

# Jurisprudentiebespreking

## TvHB 2016/17

Gerechtshof Amsterdam

22 december 2015

ECLI:NL:GHAMS:2015:5426

(appellanten / geïntimeerde)

Geen cassatie ingesteld

### Samenvatting

*Faillissement, opzegging ex art. 39 Fw, meerdere huurders*

Twee natuurlijke personen hebben een bedrijfsruimte gehuurd. De huurders waren gezamenlijk contractueel huurder en zij waren op grond van de huurovereenkomst jegens de verhuurder hoofdelijk aansprakelijk voor alle uit de huurovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Eén van de huurders wordt in staat van faillissement verklaard, waarna de verhuurder overgaat tot opzegging van de huurovereenkomst jegens beide huurders op grond van art. 39 Fw. Het hof overweegt dat wegens ondeelbaarheid van de huurovereenkomst de verhuurder in beginsel tot opzegging bevoegd is. De niet-gefaillieerde huurder komt, op grond van de onsplitsbaarheid van het huurrecht, geen te honoreren beroep op huurbescherming toe. Wel dient te worden onderzocht of de opzegging jegens de niet-failliete huurder misbruik van bevoegdheid oplevert. Uiteindelijk houdt de opzegging door de verhuurder geen stand ten opzichte van de niet-gefaillieerde huurder, omdat de opzegging als misbruik van bevoegdheid wordt gekwalificeerd.

### Hof

1. [appellante sub 1],

2. [appellante sub 2],

beiden wonend te [woonplaats],

appellanten,

tevens incidenteel geïntimeerden,

advocaat: mr. H.L. Thiescheffer te Leeuwarden,

tegen:

[geïntimeerde],

zonder vaste woon- of verblijfplaats in Nederland,

geïntimeerde,

tevens incidenteel appellant,

advocaat: mr. R. Teitler te Amsterdam.

### 1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna enerzijds [appellante sub 1] en [appellante sub 2] en anderzijds [geïntimeerde] genoemd.

[appellante sub 1] en [appellante sub 2] zijn bij dagvaarding van 10 november 2014 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de kantonrechter), van 10 oktober 2014, onder bovengenoemd zaaknummer gewezen tussen onder andere [appellante

sub 1] en [appellante sub 2] als eiseressen in conventie, tevens verweersters in reconventie en [geïntimeerde] als gedaagde in conventie, tevens eiser in reconventie.

De appeldagvaarding bevat de grieven. Ter rolle hebben [appellante sub 1] en [appellante sub 2] geconcludeerd overeenkomstig die dagvaarding en daarbij een productie in het geding gebracht.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel;

- memorie van antwoord in incidenteel appel.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 8 oktober 2015 doen bepleiten, beiden door hun voornoemde advocaat, mr. Thiescheffer, aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. De zaak is vervolgens aangehouden voor schikkingsonderhandelingen.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellante sub 1] en [appellante sub 2] hebben geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog in conventie voor recht zal verklaren dat: (i) de vennootschap onder firma [X], met KvK nummer [nummer 1], kan worden aangemerkt als huurder van het gehuurde en dat deze vennootschap onder firma daarmee is toegetreten tot de huurovereenkomst van 20 juli 2010, (ii) de huuropzegging van 13 september 2013 rechtens geen effect heeft en de huurovereenkomst derhalve niet per 31 december 2013, althans per 1 januari 2014 zal eindigen en voorts dat het hof – uitvoerbaar bij voorraad – de vordering in reconventie alsnog zal afwijzen, met beslissing over de proceskosten.

[geïntimeerde] heeft in principaal hoger beroep geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, met – uitvoerbaar bij voorraad – beslissing over de proceskosten. In incidenteel hoger beroep heeft hij geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis deels zal vernietigen en alsnog – uitvoerbaar bij voorraad – [appellante sub 1] en [appellante sub 2] hoofdelijk zal veroordelen tot betaling van de jaarlijkse indexering vanaf 1 februari 2014 tot aan de dag van ontruiming van het voormalig gehuurde, met rente, met beslissing over de proceskosten.

[appellante sub 1] en [appellante sub 2] hebben in incidenteel hoger beroep geconcludeerd tot afwijzing van de vordering, met – uitvoerbaar bij voorraad – beslissing over de proceskosten.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

### 2 Feiten

2.1. De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1.1 tot en met 1.12 de feiten vastgesteld die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook bij het hof als uitgangspunt. Voor zover in

hoger beroep van belang en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen deze feiten neer op het volgende.

2.2. [appellante sub 1] is de dochter van [appellante sub 2] en [Y] (hierna ook: [Y]).

[appellante sub 2] en [Y] zijn gescheiden.

2.3. [geïntimeerde] heeft de bedrijfsruimte, bestemd om te worden gebruikt als restaurant en gelegen op de beletage van het pand aan de [adres] (hierna: het gehuurde), verhuurd aan [appellante sub 1] en [Y].

2.4. De op 20 juli 2010 door partijen ondertekende schriftelijke huurovereenkomst luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

*"3.1 Deze overeenkomst is aangegaan voor de duur van 5 jaar en 0 maanden, ingaande op 1 juli 2010 en lopende tot en met 30 juni 2015. Waarbij tussentijdse opzegging niet mogelijk is.*

*3.2 Na het verstrijken van de 3.1 genoemde periode wordt deze overeenkomst, na eventuele herziening van de huursom, mogelijk voortgezet voor een aansluitende periode van 5 jaar, derhalve tot en met 30 juni 2020. Deze overeenkomst wordt vervolgens mogelijk voortgezet voor aansluitende perioden van telkens 5 jaar.*

*3.3 Beëindiging van deze overeenkomst vindt plaats door opzegging tegen het einde van een huurperiode met inachtneming van een termijn van tenminste 6 maanden. (...)*

*4.1 De aanvangshuurprijs van het gehuurde bedraagt voor de eerste maand (juli 2010) € 4.000,- per maand. (...)*

*4.5 Onverminderd de mogelijkheden die de wet biedt om een huuraanpassing te realiseren, wordt de huurprijs jaarlijks per 1 augustus, voor het eerst met ingang van 1 augustus 2011, aangepast overeenkomstig artikel 9.1 algemene bepalingen en met inachtneming van het 9.2 tot en met 9.6 algemene bepalingen. (...)"*

2.5. De op de huurovereenkomst van toepassing verklaarde 'Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW' (versie juli 2003; hierna de algemene bepalingen), luiden voor zover hier van belang als volgt:

*"6.1 Huurder zal het gehuurde – gedurende de gehele duur van de huurovereenkomst – daadwerkelijk, geheel, behoorlijk en zelfgebruiken uitsluitend overeenkomstig de in de huurovereenkomst aangegeven bestemming. (...)*

*8.1 Behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van verhuurder is het huurder niet toegestaan het gehuurde geheel of gedeeltelijk aan derden in huur, onderhuur of gebruik af te staan, dan wel de huur-rechten geheel of gedeeltelijk aan derden over te dragen of in te brengen in een personenvennootschap of rechtspersoon. (...)*

*9.1 Een in 4.5 van de huurovereenkomst overeengekomen wijziging van de huurprijs vindt plaats op basis van de wijziging van het maandprijsindexcijfer volgens de consumentenprijsindex (CPI) reeks alle huishoudens (2000=100), gepubliceerd door het Centraal Bureau voor de statistiek (CBS). (...)*

*21.1 Indien verscheidene (natuurlijke of rechts-)personen zich als huurder hebben verbonden, zijn deze steeds hoofdelijk en ieder voor het geheel jegens verhuurder*

*aansprakelijk voor alle uit de huurovereenkomsten voortvloeiende verbintenissen. (...)"*

2.6. Voorafgaand aan het sluiten van de huurovereenkomst was in het gehuurde een restaurant gevestigd van [Z], een zakenpartner van [geïntimeerde]. [Y] heeft de goodwill en de inventaris van het restaurant gekocht.

2.7. [appellante sub 1] en [Y] hebben op 20 juli 2010 – de datum van ondertekening van de huurovereenkomst – de vennootschap onder firma [X] (KvK-nummer [nummer 2]; hierna: vof-1) opgericht. De exploitatie van het restaurant is in deze vof ondergebracht.

[Y] is op 22 juli 2010 uitgetreden uit vof-1. [appellante sub 2] is toen toegetreden.

De onderneming werd met ingang van 9 mei 2011 voortgezet door de eenmanszaak [X] (KvK-nummer [nummer 3]) van [appellante sub 2].

Vanaf 1 oktober 2011 is de onderneming gedreven door de, op die datum opgerichte vennootschap onder firma [X] (KvK-nummer [nummer 1]; hierna: vof-2), met als vennoten [appellante sub 1] en [appellante sub 2].

2.8. De rechtbank 's-Gravenhage heeft [Y] bij vonnis van 18 mei 2011 op vordering van [Z] veroordeeld het restant van de voor goodwill en inventaris van het restaurant verschuldigde koopsom ter grootte van € 31.000,-, vermeerderd met rente en kosten, aan [Z] te betalen.

2.9. Bij vonnis van 15 december 2011 heeft de voorzieningenrechter te Amsterdam de vordering van [geïntimeerde], ingesteld tegen [Y], [appellante sub 1] en [appellante sub 2] en strekkende tot ontruiming van het gehuurde, afgewezen. De vordering was gegrond op de stellingen dat [appellante sub 1] en [Y] a) het gehuurde niet meer zelf gebruikten, b) [geïntimeerde] hadden beledigd en daarom handelden als slecht huurder, c) [geïntimeerde] 's zakenpartner [Z] hadden benadeeld en d) de huur te laat betaalden, en dat [appellante sub 2] het gehuurde zonder recht of titel gebruikte.

2.10. [Y] is, mede op vordering van [Z], op 13 augustus 2013 failliet verklaard, met aanstelling van mr. M. Rooimans als curator (hierna: mr. Rooimans).

2.11. [appellante sub 1] heeft [geïntimeerde] op 22 augustus 2013 verzocht vof-2 als huurder van de bedrijfsruimte aan te merken. [geïntimeerde] heeft het verzoek afgewezen.

2.12. Bij brief van 13 september 2013 heeft de gemachtigde van [geïntimeerde] de huur opgezegd tegen 31 december 2013 op grond van het bepaalde in artikel 39 van de Faillissementswet. Mr. Rooimans, [appellante sub 1] en [appellante sub 2] hebben niet ingestemd met de opzegging.

### 3 Beoordeling

3.1. In de eerste aanleg van deze procedure hebben mr. Rooimans, [appellante sub 1] en [appellante sub 2] in conventie gevorderd (i) voor recht te verklaren dat vof-2 als huurder van het gehuurde kan worden aangemerkt, (ii) mr. Rooimans en [appellante sub 1] te machtigen vof-2 in hun plaats te stellen als huurder van het gehuurde en (iii) voor recht te verklaren dat de opzegging van 13 september 2013 geen effect

heeft en de huurovereenkomst niet eindigt per 31 december 2013, kosten rechtens.

[geïntimeerde] heeft in reconventie, na wijziging van eis, gevorderd (i) primair voor recht te verklaren dat de huurovereenkomst is geëindigd door de opzegging van 13 september 2013 en (ii) subsidiair de huurovereenkomst te ontbinden, (iii) het primair en subsidiair gevorderde met veroordeling van [appellante sub 1] tot ontruiming van het gehuurde, (iv) meer subsidiair [appellante sub 1] te veroordelen tot betaling van € 4.810,20 per 1 juni 2014 (in het bestreden vonnis staat abusievelijk 1 februari 2014; hof) wegens huurachterstand, bestaande uit onbetaald gebleven indexeringen van de huurprijs, te vermeerderen met wettelijke handelsrente, alsmede tot betaling van € 4.328,60 per maand vanaf de ontbinding tot de ontruiming en tot betaling van € 11.400,= aan contractuele boetes, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente en (v) nog meer subsidiair, indien de primaire vordering in conventie zou worden toegewezen, de vorderingen in reconventie onder (ii) tot en met (iv) toe te wijzen jegens vof-2 en haar vennoten [appellante sub 1] en [appellante sub 2], kosten rechtens.

3.2. De kantonrechter heeft de vorderingen in conventie afgewezen, met veroordeling van mr. Rooimans, [appellante sub 1] en [appellante sub 2] in de gedingkosten. In reconventie heeft de kantonrechter voor recht verklaard dat de huurovereenkomst met betrekking tot het gehuurde is geëindigd als gevolg van de opzegging van 13 september 2013 en mr. Rooimans, [appellante sub 1] en [appellante sub 2] veroordeeld tot ontruiming van het gehuurde, alsmede tot betaling van € 4.810,20 ter zake van onbetaald gebleven indexeringen van de huurprijs, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 februari 2012, de proceskosten gecompenseerd en het meer of anders gevorderde afgewezen.

3.3. Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen [appellante sub 1] en [appellante sub 2] met hun grieven in principaal hoger beroep op. De grieven in incidenteel appel betreffen de afwijzing van de vordering in reconventie tot betaling van een gebruiksvergoeding vanaf de ontbinding tot de ontruiming en de compensatie van de gedingkosten in reconventie.

3.4. Mr. Rooimans (of [Y], voor zover het faillissement zou zijn beëindigd) is geen partij in hoger beroep.

[geïntimeerde] heeft het gehuurde in verband met het onderhavige hoger beroep nog niet doen ontruimen.

#### *In principaal hoger beroep*

3.5. Grief 1 in principaal hoger beroep betreft de verwerping door de kantonrechter van de stelling van [appellante sub 1] en [appellante sub 2] dat [geïntimeerde] stilzwijgend heeft ingestemd met vof-2 als huurder. [appellante sub 1] en [appellante sub 2] achten deze overweging onjuist, gelet op de bekendheid van [geïntimeerde] met de wisselingen aan de zijde van huurder, zoals volgt uit het vonnis in kort geding van 15 december 2011, en het na dat vonnis uitblijven van verdere acties van [geïntimeerde]

tegen vof-2, met als vennoten [appellante sub 1] en [appellante sub 2]. Volgens [appellante sub 1] en [appellante sub 2] heeft [geïntimeerde] daarom stilzwijgend ingestemd met, althans zijn medewerking verleend aan het overdragen van de huurrechten aan deze vof.

3.6. De grief faalt. Niet in geschil is immers dat vof-2 een andere partij is dan de natuurlijke personen [appellante sub 1] en [Y], die de contractuele wederpartij zijn van [geïntimeerde]. Zowel op grond van artikel 6:159 lid 1 BW als op grond van artikel 8.1 van de algemene bepalingen is medewerking van [geïntimeerde] bij contractoverdracht vereist. In laatstgenoemd artikel is expliciet bepaald dat het huurder niet is toegestaan zonder schriftelijke toestemming van verhuurder het gehuurde aan derden in gebruik te geven, dan wel de huurrechten over te dragen aan of in te brengen in een personenvennootschap of rechtspersoon. Tegen deze achtergrond kan uit het enkele (gestelde) stilzitten van [geïntimeerde] na de afwijzing van de door hem verzochte voorlopige voorziening bij vonnis van 15 december 2011 niet worden afgeleid dat hij vof-2 daadwerkelijk als huurder in plaats van [appellante sub 1] en [Y] aanvaardde. Andere feiten of omstandigheden waaruit dat zou kunnen worden afgeleid zijn ook in hoger beroep niet gesteld of gebleken.

3.7. Met grief 2 in principaal hoger beroep keren [appellante sub 1] en [appellante sub 2] zich tegen de overweging van de kantonrechter dat de huurovereenkomst (ook) jegens [appellante sub 1] per 31 december 2013 is geëindigd door de opzegging op grond van artikel 39 Faillissementswet (Fw). Deze opzegging regardeert [appellante sub 1] als niet gefailleerde medehuurder niet. Voor zover dat anders zou zijn, handelt [geïntimeerde] jegens [appellante sub 1] in strijd met de redelijkheid en billijkheid en artikel 3:13 BW, aldus [appellante sub 1] en [appellante sub 2].

3.8. Het hof oordeelt als volgt. Gelet op de huurovereenkomst, die onbetwist betrekking heeft op bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW, waren [Y] en [appellante sub 1] samen de wederpartij van [geïntimeerde]. Hij kan op grond van de gesloten overeenkomst [appellante sub 1] en [Y], ieder voor het geheel, aanspreken voor de op de huurder rustende verbintenissen. Dit biedt [geïntimeerde] extra zekerheid voor de juiste nakoming van de verbintenissen uit de huurovereenkomst. [appellante sub 1] en [appellante sub 2] kunnen niet worden gevolgd in hun stelling dat de hoofdelijke verbondenheid van [appellante sub 1] en [Y] op grond van artikel 21.1 algemene bepalingen met zich brengt dat zij ieder afzonderlijk als huurder moeten worden gezien en dat de opzegging wegens het faillissement van [Y] [appellante sub 1] niet aangaat. Mede gelet op de bedongen hoofdelijke verbondenheid van [appellante sub 1] en [Y] moet de rechtsverhouding waarin zij tot [geïntimeerde] op grond van de gesloten huurovereenkomst staan, worden beschouwd als ondeelbaar en niet te splitsen in twee los van elkaar staande rechtsverhoudingen. Gesteld noch gebleken is dat mr. Rooimans, in haar hoedanigheid van curator in het faillissement van [Y], instemde met

voortdurende betrokkenheid van [Y] bij het drijven van het restaurant. Uit de inleidende dagvaarding blijkt slechts dat zij meende dat het faillissement van [Y] niet in de weg stond aan een verzoek van haar en [appellante sub 1] om vof-2 als huurder in de plaats te stellen van [appellante sub 1] en [Y], een verzoek dat in hoger beroep niet meer aan de orde is. Nu [Y] in staat van faillissement verkeerde was [geïntimeerde], gelet op de ondeelbaarheid van de huurovereenkomst, in beginsel bevoegd de huurovereenkomst aan [Y] en [appellante sub 1] op te zeggen op grond van artikel 39 Fw. [appellante sub 1] alleen komt daarbij, op grond van de onsplitsbaarheid van het huurrecht, geen te honoreren beroep op huurbescherming toe. In zoverre faalt grief 2 in principaal hoger beroep.

3.9. Wel dient, zoals [appellante sub 1] en [appellante sub 2] voor dit geval terecht hebben gesteld, te worden onderzocht of de opzegging door [geïntimeerde] jegens haar misbruik van bevoegdheid oplevert. Het hof beantwoordt deze vraag bevestigend. De huurovereenkomst is ingegaan op 1 juli 2010 en [appellante sub 1] heeft sindsdien de onderneming in het gehuurde gedreven en zorg gedragen voor de betaling van de huur. [geïntimeerde] heeft onvoldoende gemotiveerd bestreden dat de onderneming goed loopt en voldoende zekerheid biedt voor de betaling van de huur. De betalingsachterstand waarnaar hij in dit verband verwijst betreft uitsluitend de hierna bij grief 3 te bespreken indexering. Bovendien heeft [geïntimeerde] gewezen op de omstandigheid dat de huur in de loop van de maand wordt voldaan in plaats van voor de eerste van de maand. Bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep heeft [geïntimeerde] bij monde van zijn advocaat te kennen gegeven dat [appellante sub 1] in het gehuurde mag blijven als zij de huur en de indexering maar betaalt. Hieruit blijkt dat [geïntimeerde] wel staat op het alsnog betalen van de indexering maar deze kwestie op zichzelf niet zo zwaarwegend vindt dat hij reeds op grond van het feit dat [appellante sub 1], [Y] en [appellante sub 2] deze indexering tot nu toe niet daadwerkelijk hebben voldaan en de huur niet voor de eerste van de maand betalen de ontbinding van de huurovereenkomst daadwerkelijk uitgesproken wil zien. Na het kort geding in december 2011, waarin hij zonder succes onder meer 'de structureel te late betaling' aan zijn vordering tot ontruiming ten grondslag had gelegd, heeft [geïntimeerde] ook niet eerder dan bij brief van 29 mei 2013 aan [appellante sub 1], [Y] en [appellante sub 2] geschreven dat hij over zou gaan tot ontbinding van de overeenkomst als zij de huur niet op tijd zouden betalen en de indexering niet zouden voldoen. Het hof neemt naast voornoemde uitlating van zijn advocaat bij pleidooi in hoger beroep voorts in aanmerking dat [geïntimeerde] voor de overige klachten – voor zover relevant – die hij heeft geuit in het ook in zoverre vergeefs door hem aanhangig gemaakte kort geding in december 2011, waaronder de 'carrousel' aan wijzigingen in de tenaamstelling van de onderneming tot 1 oktober 2011, na dat kort geding geen aandacht meer heeft gevraagd. Tegen deze achtergrond is het hof van oordeel dat het belang van [geïntimeerde]

bij beëindiging van de huurovereenkomst jegens [appellante sub 1] in geen verhouding staat tot het belang van [appellante sub 1] om de in het gehuurde gedreven onderneming te kunnen voortzetten. Gelet op de onevenredigheid die aldus bestaat tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, heeft [geïntimeerde] dan ook naar redelijkheid niet tot de uitoefening van zijn opzeggingsbevoegdheid jegens [appellante sub 1] kunnen komen. In zoverre slaagt grief 2 in principaal hoger beroep.

3.10. Grief 3 in principaal hoger beroep is gericht tegen de overweging van de kantonrechter dat de jaarlijkse indexering is verschuldigd op grond van artikel 4.5 van de huurovereenkomst en dat niet is gebleken van een andersluidende afspraak tussen partijen. Ter toelichting op hun stelling dat een andersluidende afspraak is gemaakt, hebben [appellante sub 1] en [appellante sub 2] in hoger beroep niets anders naar voren gebracht dan dat de aanvankelijk door [geïntimeerde] genoemde huurprijs van € 3.000,- (het bedrag dat ook [Z] betaalde; conclusie van dupliek in reconventie, nummer 8) door [geïntimeerde] is verhoogd tot € 4.000,-, 'waarbij van de zijde van de huurder kenbaar is gemaakt dat akkoord kon worden gegaan met een bedrag van € 4.000,- mits deze huurprijs vijf jaar ongewijzigd in stand zou blijven' en 'dat er geen indexering zou plaatsvinden'. Volgens de conclusie van dupliek in reconventie, nummer 8, zou dit hebben plaatsgevonden 'op het moment dat de huurovereenkomst werd gesloten'.

3.11. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is deze stelling van [appellante sub 1] en [appellante sub 2] niet te rijmen met de omstandigheid dat de verplichting om de indexering vanaf 1 augustus 2011 te betalen, is opgenomen in het vijfde lid van artikel 4 van de huurovereenkomst, in welk artikel ook de huurprijs van € 4.000,- staat vermeld, zonder enige opmerking in de schriftelijke overeenkomst die wijst op de gestelde andersluidende afspraak. Het had op de weg van [appellante sub 1] en [appellante sub 2] gelegen om in hoger beroep tenminste toe te lichten hoe het komt dat de door hen gestelde andersluidende afspraak, die zou zijn gemaakt op het moment dat de huurovereenkomst werd gesloten, niet heeft geleid tot een aanpassing van of opmerking naar aanleiding van artikel 4.5 van de schriftelijke huurovereenkomst. Bij gebreke van deze toelichting hebben zij onvoldoende gesteld om tot het oordeel te kunnen komen dat zij de indexering niet overeenkomstig artikel 4.5 van de overeenkomst zijn verschuldigd. Het bewijsaanbod wordt dan ook gepasseerd. De grief faalt.

3.12. Grief 7 in principaal hoger beroep betreft de hoofdelijke veroordeling van [appellante sub 2] tot betaling van het bedrag van € 4.810,20 ter zake van de niet betaalde indexering, terwijl de kantonrechter heeft overwogen dat zij geen huurder is. Deze grief slaagt. [geïntimeerde] heeft – ook in hoger beroep – geen stellingen betrokken die tot de conclusie kunnen leiden dat [appellante sub 2] aansprakelijk kan worden gehouden voor de niet betaalde



indexering. Daaraan doet niet af dat zij samen met [appellante sub 1] de onderneming drijft.

3.13. De grieven 5 en 6 in principaal hoger beroep hebben geen zelfstandige betekenis en behoeven geen afzonderlijke bespreking. Grief 4 is gericht tegen de proceskostenveroordeling in conventie. Daarop komt het hof hierna terug.

3.14. Het gedeeltelijk slagen van grief 2 in principaal hoger beroep betekent dat de kantonrechter ten onrechte in reconventie voor recht heeft verklaard dat de huurovereenkomst met betrekking tot het gehuurde is geëindigd als gevolg van de opzegging van 13 september 2013.

3.15. [geïntimeerde] heeft in reconventie in eerste aanleg subsidiair de ontbinding van de huurovereenkomst gevorderd. Deze door de kantonrechter afgewezen vordering dient het hof, gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep, thans te bespreken. De door [geïntimeerde] daaraan ten grondslag gelegde omstandigheden zijn: het niet voldoen van de jaarlijkse indexering, het niet voor de eerste van de maand betalen van de huur, het illegaal in gebruik geven van het gehuurde aan [appellante sub 2] en de beledigingen aan het adres van [geïntimeerde]. Dit zijn allemaal omstandigheden die hiervoor onder 3.9 reeds zijn besproken in het kader van de vraag of [geïntimeerde] naar redelijkheid tot de uitoefening van zijn opzeggingsbevoegdheid jegens [appellante sub 1] kon komen, welke vraag het hof ontkennend heeft beantwoord. Daarom moet een en ander eveneens worden aangemerkt als van zodanig geringe betekenis dat de ontbinding met haar gevolgen daardoor niet wordt gerechtvaardigd. De vordering tot ontbinding van de huurovereenkomst jegens [appellante sub 1] is daarom niet toewijsbaar.

3.16. Dit betekent dat in het bestreden vonnis in reconventie de ontruiming van het gehuurde door [appellante sub 1] en (de vanwege [appellante sub 1] in het gehuurde aanwezige) [appellante sub 2] ten onrechte is toegewezen en voorts de in conventie door [appellante sub 1] gevorderde verklaring voor recht dat de opzegging van 13 september 2013 geen effect heeft en de huurovereenkomst niet eindigt per 31 december 2013 ten onrechte is afgewezen.

#### *In incidenteel hoger beroep*

3.17. Met grief 1 in incidenteel hoger beroep stelt [geïntimeerde] aan de orde dat de kantonrechter ten onrechte geen gebruiksvergoeding heeft toegewezen vanaf de ontbinding tot de ontruiming. De grief faalt reeds omdat de vordering tot ontbinding niet toewijsbaar is en de huurovereenkomst met [appellante sub 1] voortduurt.

3.18. Hoewel [geïntimeerde] in hoger beroep (mede) heeft geconcludeerd tot toewijzing van al zijn (afgewezen) vorderingen, heeft hij afgezien van na te melden grief 2 met betrekking tot de proceskosten in reconventie, geen grief gericht tegen de afwijzing van de overige vorderingen (waaronder de afwijzing van de gevorderde contractuele boete), zodat het hof aan een beoordeling daarvan niet toekomt.

#### *Kostenveroordeling in conventie en compensatie van kosten in reconventie*

3.19. Grief 4 in principaal hoger beroep slaagt gedeeltelijk. Nu de gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar is voor zover het [appellante sub 1] aangaat, zijn zij en (de vanwege haar in het gehuurde aanwezige) [appellante sub 2] ten onrechte in de kosten in conventie veroordeeld. Het hof is van oordeel dat nu partijen in conventie over en weer deels in het ongelijk worden gesteld, de gedingkosten moeten worden gecompenseerd tussen [appellante sub 1] en [appellante sub 2] enerzijds en [geïntimeerde] anderzijds. Voor het overige faalt de grief.

3.20. Grief 2 in incidenteel hoger beroep betreft de compensatie van proceskosten in reconventie. Nu [appellante sub 1] en [appellante sub 2] enerzijds en [geïntimeerde] anderzijds, mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, ook in reconventie over en weer in het ongelijk worden gesteld, zijn de proceskosten terecht tussen hen gecompenseerd.

#### *Slotsom in principaal en incidenteel hoger beroep*

3.21. Het bestreden vonnis zal voor zover het ziet op [appellante sub 1] en [appellante sub 2] enerzijds en [geïntimeerde] anderzijds in conventie en in reconventie (voor de duidelijkheid en leesbaarheid van het dictum geheel) worden vernietigd. De door [appellante sub 1] en [appellante sub 2] in conventie gevorderde verklaring voor recht wordt toegewezen, de proceskosten worden gecompenseerd en de overige vorderingen worden afgewezen. De vorderingen in reconventie worden (voor zover deze [appellante sub 1] en [appellante sub 2] aangaan) afgewezen, met dien verstande dat de jegens [appellante sub 1] toegewezen vordering tot betaling van de indexering van € 4.810,20, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 februari 2012 terecht is toegewezen en hierna (als gezegd voor de duidelijkheid) opnieuw zal worden geformuleerd. Ook de – de overwegingen in hoger beroep in aanmerking genomen – terrechte compensatie van proceskosten in reconventie wordt voor de duidelijkheid hierna opnieuw geformuleerd.

3.22. In principaal hoger beroep zijn partijen over en weer in het ongelijk gesteld. De kosten worden daarom gecompenseerd. [geïntimeerde] dient als de in het ongelijk gestelde partij de kosten van het incidenteel hoger beroep te dragen.

## **4 Beslissing**

Het hof:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel: vernietigt het vonnis waarvan beroep in conventie en in reconventie, voor zover het is gewezen tussen [appellante sub 1] en [appellante sub 2] enerzijds en [geïntimeerde] anderzijds,

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat de opzegging van 13 september 2013 geen effect heeft gehad en de huurovereenkomst tussen [appellante sub 1] en [geïntimeerde] niet is geëindigd per 31 december 2013; veroordeelt [appellante sub 1] (hoofdelijk naast [Y]) tot betaling aan [geïntimeerde] van € 4.810,20 ter zake van onbetaald gebleven indexeringen van de

huurprijs, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 februari 2012;  
 compenseert de kosten van het geding in conventie in eerste aanleg aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;  
 compenseert de kosten van het geding in reconventie in eerste aanleg aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;  
 compenseert de kosten van het geding in principaal hoger beroep aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;  
 veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van het geding in incidenteel hoger beroep (...).  
 verklaart dit arrest met betrekking tot de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;  
 wijst af het in eerste aanleg en in hoger beroep meer of anders gevorderde.  
 Dit arrest is gewezen door mrs. L.A.J. Dun, J.E. Moleenaar en C. Uriot (...).

### Commentaar

In deze uitspraak heeft het Gerechtshof Amsterdam geoordeeld dat de rechtsverhouding waarin twee huurders van een bedrijfsruimte tot een verhuurder staan, moet worden beschouwd als ondeelbaar en niet te splitsen in twee los van elkaar staande rechtsverhoudingen. De huurders waren gezamenlijk contractueel huurder en zij waren op grond van de huurovereenkomst jegens de verhuurder hoofdelijk aansprakelijk voor alle uit de huurovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid volgt uit art. 21.1 van de op de huurovereenkomst van toepassing verklaarde 'Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW' (kenmerk 2003/73, hierna: ROZ 2003/73). Nu één van de huurders in staat van faillissement verkeerde, was de verhuurder, gelet op deze ondeelbaarheid van de huurovereenkomst, in beginsel bevoegd de huurovereenkomst aan de beide huurders op te zeggen op grond van art. 39 Fw, aldus het hof. Uiteindelijk hield deze opzegging evenwel geen stand ten opzichte van de niet-gefaillieerde huurder, omdat de opzegging als misbruik van bevoegdheid werd gekwalificeerd.

De vraag die zich opdringt is of het terecht is dat de verhuurder in deze situatie de huurovereenkomst ook op kan zeggen jegens de niet-gefaillieerde huurder. Met andere woorden: strekt art. 39 Fw zich ook uit tot de niet-gefaillieerde huurder? Hoewel ik de uitkomst bevredigend vind, is mijns inziens twijfelachtig of het gerechtshof op juiste gronden tot dit oordeel komt.

#### *De ratio van art. 39 Fw*

Op grond van art. 39 lid 1 Fw kan, wanneer sprake is van een gefaillieerde huurder, zowel de verhuurder als de curator de huur tussentijds doen beëindigen met inachtneming van een opzegtermijn (waarbij geldt dat een termijn van drie maanden in ieder geval voldoende zal zijn).

Art. 39 Fw moet worden gezien in het licht van het aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginsel dat de faillietverklaring geen invloed heeft

op het voortbestaan van lopende overeenkomsten en de inhoud van de daaruit voortvloeiende verbindingsen als zodanig.<sup>1</sup> Art. 39 Fw vormt een uitzondering op art. 37 Fw,<sup>2</sup> waarin een algemene regeling is opgenomen voor lopende wederkerige overeenkomsten die door beide partijen in het geheel niet of slechts gedeeltelijk zijn nagekomen.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat art. 39 Fw destijds vooral is ingegeven door de wens om de curator van de gefaillieerde huurder, die zich geconfronteerd ziet met een (zeer) langlopend huurcontract waaraan hij geen behoefte meer heeft, in staat te stellen tot een afwikkeling van het faillissement te komen en (verdere) schade voor de boedel – het oplopen van huurschulden – te voorkomen.<sup>3</sup>

De regeling van art. 39 Fw berust op een afweging van enerzijds het belang van de boedel tot voorkoming van het oplopen van boedelschulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling (of eigenlijk het ontvangen) van de huurprijs.<sup>4</sup> De huur ná datum faillissement tot aan het einde van de huurovereenkomst is immers een boedelschuld (zie laatste zin van art. 39 lid 1 Fw). De wetgever is er blijkens de MvT van uitgegaan dat de verhuurder niet te lichtvaardig van zijn recht van opzegging gebruik mag maken.<sup>5</sup>

Zowel uit art. 39 Fw zelf als uit de wetsgeschiedenis volgt niet dat een opzegging op grond van art. 39 Fw zich ook uitstrekt tot een niet-gefaillieerde huurder die tevens contractspartij is bij de huurovereenkomst van de gefaillieerde huurder.

1. Vgl. MvT, Kortmann/Faber, 'Geschiedenis van de Faillissementswet, Heruitgave Van der Feltz I', *Serie Onderneming en Recht 2-I*, Tjeenk Willink 1994, p. 409, 419/420. De geschiedenis van de Faillissementswet is gratis te downloaden via: [http://www.wolterskluwer.nl/shop/boek/geschiedenis-van-de-faillissementswet-heruitgave-van-der-feltz-i/NPGESFAIL-BI16001/?utm\\_source=inz-insolventie&utm\\_campaign=inzicht-in&utm\\_medium=email](http://www.wolterskluwer.nl/shop/boek/geschiedenis-van-de-faillissementswet-heruitgave-van-der-feltz-i/NPGESFAIL-BI16001/?utm_source=inz-insolventie&utm_campaign=inzicht-in&utm_medium=email) [http://www.wolterskluwer.nl/shop/boek/geschiedenis-van-de-faillissementswet-heruitgave-van-der-feltz-2/NPGEFALL-BI16001/?utm\\_source=inz-insolventie&utm\\_campaign=inzicht-in&utm\\_medium=email](http://www.wolterskluwer.nl/shop/boek/geschiedenis-van-de-faillissementswet-heruitgave-van-der-feltz-2/NPGEFALL-BI16001/?utm_source=inz-insolventie&utm_campaign=inzicht-in&utm_medium=email).
2. Art. 37 Fw geeft een middel aan de wederpartij van gefaillieerde om duidelijkheid te verkrijgen omtrent de vraag of de overeenkomst nog uitgevoerd zal worden. Aan de curator kan worden gevraagd om zich binnen een redelijke termijn uit te laten over de vraag of hij de overeenkomst gestand doet. Dit artikel kan ook worden aangewend bij een faillissement van een verhuurder indien is voldaan aan de vereisten van dit artikel.
3. Vgl. MvT Kortmann/Faber 2-I, p. 419, p. 422 en 424 (Antwoord der Regering), en p. 427 (Beraadslaging in de Eerste Kamer, de Minister van Justitie).
4. HR 14 januari 2011, NJ 2011, 114 (*Aukema q.q. / Uni-Invest*).
5. Zoals ook volgt uit Rb. 's-Gravenhage 14 juli 1999, WR 2000, 72; dit geldt met name voor de verhuurder die opzegt en niet zozeer voor de curator die opzegt.

*Ondeelbare rechtsverhouding*

Een belangrijke overweging van het hof is de overweging dat 'mede' gelet op de bedongen hoofdelijke verbondenheid van de gefailleerde huurder en de niet-gefailleerde huurder, de rechtsverhouding waarin zij tot de verhuurder staan op grond van de gesloten huurovereenkomst, moet worden beschouwd als ondeelbaar en niet te splitsen in twee los van elkaar staande rechtsverhoudingen (r.o. 3.8).

De bepaling uit de ROZ 2003/73 die van toepassing is op de huurovereenkomst waaruit de hoofdelijkheid voortvloeit, luidt als volgt: "*Indien verscheidene (natuurlijke of rechts-)personen zich als huurder hebben verbonden, zijn deze steeds hoofdelijk en ieder voor het geheel jegens verhuurder aansprakelijk voor alle uit de huurovereenkomst voortvloeiende verplichtingen (...).*"

Ik lees in deze bepaling niet dat de rechtsverhouding van de huurders ten opzichte van de verhuurder ondeelbaar is. Dit volgt ook niet uit enige andere bepaling van de huurovereenkomst of toepasselijke voorwaarden, zoals weergegeven in het arrest. De redenering van het gerechtshof dat door het feit dat de verhuurder de huurders ieder voor het geheel kan aanspreken voor de op de huurder rustende verbintenissen, sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding, kan ik niet volgen. Had het hof niet moeten overwegen dat juist door het feit dat beide huurders hoofdelijk aansprakelijk zijn er sprake is van twee afzonderlijke huurders en dus juist wel van een deelbare rechtsverhouding?<sup>6</sup> Het hof geeft immers geen andere redenen waarom sprake zou zijn van 'ondeelbaarheid'. In het arrest is ook geen aanwijzing te vinden dat partijen een dergelijke bedoeling hadden. Voornoemde redenering van het hof zou mijns inziens eerder opgaan wanneer in de huurovereenkomst geen hoofdelijkheid was overeengekomen en derhalve teruggeval- len diende te worden op de hoofdregel van art. 6:6 lid 1 BW, inhoudende dat ieder voor een gelijk deel verbonden is. In dat geval heeft de verhuurder immers beide huurders nodig om alle verplichtingen voortvloeiende uit de huurovereenkomst voldaan te krijgen.

De situatie dat meer partijen contractpartij zijn bij een overeenkomst en slechts één van deze partijen failliet gaat, komt ook buiten het huurrecht voor. Gedacht kan worden aan een financieringsrelatie tussen een bank en twee schuldenaren die beiden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden aan de bank. Wanneer slechts één van de schuldenaren in staat van faillissement verkeert, geldt dat de opzegging door de bank van de financiering van de gefailleerde schuldenaar op grond van de financieringsovereenkomst niet automatisch ook de opzegging ten opzichte van de andere schuldenaar betekent. Evenmin betekent dit dat er ook opgezegd dient te worden ten aanzien van de niet-gefailleer-

de schuldenaar. (Ook) in die situatie is sprake van op zichzelf staande rechtsverhoudingen.

En ook in de rechtspraak komt men 'de ondeelbare rechtsverhouding' tegen. Deze komt met name voor in situaties dat meer partijen gedaagden of eisers in een procedure in eerste aanleg waren, maar niet alle partijen in hoger beroep gaan. Dan kan sprake zijn van een processueel ondeelbare rechtsverhouding als het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen in dezelfde zin luidt, waarbij soms de bijzonderheden van het geval van doorslaggevend betekenis zijn.<sup>7</sup> Dit mag slechts worden aangenomen indien aard en inhoud van de rechtsverhouding daartoe aanleiding geeft.

Opgemerkt wordt dat het hof in r.o. 3.8. spreekt over 'mede', zodat wellicht nog andere factoren mee hebben gespeeld bij de overweging van het hof dat huurovereenkomst moet worden beschouwd als ondeelbaar en niet te splitsen in twee los van elkaar staande rechtsverhoudingen. Welke factoren dat precies zijn, blijkt evenwel niet duidelijk uit het arrest.

Doordat het hof als uitgangspunt neemt dat sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding en doordat art. 39 Fw geen nadere eisen stelt aan de opzegging (behalve met betrekking tot de opzeggingstermijn die in acht genomen moet worden), neemt het hof aan dat de opzegging aan de niet-gefailleerde huurder rechtmatig is. Er is immers in de onderhavige kwestie sprake van het faillissement van de huurder (althans één van de twee huurders) en er is opgezegd met toepassing van de wettelijke termijn, waardoor is voldaan aan de vereisten van art. 39 Fw.<sup>8</sup>

*De spiegelbeeldige situatie (de huurders willen van de overeenkomst af)*

Dat de redenering van het hof mijns inziens vragen oproept, wordt duidelijk wanneer wordt gekeken naar de spiegelbeeldige situatie. Stel: er zijn twee contractuele huurders, bestaande uit een besloten vennootschap en een natuurlijk persoon, die één bedrijfsruimtehuurovereenkomst hebben gesloten met een verhuurder voor een periode van vijf jaar. Ook hier zijn partijen hoofdelijke aansprakelijkheid van de huurders jegens de verhuurder overeengekomen. Na twee jaar willen de huurders onder de huurovereenkomst uitkomen en besluiten zij de besloten vennootschap failliet te laten gaan, zodat de curator de huurovereenkomst ex art. 39 Fw kan beëindigen. Wanneer de huurder en de boedel geen belang hebben bij voortzetting van de huurovereenkomst, zal de curator tot opzegging over willen gaan. Op grond van de redenering van het hof in onderhavige arrest, zou ook in dit voorbeeld sprake zijn van een rechtsverhouding die ondeelbaar is en niet te splitsen in twee los van elkaar staande rechtsverhoudingen. De huurover-

6. Dit argument is aangevoerd door de niet-gefailleerde huurder, maar het hof wil daar niet aan.

7. HR 26 maart 1993, NJ 1993, 489 (Clarijs / Van Goethem).  
8. Vgl. Rb. Rotterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5138.

eenkomst zou op die manier met de opzegging door de curator dus ook voor de niet-gefaillieerde natuurlijke persoon eindigen.

De redenering van het hof lijkt derhalve de weg te openen voor een huurder om vrij eenvoudig tussentijds onder een nog lopende huurovereenkomst uit te komen. Een een-tweetje met de curator (tegen voldoende boedelbijdrage) lijkt hiervoor voldoende te zijn. Dat is echter niet de bedoeling van de wetgever geweest bij de totstandkoming van art. 39 Fw, zoals blijkt uit hetgeen hierboven is weergegeven. Ten aanzien van de huur van woonruimte heeft de Rechtbank 's-Hertogenbosch op 1 juli 1994 in een soortgelijke situatie (opzegging door de curator van een huurovereenkomst waarbij slechts één van de twee huurders in staat van faillissement was verklaard), geoordeeld dat de opzegging van de huur van de door de gefaillieerde en diens – niet in gemeenschap van goederen gehuwde – echtgenote gehuurde woning niet ook de huur ten aanzien van die echtgenote-medehuurster doet eindigen.<sup>9</sup> De rechtbank overwoog dat nu vaststond dat de gefaillieerde huurder en de niet-gefaillieerde huurder buiten gemeenschap van goederen waren gehuwd (op het tijdstip van de opzegging van de huurovereenkomst door de curator) en de curator, de huurovereenkomst heeft opgezegd op de voet van art. 39 Fw, niet kan worden aangenomen dat deze opzegging van de huurovereenkomst mede betreft het krachtens art. 1623g lid 1 (oud) BW bestaande zelfstandige (mede)huurrecht van de niet-gefaillieerde. Art. 39 Fw kan – zelfs indien men dit artikel beschouwt als een *lex specialis* – niet geacht worden werking te hebben ten aanzien van een vermogensrecht dat valt buiten het faillissementsvermogen, aldus de rechtbank.<sup>10</sup>

#### *Misbruik van bevoegdheid*

De zojuist besproken overweging van het hof in het onderhavige arrest omtrent de ondeelbaarheid, zal vermoedelijk tegen het rechtsgevoel van velen van ons ingaan, mede gelet op de achtergrond van art. 39 Fw. Mijn rechtsgevoel wordt uiteindelijk wel bevredigd, omdat het hof ten slotte concludeert dat ten aanzien van de opzegging van de huurovereenkomst door de verhuurder jegens de niet-gefaillieerde huurder sprake is van misbruik van bevoegdheid ex art. 3:13 BW, waardoor de opzegging geen effect heeft gehad jegens de niet-gefaillieerde huurder. Opmerkelijk is dat daarmee de rechtsverhouding waarin de huurders tot de verhuurder staan, toch deelbaar lijkt te zijn. Immers enkel ten opzichte van de niet-gefaillieerde huurder wordt geoordeeld dat de opzegging door de verhuurder geen effect sorteert.<sup>11</sup> Ik vraag mij af of hier geen sprake is van een innerlijk tegenstrijdig oordeel van het hof.

Een opzegging door een verhuurder op grond van art. 39 Fw heeft meestal het einde van de huurovereenkomst tot gevolg. Aan een opzegging op grond van art. 39 Fw komt echter geen rechtsgevolg toe indien de opzegging als misbruik van recht moet worden aangemerkt (art. 3:13 BW). Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden. Of wanneer deze wordt aangewend met een ander doel dan waarvoor zij is verleend, of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, in redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Evenmin is sprake van een rechtsgeldige opzegging als de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Het moet daarbij gaan om een evidente onaanvaardbaarheid waarbij de belangen van de curatoren, althans de boedel, aanzienlijk zwaarder moeten wegen dan de belangen van de verhuurder.<sup>12</sup>

In de rechtspraak is vaker geoordeeld dat sprake is (of kan zijn) van misbruik van bevoegdheid bij opzegging ex art. 39 Fw door de verhuurder. Dat wordt met name aangenomen in de twee navolgende gevallen:

- de situatie dat de verhuurder op de hoogte is van concrete plannen tot indeplaatsstelling van huurder die voldoende waarborgen bieden voor nakoming van de verplichtingen uit de huurovereenkomst;
- de situatie dat betaling van de huurpenningen ook in de toekomst gewaarborgd blijft.

Zo oordeelde de Kantonrechter Rotterdam d.d. 22 juni 2004 dat de verhuurder geen gerechtvaardigd belang had bij gebruikmaking van de opzeggingsbevoegdheid ex art. 39 Fw, nu gefaillieerde geen enkele huurachterstand had en ook ná de datum van faillietverklaring de huurpenningen steeds waren voldaan.<sup>13</sup> Evenmin was gebleken van slecht huurderschap. Het betoog dat de verhuurder een gerechtvaardigd belang had bij opzegging, omdat zij bij een derde een betere huurprijs kon bedingen, was onvoldoende volgens de kantonrechter.

Ten aanzien van de huur van woonruimte is eerder door het Gerechtshof Amsterdam bepaald dat de in art. 39 vervatte vereenvoudigde huurbeëindigingsmogelijkheid bestaat met het oog op een in verband met het faillissement te verwachten toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de huurder met betrekking tot o.a. de huurpenningen.<sup>14</sup> Volgens het hof is voor deze tussentijdse beëindiging geen plaats indien redelijkerwijs niet te verwachten is dat de huurder zijn verplichtingen niet zal nakomen.

waar hij dat wel was in eerste aanleg.

9. Rb. 's-Hertogenbosch 1 juli 1994, ECLI:NL:RBSHE:1994:AB7708.

10. Vgl. tevens Rb. Amsterdam 8 februari 1990, KG 1990, 97. Let op: bij gemeenschap van goederen zou dit anders kunnen liggen.

11. De curator was geen partij meer in hoger beroep,

12. Rb. Overijssel 22 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5634 (*Miss Etam*); Rb. Rotterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5138.

13. Ktr. Rotterdam 22 juni 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AT4129.

14. Hof Amsterdam 15 juli 1993, NJ 1994, 399.



In de onderhavige zaak voldeed de niet-gefaillleerde huurder aan de huurverplichtingen (op een gering bedrag aan jaarlijkse indexering van de huurprijs na). De gefaillleerde huurder had bovendien al enkele jaren niets meer van doen met de exploitatie van het restaurant (dat plaatsvond in de onroerende zaak waarop de onderhavige huurovereenkomst betrekking heeft). De niet-gefaillleerde huurder heeft vanaf het moment van de inwerkingtreding van de huurovereenkomst de onderneming gedreven en droeg zorg voor de betaling van de huur. Bovendien werd aangevoerd – en onvoldoende gemotiveerd bestreden – dat de onderneming goed liep en voldoende zekerheid bood voor de betaling van de huur. Ook is door de advocaat van de verhuurder aangegeven dat de niet-gefaillleerde huurder in het gehuurde mag blijven, als zij de huur en de indexering maar betaalt. De beslissing van het hof dat in het onderhavige geval sprake is van misbruik van bevoegdheid is dan ook begrijpelijk en in lijn met de vaste rechtspraak, met het verschil dat in de onderhavige zaak sprake was van misbruik van bevoegdheid jegens een niet-gefaillleerde huurder en in de eerder genoemde rechtspraak steeds sprake was van misbruik van bevoegdheid jegens een gefaillleerde huurder.

#### *Conclusie*

Mijns inziens is het twijfelachtig of het gerechtshof op juiste gronden tot de conclusie is gekomen dat de opzegging door de verhuurder op grond van art. 39 Fw in beginsel tevens rechtsgeldig is jegens de niet-gefaillleerde huurder. De uitkomst van dit arrest is echter wel bevredigend. De verhuurder heeft geen cassatie ingesteld, zodat we niet zullen weten of dit arrest van het hof overeind zou zijn gebleven bij de Hoge Raad.

J.L.W.M. Sgroot<sup>15</sup>

---

15. Daphne Sgroot is werkzaam als advocaat bij VMBS Advocaten te Eindhoven.