MG&H wilde aan de overeengekomen huurprijs vasthouden, terwijl NBO aandrang op verlaging daarvan, omdat zij de huurprijs zo hoog vond dat een sluitende exploitatie niet mogelijk was. MG&H wilde pas praten als de huurachterstand was voldaan. De aandeelhouder van NBO was pas bereid aanvullende middelen beschikbaar te stellen als er een oplossing was. Een voorstel van NBO tot een gezamenlijke aanstelling van een deskundige of driemanschap had MG&H afgewezen. MG&H stelde zich op het standpunt dat het faillissement van NBO en de opzegging van de Huurovereenkomsten de aangewezen weg was.

26. Niet in geschil is dat NBO ten tijde van de aanvraag van de voorlopige surseance van betaling een huurschuld (exclusief contractuele boetes) had van € 384.709,58 en dat die schuld 84,4% van de totale schuld van € 455.950,21 bedroeg. Deze huurschuld is sinds het tweede kwartaal van 2018 ontstaan, terwijl NBO (met de Huurovereenkomsten) is overgenomen op 1 juni 2017. Als onbetwist staat ook vast dat de voorgaande exploitanten van NBO failliet zijn gegaan, omdat de exploitatie op basis van de huurprijs niet haalbaar bleek. NBO heeft bij de aanvraag van de surseance een reorganisatieplan gevoegd, waarin cijfermatig is onderbouwd dat na aanpassing van de huur naar een marktconforme huurprijs een rendabele exploitatie mogelijk is. Behalve hetgeen hierna zal worden besproken heeft MG&H de juistheid van dit plan niet bestreden.

27. NBO heeft haar stelling dat de huurprijs ten tijde van de opzegging van de Huurovereenkomsten niet markt-conform was onderbouwd met twee deskundigen oordelen, waaronder het oordeel van de door de bewindvoerder ingeschakelde deskundige A.G. Mulder.

28. Hier tegenover heeft MG&H de marktconformiteit van de huurprijs steeds gegrond op de stelling dat NBO ervoor had getekend dat de huurprijs ten tijde van de Onderopstalakte door partijen als marktconform was bestempeld. De rechtbank acht deze omstandigheid onvoldoende

maatgevend om aan te nemen dat sprake was van een marktconforme huurprijs.

29. Verder heeft MG&H aangevoerd dat de deskundigen bij de rekenmethoden van hun taxaties niet hebben gekeken naar de vraag of NBO wel de volledige potenties van de gehuurde ruimtes heeft benut. Ter onderbouwing heeft MG&H zich beroepen op geciteerde (ongedateerde) opmerkingen van makelaar [betrokkene]. MG&H heeft dit verweer eerst bij akte uitlating producties gevoerd.

30. Met gedaagden is de rechtbank van oordeel dat MG&H in laatstgenoemd verweer nieuwe stellingen en standpunten heeft aangevoerd. Gelet op het stadium van de procedure hebben gedaagden daartegen terecht bezwaar gemaakt. Los daarvan heeft MG&H niet toegelicht op grond waarvan moet worden aangenomen dat de gestelde rekenmethode een gangbaar criterium is bij de beoordeling van de marktconformiteit van de huurprijs. De rechtbank gaat aan dit betoog daarom voorbij.

31. In zijn rapport heeft deskundige Mulder gemotiveerd toegelicht dat de advieshuurprijs, gebaseerd op basis van de in het verleden gerealiseerde resultaten en de prognose voor 2018, rekening houdende met het feit dat er een aantal ruimten is die dienstbaar zijn aan de exploitatie van de golfbaan (die niet tot het gehuurde behoort), afgerond € 230.000,00 per jaar zou bedragen. Dit is minder dan de helft van de totale huurprijs van de Huurovereenkomsten per jaar (€ 521.509,80 exclusief BTW en servicekosten). Gelet op het voorgaande kan worden vastgesteld dat NBO belang had bij aanpassing van de huurprijs om tot een meer rendabele exploitatie te komen.

32. MG&H heeft gesteld dat er voor haar geen enkele reden was om met gedaagden in overleg te treden over een eventuele aanpassing van de huurprijs. Volgens MG&H konden de schulden van NBO uit haar vermogen worden voldaan. Daartoe heeft MG&H verwezen naar het actief van NBO, zoals dat uit de stukken van de splitsing blijkt. Hierdoor is niet voldaan aan het wettelijk doel om de Huurovereenkomsten vroegtijdig te kunnen opzeggen, namelijk het voorkomen van het oplopen van de schulden in de surseance, aldus MG&G.

33. MG&H heeft voorts gehamerd op de contractuele gebondenheid van NBO aan de Huurovereenkomsten, met name Huurovereenkomst A tot

het jaar 2054, en dat MG&H belang had bij voortdurende daarvan, omdat MG&H haar investeringen in het bouwen van het mfc hiermee kon terugverdienen.

34. NBO heeft de juistheid van de waarde van de betrokken vaste activa niet bestreden. Wel heeft NBO erop gewezen dat het standpunt van MG&H erop neer komt dat NBO haar vermogen grotendeels moet liquideren om aan haar huurverplichtingen te kunnen voldoen, wat niet het doel is van de verzochte surseance van betaling.

34. De rechtbank overweegt hierover het volgende. Wessels stelt dat de surseance dient om te voorkomen dat een schuldenaar, die – door welke omstandigheid ook – in ongelegenheid is geraakt of anderszins gebrek heeft aan contanten en moeilijk krediet kan krijgen, failliet wordt verklaard, met als gevolg dat zijn bedrijf ophoudt te bestaan, gedwongen vereffening plaatsvindt en in de regel kapitaalwaarde verloren gaat. Dit scenario voorkomen is een belangrijk oogmerk van de surseance; het doel is het behoud van de boedel en eventueel de voortzetting van het bedrijf, zulks gebaseerd op de (onuitgesproken) premisse dat zodoende niet alleen de schuldenaar wordt gebaat, maar ook dat het vooruitzicht bestaat dat de schuldeisers beter worden bevredigd dan in geval van faillissement.² Leuftink karakteriseert de surseance van betaling als een juridisch-economisch instrument tot overleving, een middel om vrijwillige of gedwongen liquidatie respectievelijk faillissement te vermijden, gericht op herstel van vermogen en winstcapaciteit.³

36. De wet stelt als criterium voor het voorlopig verlenen van surseance in artikel 214 Faillissementswet dat de schuldenaar “voorziet, dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan”. Gezien de verliesgevende exploitatie deed die situatie zich voor, want daardoor waren immers de uitgaven groter dan de inkomsten. Dat NBO in de gegeven situatie surseance en geen faillissement heeft aangevraagd leidt niet tot het oordeel dat zij misbruik van recht heeft gemaakt. Immers ook in een faillissement is de curator bevoegd huurovereenkomsten op te

2 B. Wessels, Insolventierecht, Surseance van betaling, nr. 8003.

3 A.L. Leuftink, Surseance van betaling (1995), p. 39, aangehaald bij Wessels, Insolventierecht, Surseance van betaling, nr. 8003.

zeggen en onweersproken is dat MG&H ook rekening hield met een beëindiging van de Huurovereenkomsten bij een faillissement van NBO. Dat betekent dat ervan uit moet worden gegaan dat het gezien de verlieslatende exploitatie van het mfc in elk geval (hetzij bij surseance hetzij bij faillissement) tot een beëindiging van de huurovereenkomsten, waar onder Huurovereenkomst A zou zijn gekomen, in weerwil van de overeengekomen looptijd tot 2054, en ongeacht het belang dat MG&H had bij voortdurende daarvan om haar investeringen terug te verdienen.

37. Ervan uitgaand dat zowel bij surseance als faillissement de Huurovereenkomsten zouden zijn opgezegd, levert het aanvragen van surseance gezien de hierboven besproken doeleinden van de surseance geen misbruik van recht op. De surseance kon immers in de gegeven situatie (juist door de als gevolg daarvan ontstane bevoegdheid de huurovereenkomsten op te zeggen) leiden tot het voorkomen van gedwongen vereffening en het ophouden van het bedrijf en maakte herstel van vermogen en winstcapaciteit mogelijk.

Surseance

38. Vervolgens is te onderzoeken of de opzegging van de huurovereenkomsten in de gegeven situatie misbruik van recht opleverde. Dat is niet het geval. Zoals hiervoor overwogen was het MG&H ook bekend dat, indien tijdens de surseance van betaling geen overeenstemming kon worden bereikt over aanpassing van huurprijs, NBO gebruik zou maken van de wettelijke bevoegdheid om de Huurovereenkomsten op te zeggen. De bewindvoerder heeft daaraan de voorwaarde gesteld dat na opzegging van de Huurovereenkomsten de huurachterstand en de resterende huurtermijnen, alsmede de overige vorderingen van de crediteuren van NBO volledig dienen te worden betaald. Aan deze voorwaarde is voldaan. Ook zijn de huurpenningen daarna tot het einde van de Huurovereenkomsten volledig aan MG&H voldaan.

39. Tot slot staat als onbetwist vast dat NBO na de opzegging van de Huurovereenkomsten en de in-trekking van de surseance van betaling pogingen heeft gedaan om met MG&H een nieuwe huurovereenkomst aan te gaan met betrekking tot het mfc. Daartoe heeft NBO aan MG&H voorgesteld om een bindende adviesregeling overeen te komen van een driemanschap om de huurprijs te bepalen. MG&H heeft dat voorstel afgewezen, en

is niet met alternatieven gekomen. MG&H heeft zich ook verzet tegen de vordering van NBO in kort geding in september 2018 om het gehuurde in Huurovereenkomst A te mogen blijven gebruiken totdat op een vordering van NBO tot vaststelling van marktconforme huurvoorwaarden in een bodemprocedure zal zijn beslist. MG&H hield daarentegen vast aan een titel tot ontruiming van het gehuurde in verband met de opzegging van de Huurovereenkomsten door NBO.

40. Het voorgaande voert tot het oordeel dat de opzegging door NBO (en GEM, ND I en ND II, voor zover die als huurders worden aangemerkt) van de Huurovereenkomsten in de gegeven omstandigheden niet kwalificeert als misbruik van bevoegdheid. De bevoegdheid werd uitgeoefend in het kader van de surseance en paste in de hierboven besproken doeleinden van een surseance, onder andere het voorkomen van bedrijfsbeëindiging en het herstel van winstgevendheid. Weliswaar kan worden vastgesteld dat NBO door de vroegtijdige opzegging zich heeft kunnen bevrijden van een langlopende huurverplichting, hetgeen voor MG&H een aanzienlijk nadeel oplevert. Maar niet kan worden gezegd dat sprake is van *onevenredigheid* tussen het belang van NBO bij uitoefening van de bevoegdheid om in surseance een huurovereenkomst op te zeggen en het belang van MG&H dat daardoor wordt geschaad. Al hetgeen MG&H daartoe verder heeft aangevoerd leidt niet tot een ander oordeel.

41. De tussentijdse conclusie is dat de Huurovereenkomsten en de aanvullende overeenkomsten hierop, waaronder het Addendum, op 19 oktober 2018 rechtsgeldig zijn beëindigd.

Vorderingen I, III en IV

42. Met gedaagden is de rechtbank van oordeel dat door het stranden van vordering II MG&H geen belang heeft bij bovenstaande vorderingen. Aan een beoordeling wordt daarom niet toegekomen.

Vordering V

43. Deze vordering strekt tot betaling van schadevergoeding door Nedstede en [gedaagde sub 6] op grond van onrechtmatige daad. MG&H heeft hiertoe als grondslag aangevoerd dat aan Nedstede en [gedaagde sub 6] als (middellijk) [functie] van NBO, ND I en ND II en GEM een persoonlijk en ernstig verwijt valt te maken ten aanzien van hun taakuitoefening en dat zij verplichtingen zijn

aangegaan waarvan zij wisten dat zij deze niet zouden kunnen nakomen.

44. Dit betoog faalt reeds, omdat de Huurovereenkomsten niet door Nedstede of [gedaagde sub 6] zijn aangegaan. De Huurovereenkomsten liepen al toen Nedstede de aandelen van NBO kocht, zoals door hen terecht is aangevoerd. Mede gelet op het oordeel dat de Huurovereenkomsten rechtsgeldig zijn opgezegd, heeft MG&H overigens onvoldoende gesteld om haar vordering, wat daarvan verder ook zij, te dragen.

Conclusie

45. De conclusie is dat het gevorderde zal worden afgewezen. MG&H zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden veroordeeld.

45. Hoewel in dit geval een verklaring voor recht is gevorderd, zal de rechtbank gezien het belang van de zaak tarief IV toepassen.

Beslissing

De rechtbank:

wijst het gevorderde af; veroordeelt MG&H in de proceskosten (...; red.); verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. *Inleiding.* Dit vonnis geeft een inzicht in een hoogoplopend huurgeschil en biedt inzicht in de mogelijkheden die een huurder kan aangrijpen om te trachten een huurverlaging te krijgen zodat hij zijn bedrijfsactiviteiten kan continueren. Het onderhavige geschil speelt rond de Golfbaan Naarderbos. Dat de exploitatie van deze golfbaan lastig is, blijkt uit het feit dat twee eerdere exploitanten al failliet zijn gegaan. Het geschil in deze procedure speelt tussen Multi Golf & Health BV (hierna: "MG&H") als verhuurder, en Naarderbos Ontwikkeling BV en enkele andere groepsvenootschappen (hierna: "NBO c.s.") als huurder van verschillende (erfpacht)percelen en het (golf) clubhuis. NBO c.s. verkeerde lange tijd in financiële problemen mede door hoge huurlasten. NBO c.s. heeft MG&H meermaals om een huurverlaging gevraagd, maar MG&H heeft die verzoeken afgewezen. Om de impasse te doorbreken verzoekt en verkrijgt NBO c.s. voorlopige surseance van betaling waarop NBO c.s. – met medewerking van de bewindvoerder – de huurovereen-

komsten ex. art. 238 Fw beëindigt. Kort daarna verzoekt NBO c.s., als sursiet, de rechtbank om de voorlopige surseance ex art. 247 Fw in te trekken. De rechtbank staat de intrekking toe en daarmee komt de voorlopige surseance van betaling ten einde. NBO c.s. kan door met haar bedrijfsactiviteiten, zonder zware huurlasten maar eveneens zonder huurovereenkomst (waarover later meer).

2. *Werking voorlopige surseance van betaling.* MG&H maakt bezwaar tegen deze wijze van beëindiging van de huurovereenkomst met de stelling dat NBO c.s. misbruik van haar recht heeft gemaakt door voorlopige surseance van betaling aan te vragen en deze vervolgens, na de opzegging, weer in te trekken. De rechtbank wijst alle vorderingen van MG&H af. In haar motivering constateert de rechtbank dat de Faillissementswet ten aanzien van de huuropzeggingsmogelijkheid geen onderscheid maakt tussen voorlopige en definitieve surseance van betaling, en dat ook de wetsgeschiedenis daarvoor geen grond biedt. Bij de omzetting van een voorlopige naar een definitieve surseance worden de handelingen "getoetst" die tijdens de surseance zijn verricht.

Door de intrekking van de voorlopige surseance is in de onderhavige zaak de toetsing achterwege gebleven. Die omstandigheid kan echter op zichzelf niet ertoe leiden dat de opzegging niet rechtsgeldig is, nu de wettelijke systematiek een dergelijke constructie mogelijk maakt, aldus de rechtbank. MG&H is tijdig ingelicht over de op handen zijnde beëindiging en heeft geen gebruik gemaakt van de rechtsingangen en correctiemechanismen die de wet biedt (o.a. art. 242 Fw, art. 225 Fw of het vorderen van een ordemaatregel bij de voorzieningenrechter).

3. *Misbruik van recht.* De beëindiging van de huurovereenkomst heeft plaatsgevonden door NBO c.s., met medewerking van de bewindvoerder, met goedkeuring van de rechter-commissaris en uiteindelijk heeft ook de rechtbank toezicht uitgeoefend bij het intrekken van de surseance (zie hieronder onder 4). De beëindiging in surseance is met waarborgen omkleed en het beroep op misbruik van recht gaat niet op. De rechtbank motiveert dit uitgebreid, onder verwijzing naar literatuur en oordeelt dat de surseance dient om te voorkomen dat de schuldenaar ophoudt te bestaan en dat een faillissement het gevolg is. Het doel is het voortzetten van de onderneming met daarbij het vooruitzicht dat de schuldeisers op

termijn meer zullen ontvangen dan in faillissement. (B. Wessels, *Insolventierecht: Surseance van betaling*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 8003, p. 2). De rechtbank maakt daarna een afweging tussen de belangen van partijen. In dit geval heeft de rechtbank de belangen van de schuldenaar/huurder zwaarder laten wegen, nu de huurder gebruik heeft gemaakt van geldende wettelijke bevoegdheden. Het opzeggen van de huurovereenkomst past in het doel van de surseance. In de belangenafweging betreft de rechtbank tevens de marktconformiteit van de huurprijs. NBO c.s. heeft in de procedure naar voren gebracht dat de huurprijs niet marktconform was. De rechtbank gaat hierin mee en onderschrijft de visie van deskundigenrapporten, waarin is onderbouwd dat de huurprijs te hoog was. In het kader van de voorlopig verleende surseance rechtvaardigt dat de beëindiging van de huurovereenkomst. Men kan zich afvragen of de rechter niet te ver gaat nu de partijautonomie tussen professionele partijen en de contractsvrijheid fundamentele beginselen van het overeenkomstenrecht zijn (zie *Asser/Sieburgh 6-III 2018/41*). Het feit dat de huurprijs thans niet (meer) marktconform lijkt, zegt niets over de omstandigheden en redenen waaronder de contractspartijen de huurovereenkomsten zijn aangegaan. Benadrukt moet worden dat het in zijn algemeenheid niet vanzelfsprekend is dat een schuldenaar met een dergelijke wijze van opzegging in zijn opzet slaagt. Als de surseance bewust wordt aangevraagd en het evident is dat één crediteur specifiek wordt benadeeld om vervolgens de surseance weer in te trekken, slaat de belangenafweging potentieel door naar de andere kant (zoals ook het geval kan zijn bij het misbruik van faillissementsrecht (Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, «JOR» 1996/16, m.nt. S.C.J.J. Kortmann)).

4. *Intrekking ex art. 247 Fw*. Een intrekkingverzoek door de sursiet komt in de praktijk zelden voor. De schuldenaar kan op ieder moment tijdens de surseance aan de rechtbank verzoeken de surseance in te trekken, omdat hij zijn betalingen – al dan niet gedeeltelijk – kan hervatten. Bij de beoordeling van het verzoek stelt de rechtbank het belang van de schuldeisers voorop, waarbij ook het individuele belang van één schuldeiser de doorslag kan geven. De Memorie van Toelichting zegt daarover: “Het Ontwerp geeft dus den rechter de bevoegdheid op verzoek van den schuldenaar de surséance in te trekken, zon-

der hem daartoe echter in enig geval te verplichten. Immers de rechter heeft te waken voor de rechten der minderheid en hij behoort dus vrij te zijn om de intrekking der surséance te weigeren, wanneer niet duidelijk blijkt dat de toestand des boedels verbeterd is, of wanneer de schuldeisers of eenigen van hen met de intrekking geen genoegen nemen, of er door benadeeld kunnen worden.” (vgl. Rb. 's-Gravenhage, 5 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR6703 en Rb. Arnhem 26 juli 1960, NJ 1960/621). Bij het intrekkingverzoek zal de bewindvoerder zijn advies geven aan de rechtbank. In het onderhavige geval heeft de rechtbank het intrekkingverzoek gehonoreerd, maar dat is geen vanzelfsprekendheid. Ook in dat opzicht heeft de sursiet hier dus een risico genomen.

5. *Leegstandschade*. Interessant is nog de vraag of de verhuurder recht zou hebben op de leegstandschade die voortvloeit uit de beëindiging van de huurovereenkomst ex art 238 Fw (zie ook HR 14 januari 2011, «JOR» 2011/101, m.nt. J.J. van Hees (*Aukema q.q./Uni-Invest*) en deze na einde van de surseance van de schuldenaar zou kunnen vorderen. In dit geval is het mijns inziens goed verdedigbaar dat, wanneer de huurovereenkomst daar een aanknopng voor biedt, de verhuurder de leegstandschade (nadat de surseance is ingetrokken) kan vorderen van de schuldenaar (analoog aan de werknemersvorderingen, zie Hof Amsterdam 27 september 2001, «JOR» 2001/245, m.nt. Loesberg).

6. *Wat heeft NBO c.s. hiermee bereikt?* Het onder nr. 3 genoemde kort geding was aanhangig gemaakt door NBO c.s. waarin werd verzocht om een voortzetting van de – in surseance beëindigde – huurovereenkomst, maar dan voor een lagere huur. Tegelijkertijd vorderde MG&H in reconventie ontruiming van het gehuurde. De voorzieningenrechter heeft in die procedure de vorderingen van MG&H toegewezen en die van NBO c.s. afgewezen. Het doel van NBO c.s. was destijds het blijven gebruiken van (een deel van) het gehuurde tegen een lagere huurprijs. Dit is niet gelukt. Uit het bovenstaande vonnis van de Rechtbank Amsterdam leren we dat het gevolg hiervan uiteindelijk toch het faillissement van de golfbaan wordt. Het lijkt er dus op dat NBO c.s. uiteindelijk haar doel niet heeft kunnen bereiken en de exploitatie heeft moeten staken.

7. *Goed alternatief voor de Wet homologatie onderhands akkoord (“WHOA”)?* De casus leent zich

ook voor een beoordeling van de vraag of deze wijze van handelen binnen de grenzen van de wet een goed alternatief vormt voor een procedure onder de WHOA. De WHOA voorziet ook in een mogelijkheid om contracten op te zeggen of te wijzigen en een bepaalde klasse die tegen het akkoord stemt, te dwingen dat te accepteren (een zogenoemde "cramdown"). Voordeel voor de schuldenaar van de WHOA is dat hij als *debtor in possession* de procedure doorloopt: er wordt geen bewindvoerder of curator benoemd die over diens vermogen kan beschikken en de schuldenaar kan dus zelf aan de touwtjes blijven trekken. De WHOA biedt in tegenstelling tot de surseance wel een voorziening waardoor een beroep op *ipso facto*-clausules wordt verhinderd tijdens het voorbereiden en aanbieden van een akkoord of door de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (art. 373 lid 3 ontwerp-Fw). Bij de beëindiging of wijziging van een overeenkomst onder de WHOA vindt er alsnog een rechterlijke toetsing plaats als de wederpartij niet instemt met een dergelijk voorstel, waarbij de vordering tot schadevergoeding door de opzegging meteen in het akkoord kan worden meegegenomen (art. 373 lid 1 en 2 jo. 383 lid 7 en 8 ontwerp-Fw). De rechtbank moet zich hier dus uiteindelijk wel over uitlaten, maar in de voorfase van een WHOA-traject is er zodoende wel meer ruimte voor de schuldenaar om te onderhandelen met de verhuurder(s) om een impasse te doorbreken. Wanneer de verhuurder niet akkoord zou gaan met een wijziging van de lopende overeenkomst, kan de huurder de overeenkomst beëindigen. Het is dan aan de verhuurder om een keus te maken tussen een doorlopende huur-overeenkomst met een lagere huur of een beëindiging van de huurovereenkomst. Kiest de verhuurder voor het laatste, dan is het eindresultaat vergelijkbaar met de onderhavige casus.

mr. E.J.R. Verwey
Clifford Chance LLP

133

Hypotheekhouder vordert schadevergoeding in strafproces

Hoge Raad
3 maart 2020, nr. 18/04152,
ECLI:NL:HR:2020:368
(mr. Van Schendel, mr. Van den Brink, mr. Claassens)
(Concl. A-G Spronken)
Noot mr. A.J.P. Schild

Strafzaak. Begrip "rechtstreekse schade" ex art. 51f lid 1 en 361 lid 2 onder b Sv. Huurder van pand, waarop hypotheek gevestigd is, brengt vernielingen aan pand aan. Hypotheekhouder heeft rechtstreekse schade geleden omdat door de vernielingen de verkoopopbrengst lager was. Ontvankelijkheid hypotheekhouder in vordering tot vergoeding van als benadeelde partij geleden schade. Verwijzing naar HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793.

[Sv art. 51f lid 1, 361 lid 2 onder b]

In zijn overzichtsarrest van 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793 over de vordering van de benadeelde partij, heeft de Hoge Raad onder meer het volgende vooropgesteld:

"Rechtstreekse schade" (art. 51f lid 1 Sv; art. 361 lid 2 aanhef en onder b Sv)

De benadeelde partij kan in het strafproces vergoeding vorderen van de schade die zij door een strafbaar feit heeft geleden indien tussen het bewezenverklaarde handelen van de verdachte en de schade voldoende verband bestaat om te kunnen aannemen dat de benadeelde partij door dit handelen rechtstreeks schade heeft geleden. Voor de beantwoording van de vraag of zodanig verband bestaat zijn de concrete omstandigheden van het geval bepalend. Voor het aannemen van zodanig verband is niet vereist dat de schade betrekking heeft op voorwerpen die in de bewezenverklaring zijn vermeld. Evenmin geldt met betrekking tot vermogensdelicten als bovengrens aan de schadevergoeding het bedrag dat de verdachte door het bewezenverklaarde misdrijf heeft