

**Hoge Raad, 5 mei 2005, Tiethoff qq v ALM****FAILLISSEMENTSRECHT****Beëindiging huur door verhuurder**

- [tekst en de strekking van art 238 F verzetten zich niet ertegen dat in de huurovereenkomst een bepaling wordt opgenomen die aan de verhuurder de mogelijkheid biedt in geval van surseance de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen en recht geeft op schadevergoeding gelijk aan alle resterende huurtermijnen](#)

In deze zaak gaat het in hoofdzaak om de vraag of art. 238 F. onderscheidenlijk art. 39 F. in de weg staat aan een beroep van ALM op het bepaalde in art. 13 van de huurovereenkomst, dat de verhuurder ingeval van surseance van betaling van de huurder recht geeft op ontbinding van de huurovereenkomst en op schadevergoeding tot een bedrag ter grootte van alle resterende huurtermijnen die bij een normale uitvoering van de overeenkomst zouden zijn verschenen. (...). [Art. 238 F.](#) strekt ertoe dat in geval van surseance 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 surseance 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 surseance de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen. De omstandigheid dat art. 238 F. van dwingend recht is, verzet zich daartegen evenmin, omdat zulks slechts betekent dat de in art. 238 F. 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 surseance op zichzelf niet van invloed zijn op de bestaande wederkerige overeenkomsten van de schuldenaar, moet daarom worden aanvaard dat art. 238 F. niet in zoverre een exclusieve werking heeft dat deze bepaling de bedongen bevoegdheid tot buitengerechtelijke ontbinding aan de verhuurder ontnemt. Het voorgaande wordt niet anders doordat surseance van betaling tot doel heeft de zaken van de schuldenaar gaande te houden, en dat de wetgever juist daarom bij surseance 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 surseance 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 F. 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 F.](#) 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 surseance 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

**Verificatie schadevordering**

- [Voorzover de onderdelen 2.2 en 2.3 op dezelfde gronden als hiervoor besproken betogen dat art. 13 lid 5 van de huurovereenkomst, betreffende de schadevergoeding in geval van ontbinding door de verhuurder, nietig is, stuiten zij op het hiervoor overwogene af. Hier verdient nog aantekening dat de art. 39 en 238 F. niet een regeling ter zake van de schadevergoeding bij ontbinding inhouden. Deze artikelen staan dan ook niet in de weg aan de door ALM gevraagde verificatie van haar vordering te dier zake.](#)

**Ontbindingsbevoegdheid verhuurder**

- [Voorafgaand aan een surseance 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](#)

Bij het voorgaande kan nog het volgende worden aangekend. Voorafgaand aan een surseance 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 surseance wordt ontbonden, zal dit na het uitspreken van de surseance niet ongedaan kunnen worden gemaakt. Wanneer eenmaal een surseance 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 surseance 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 surseance van betaling worden beschouwd.

Vindplaatsen: [AT2650](#); NJ 2005, 406, m.nt. Van Schilfgaarde

### Hoge Raad, 5 mei 2005

(P. Neleman, D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, E.J. Numann en W.A.M. van Schendel)

Arrest

in de zaak van:

Mrs Frederik Hendrik TIETHOFF en Arjen Sjoerd DOUMA, beiden in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van BaByXL B.V.,

wonende te 's-Gravenhage, resp. Rijswijk,

EISERS tot cassatie,

advocaten: mrs. G.C. Makkink en E.A.L. van Emden,

t e g e n

AMSTEL LEASE MAATSCHAPPIJ N.V.,

gevestigd te Utrecht,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaat: mr. J.B.M.M. Wuisman.

#### 1. Het geding in feitelijke instantie

Eisers tot cassatie - verder te noemen: de curatoren - hebben bij exploit van 30 oktober 2002 verweerster in cassatie - verder te noemen: ALM - gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, ALM te veroordelen om aan hen te betalen een bedrag van € 586.284,04 ter zake van een bankgarantie en een bedrag van € 15.977,03 wegens teveel betaalde huur over de periode van 19 februari 2002 tot en met 28 februari 2002, een en ander te vermeerderen met wettelijke rente (hierna: de bodemprocedure).

ALM heeft de vordering bestreden.

Op 19 november 2002 heeft ALM, nadat haar vordering door de rechter-commissaris in het faillissement van BaByXL op de voet van art. 122 F. was verwezen, een conclusie van eis ingediend tot verificatie tot een bedrag van € 944.420,15 of tot een zoveel lager bedrag als zal corresponderen met het oordeel van de rechtbank in de bodemprocedure.

De curatoren hebben in de renvooiprocedure deze vordering gemotiveerd bestreden.

De rechtbank heeft beide procedures gevoegd behandeld.

De rechtbank heeft bij vonnis van 3 december 2003 in de bodemprocedure ALM veroordeeld om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curatoren te betalen een bedrag van € 15.977,03, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der voldoening, het meer of anders gevorderde afgewezen, en de curatoren in de proceskosten van de bodemprocedure aan de zijde van ALM veroor-

deeld. In de renvooiprocedure heeft de rechtbank de vordering van ALM tot een bedrag van € 374.113,14 erkend en de curatoren in de proceskosten aan de zijde van ALM in de renvooi-procedure veroordeeld.

Het vonnis van de rechtbank is aan dit arrest gehecht.

#### 2. Het geding in cassatie

Tegen het vonnis van de rechtbank hebben de curatoren beroep in cassatie ingesteld. Partijen zijn overeengekomen het hoger beroep over te slaan. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

ALM heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De [conclusie van de Procureur-Generaal](#) strekt tot verwerping van het beroep.

#### 3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op 15 februari 2001 hebben (de rechtsvoorgangster van) BaByXL B.V. (hierna: BaByXL) en (de rechtsvoorgangster van) ALM een huur- c.q. operational lease-overeenkomst met betrekking tot computerapparatuur gesloten.

(ii) Op 1 mei 2001 hebben partijen een nieuwe huur-overeenkomst gesloten, waarmee de eerdere overeenkomst van 15 februari 2001 kwam te vervallen. Deze nieuwe overeenkomst zijn (de rechtsvoorgangster van) BaByXL en (de rechtsvoorgangster van) ALM aangegaan voor de duur van 30 maanden, ingaande op 1 april 2001 en eindigende op 30 september 2003. Als huurvergoeding zijn zij voor de eerste 9 maanden een bedrag van € 39.053,23 (incl. BTW) per maand overeengekomen en voor de daaropvolgende 21 maanden een bedrag van € 49.706,32 (incl. BTW) per maand. Daarnaast is in art. 13 van de huurovereenkomst, voor zover in cassatie van belang, overeengekomen:

" Artikel 13 Ontbinding

(...)

2. Verhuurder heeft het recht de overeenkomst zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang te ontbinden, indien zich naar het oordeel van verhuurder omstandigheden voordoen die haar verhaalsmogelijkheden op huurder in ernstige mate verhinderen of in gevaar brengen, een en ander onverminderd het recht van verhuurder om nakoming van huurder te vorderen en/of schadevergoeding.

3. Van de in lid 2 bedoelde omstandigheden is onder meer sprake indien:

a. surseance van betaling of faillissement van huurder is aangevraagd of huurder op enigerlei wijze de vrije beschikking over het geheel of een gedeelte van zijn vermogen verliest;

(...)

4. Ingeval van ontbinding door verhuurder op grond van dit artikel zijn alle resterende huurtermijnen direct opeisbaar: op het moment van de ontbinding eindigt de huurperiode.

5. De schadevergoeding die huurder aan verhuurder op enig moment verschuldigd wordt is terstond opeisbaar en bedraagt in geval van ontbinding door verhuurder in ieder geval een som ter grootte van alle resterende

huurtermijnen die bij een normale uitvoering van de overeenkomst zouden zijn verschenen.

(...)"

(iii) Op 8 februari 2001, nadat de eerste huurovereenkomst door (de rechtsvoorgangster van) ALM was ondertekend, heeft (de rechtsvoorgangster van) BaByXL via de ABN AMRO Bank N.V. (hierna: de bank) ten gunste van ALM, die de huurovereenkomst inmiddels had overgenomen, een bankgarantie gesteld voor de juiste nakoming van haar verplichtingen tegenover ALM tot een maximum bedrag van € 753.420,- (€ 341.887,09). Bij brief van 9 mei 2001, i.e. nadat de nieuwe huurovereenkomst was gesloten, is dit bedrag verhoogd tot € 1.292.000,- (€ 586.284,04).

(iv) BaByXL heeft tot en met 28 februari 2002 aan haar betalingsverplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst van 15 februari 2001 en die van 1 mei 2001 voldaan. De laatste betaling dateerde van 31 januari 2002 en heeft betrekking op de maand februari 2002.

(v) Op 8 februari 2002 heeft de rechtbank te 's-Gravenhage aan BaByXL voorlopige surseance van betaling verleend. Hierbij is mr. F.H. Tiethoff tot bewindvoerder benoemd.

(vi) Bij brief van 14 februari 2002 heeft ALM op grond van het bepaalde in art. 13 (lid 2 in verbinding met lid 3 onder a) van de huurovereenkomst met onmiddellijke ingang deze overeenkomst beëindigd. In dezelfde brief heeft ALM eveneens met een beroep op art. 13 (lid 5) een schadevergoeding van € 944.420,15 gevorderd, welk bedrag overeenkomt met de resterende huurtermijnen. Daarnaast heeft zij meegedeeld dat BaByXL niet langer gerechtigd is tot gebruikmaking van de computerapparatuur en aangegeven dat tot taxatie van de apparatuur zal worden overgegaan.

(vii) Eveneens bij brief van 14 februari 2002 heeft ALM de bank aangesproken tot betaling onder de bankgarantie van het maximumbedrag. Op 25 februari 2002 heeft de bank dit bedrag aan ALM voldaan en deze betaling ten laste van het creditsaldo van BaByXL gebracht.

(viii) Bij vonnis van 19 februari 2002 heeft de rechtbank te 's-Gravenhage BaByXL failliet verklaard, waarbij mr. F.H. Tiethoff en mr. A.S. Douma tot curatoren zijn benoemd.

(ix) BaByXL heeft de gehuurde computerapparatuur tot en met 19 februari 2002 gebruikt. Vervolgens heeft ALM de apparatuur verkocht en geleverd aan Tiscali B.V. voor een bedrag van € 464.100,- (incl. BTW).

(x) ALM heeft na aftrek van het onder de bankgarantie getrokken bedrag haar resterende vordering op BaByXL ter hoogte van € 358.136,11 ter verificatie bij de curatoren ingediend. De curatoren hebben de vordering betwist. Vervolgens heeft ALM haar vordering in het faillissement van BaByXL opnieuw ingediend voor een bedrag van € 944.420,15. Ook deze (gewijzigde) vordering hebben de curatoren betwist.

3.2 In deze zaak gaat het in hoofdzaak om de vraag of art. 238 F. onderscheidenlijk art. 39 F. in de weg staat aan een beroep van ALM op het bepaalde in art. 13 van de huurovereenkomst, dat de verhuurder in geval van surseance van betaling van de huurder recht geeft op

ontbinding van de huurovereenkomst en op schadevergoeding tot een bedrag ter grootte van alle resterende huurtermijnen die bij een normale uitvoering van de overeenkomst zouden zijn verschenen. De rechtbank

heeft daaromtrent als volgt geoordeeld.

a. Weliswaar biedt art. 238 F. de huurder de mogelijkheid tot opzegging, maar het verbiedt de verhuurder niet de overeenkomst te beëindigen op grond van opzegging of ontbinding, zodat dit artikel niet van toepassing moet worden geacht op de onderhavige zaak. ALM mocht derhalve uitgaan van de contractuele afspraken, meer in het bijzonder art. 13 van de huurovereenkomst. Art. 39 F. is niet van toepassing, omdat op het moment van beëindiging van de overeenkomst van faillissement geen sprake was. (rov. 3.3)

b. Tegen de (in de renvooiprocedure) door ALM gevorderde schadevergoeding ingevolge art. 13 lid 5 van de huurovereenkomst hebben de curatoren zich verweerd met de stelling dat ALM bij opzegging in een faillissementssituatie geen recht op schadevergoeding heeft. Dit verweer faalt. De overeenkomst was gesloten voor een bepaalde duur, namelijk 30 maanden. Bij tussentijdse opzegging heeft ALM in beginsel recht op schadevergoeding bestaande uit de overeengekomen doch niet meer te incasseren huurtermijnen, overeenkomstig het bepaalde in art. 13 lid 5 van de huurovereenkomst, waarbij de rechtbank van oordeel is dat de stelling van de curatoren dat dat niet zou gelden in een faillissementssituatie, geen basis in het recht heeft. (rov. 3.6)

c. Het verweer van de curatoren dat het schadevergoedingsbeding (art. 13 lid 5 van de huurovereenkomst) in strijd is met de goede zeden of de openbare orde en derhalve nietig is (art. 3:40 BW), heeft de rechtbank als onvoldoende onderbouwd gepasseerd, omdat het op generlei wijze is geconcretiseerd, noch is toegespitst op de onderhavige zaak. (rov. 3.8)

3.3 Onderdeel A keert zich hiertegen met het betoog in onderdeel 2.2 dat art. 238 F. beëindiging van de huurovereenkomst door de verhuurder gedurende surseance niet toestaat. De surseance 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 F. (evenals art. 39 F.) dwingend recht bevat, zodat daarvan niet contractueel kan worden afgeweken. Een andersluidende opvatting zou ertoe leiden dat aan de door de Faillissementswet gecreeerde 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 F. strekt ertoe dat in geval van surseance 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 surseance 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 surseance de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen. De omstandigheid dat art. 238 F. van dwingend recht is, verzet zich daartegen evenmin, omdat zulks slechts betekent dat de in art. 238 F. 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 surseance op zichzelf niet van invloed zijn op de bestaande wederkerige overeenkomsten van de schuldenaar, moet daarom worden aanvaard dat art. 238 F. 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 surseance van betaling tot doel heeft de zaken van de schuldenaar gaande te houden, en dat de wetgever juist daarom bij surseance 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 surseance 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 F. 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 F. 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 surseance 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 surseance 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 surseance wordt ontbonden, zal dit na het uitspreken van de surseance niet ongedaan kunnen worden gemaakt. Wanneer eenmaal een surseance 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

surseance 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 surseance van betaling worden beschouwd.

3.4.4 Voorzover de onderdelen 2.2 en 2.3 op dezelfde gronden als hiervoor besproken betogen dat art. 13 lid 5 van de huurovereenkomst, betreffende de schadevergoeding in geval van ontbinding door de verhuurder, nietig is, stuiten zij op het hiervoor overwogene af. Hier verdient nog aantekening dat de art. 39 en 238 F. niet een regeling ter zake van de schadevergoeding bij ontbinding inhouden. Deze artikelen staan dan ook niet in de weg aan de door ALM gevraagde verificatie van haar vordering te diër zake.

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 F. toepassing mist omdat het slechts op onroerende zaken zou zien.

3.6 De onderdelen 2.5 en 2.6 bouwen voort op de hiervoor verworpen opvatting dat een beding tot tussentijdse beëindiging van de huur zoals opgenomen in art. 13 lid 2 van de huurovereenkomst niet geldig is, en falen derhalve. Dat, zoals onderdeel 2.6 op zichzelf terecht aanvoert, bij een beëindiging van de huur op de voet van art. 39 F. of 238 F. de verhuurder geen recht op schadevergoeding heeft, staat niet in de weg aan de geldigheid van een beding zoals opgenomen in art. 13 lid 5 van de huurovereenkomst, dat een recht op schadevergoeding verbindt niet aan een beëindiging van de huur op grond van die artikelen, maar aan ontbinding van de huurovereenkomst ingevolge art. 13 lid 2 van die overeenkomst.

3.7.1 Onderdeel B van het middel heeft betrekking op de verwerping door de rechtbank in rov. 3.10 van de stelling van de curatoren dat ALM niet onder de hiervoor in 3.1 onder (iii) vermelde bankgarantie mocht trekken, omdat de bankgarantie alleen huurverplichtingen - huurtermijnen - betreft en dus niet ziet op eventuele schadevergoeding wegens beëindiging van de huurovereenkomst; na rechtsgeldige beëindiging van de overeenkomst zou ALM derhalve geen vorderingsrecht meer toekomen. De rechtbank heeft geoordeeld dat de bankgarantie, gelet op de redactie ervan, ziet op al hetgeen BaByXL uit hoofde van de huurovereenkomst met betrekking tot een juiste nakoming, verschuldigd is of zal worden, en dat voor de beperkte uitleg als door de curatoren genoemd, de tekst van de bankgarantie geen steun biedt. Daar komt naar het oordeel van de rechtbank nog bij dat uit de hoogte van de bankgarantie kan worden opgemaakt dat deze ziet op een groot aantal van de overeengekomen resterende huurtermijnen en daarmee dus ook ziet op - en kennelijk bedoeld is als - schadevergoeding na ontbinding.

3.7.2 De rechtbank heeft, anders dan het onderdeel tot uitgangspunt neemt, niet geoordeeld dat ook als na beëindiging van de huurovereenkomst tijdens de surseance of het faillissement van BaByXL ALM geen vordering tot schadevergoeding tegen BaByXL geldend zou kunnen maken, zij toch gerechtigd zou zijn tot hetgeen zij onder de bankgarantie heeft getrokken. Het oordeel van de rechtbank komt immers erop neer dat de garantie, anders dan de curatoren hadden bepleit, ook dient ter verzekering van de uit art. 13 lid 5 van de huurovereenkomst voortvloeiende schadevergoeding. Het onderdeel kan dus bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de curatoren in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ALM begroot op € 5.740,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheren D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, E.J. Numann en W.A.M. van Schendel, en in het openbaar uitgesproken door de vice-president P. Neleman op 13 mei 2005.

---

### Conclusie Advocaat-Generaal Hartkamp

#### Feiten en procesverloop

##### 1) In cassatie zijn de volgende feiten van belang.

Op 15 februari 2001 hebben (de rechtsvoorgangster van) BaByXL B.V. (hierna: BaByXL) en (de rechtsvoorgangster van) Amstel Lease Maatschappij N.V. (hierna: ALM) een huur- c.q. operational lease-overeenkomst met betrekking tot computerapparatuur gesloten.

Op 1 mei 2001 hebben partijen een nieuwe huurovereenkomst gesloten, waarmee de eerdere overeenkomst van 15 februari 2001 kwam te vervallen. Deze nieuwe overeenkomst zijn (de rechtsvoorgangster van) BaByXL en ALM aangegaan voor de duur van 30 maanden, ingaande op 1 april 2001 en eindigende op 30 september 2003. Als huurvergoeding zijn zij voor de eerste 9 maanden een bedrag van € 39.053,23 (incl. BTW) per maand overeengekomen en voor de daaropvolgende 21 maanden een bedrag van € 49.706,32 (incl. BTW) per maand. Daarnaast is in art. 13 van de huurovereenkomst, voor zover in cassatie van belang, overeengekomen:

" Artikel 13 Ontbinding

(...)

2. Verhuurder heeft het recht de overeenkomst zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang te ontbinden, indien zich naar het oordeel van verhuurder omstandigheden voordoen die haar verhaalsmogelijkheden op huurder in ernstige mate verhinderen of in gevaar brengen, een en ander onverminderd het recht van verhuurder om nakoming van huurder te vorderen en/of schadevergoeding.

3. Van de in lid 2 bedoelde omstandigheden is onder meer sprake indien:

a. surseance van betaling of faillissement van huurder is aangevraagd of huurder op enigerlei wijze de vrije beschikking over het geheel of een gedeelte van zijn vermogen verliest;

(...)

4. Ingeval van ontbinding door verhuurder op grond van dit artikel zijn alle resterende huurtermijnen direct opeisbaar: op het moment van de ontbinding eindigt de huurperiode.

5. De schadevergoeding die huurder aan verhuurder op enig moment verschuldigd wordt is terstond opeisbaar en bedraagt in geval van ontbinding door verhuurder in ieder geval een som ter grootte van alle resterende huurtermijnen die bij een normale uitvoering van de overeenkomst zouden zijn verschenen.

(...)"

Op 8 februari 2001, nadat de eerste huurovereenkomst door (de rechtsvoorgangster van) ALM was ondertekend,(1) heeft (de rechtsvoorgangster van) BaByXL via de ABN AMRO Bank N.V. (hierna: de bank) ten gunste van ALM, die de huurovereenkomst inmiddels had overgenomen, een bankgarantie gesteld voor de juiste nakoming van haar verplichtingen tegenover ALM tot een maximum bedrag van f. 753.420,- (€ 341.887,09). Bij brief van 9 mei 2001, i.e. nadat de nieuwe huurovereenkomst was gesloten, is dit bedrag verhoogd tot f. 1.292.000,- (€ 586.284,04).

BaByXL heeft tot en met 28 februari 2002 aan haar betalingsverplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst van 15 februari 2001 en die van 1 mei 2001 voldaan. De laatste betaling dateerde van 31 januari 2002 en heeft betrekking op de maand februari 2002.

Op 8 februari 2002 heeft de rechtbank te 's-Gravenhage aan BaByXL voorlopige surseance van betaling verleend. Hierbij is mr. F.H. Tiethoff, eiser tot cassatie onder (1), tot bewindvoerder benoemd.(2)

Bij brief van 14 februari 2002 heeft ALM op grond van het bepaalde in art. 13 (lid 2 jo lid 3 onder a) van de huurovereenkomst met onmiddellijke ingang deze overeenkomst beëindigd. In dezelfde brief heeft ALM eveneens met een beroep op art. 13 (lid 5) een schadevergoeding van € 944.420,15 gevorderd, welk bedrag overeenkomt met de resterende huurtermijnen. Daarnaast heeft zij meegedeeld dat BaByXL niet langer gerechtigd is tot gebruikmaking van de computerapparatuur en aangegeven dat tot taxatie van de apparatuur zal worden overgegaan.

Eveneens bij brief van 14 februari 2002 heeft ALM de bank aangesproken tot betaling onder de bankgarantie voor het maximumbedrag van f. 1.292.000,- (€ 586.284,04). Op 25 februari 2002 heeft de bank dit bedrag aan ALM voldaan en deze betaling ten laste van het creditsaldo van BaByXL gebracht.

Bij vonnis van 19 februari 2002 heeft de rechtbank te 's-Gravenhage BaByXL failliet verklaard, waarbij eisers tot cassatie, mr. F.H. Tiethoff en mr. A.S. Douma (hierna: de curatoren), tot curatoren zijn benoemd.

BaByXL heeft de gehuurde computerapparatuur tot en met 19 februari 2002 gebruikt. Vervolgens heeft ALM de apparatuur verkocht en geleverd aan Tiscali B.V. voor een bedrag van € 464.100,- (incl. BTW).

ALM heeft na aftrek van het onder de bankgarantie getrokken bedrag haar resterende vordering op BabyXL ter hoogte van € 358.136,11 ter verificatie bij de curatoren ingediend. De curatoren hebben de vordering betwist. Vervolgens heeft ALM haar vordering in het faillissement van BaByXL opnieuw ingediend voor een bedrag van € 944.420,15. Ook deze (gewijzigde) vordering hebben de curatoren betwist.

Op de verificatievergadering van 19 september 2002 heeft de rechter-commissaris in het faillissement partijen op grond van art. 122 Faillissementswet verwezen naar de renvooiprocedure.

2) De curatoren hebben bij exploit van 30 oktober 2002 ALM gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage. Zij hebben gevorderd ALM te veroordelen om aan hen te betalen het onder de bankgarantie getrokken bedrag van € 586.284,04, en een bedrag van € 15.977,03 wegens teveel betaalde huur over de periode van 19 februari 2002 tot en met 28 februari 2002, een en ander te vermeerderen met wettelijke rente. ALM heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

De renvooiprocedure is op 19 november 2002 bij de rechtbank te 's-Gravenhage aangevangen. ALM vordert in deze procedure toelating als concurrent schuldeiser. De curatoren hebben deze vordering gemotiveerd betwist. Vanwege de onderlinge samenhang heeft de rechtbank beide procedures gevoegd behandeld.

3) Bij vonnis van 3 december 2003 heeft de rechtbank in de bodemprocedure ALM veroordeeld om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curatoren te betalen een bedrag van € 15.977,03, zijnde de teveel door BaByXL betaalde huurpenningen over de periode van 19 februari tot en met 28 februari 2002, en het meer of anders gevorderde afgewezen. Voorts heeft de rechtbank in de renvooiprocedure de vordering van ALM tot een bedrag van € 374.113,14 erkend, zijnde het bedrag aan schadevergoeding dat overeenstemt met de resterende huurtermijnen die bij een normale uitvoering van de huurovereenkomst zouden zijn verschenen ex art. 13 lid 5 van de huurovereenkomst. Voor zover in cassatie van belang, heeft zij daartoe als volgt overwogen.

a) Kern van het geschil is volgens de rechtbank de vraag of ALM op grond van art. 13 van de huurovereenkomst gerechtigd was tot ontbinding van voornoemde overeenkomst en zo ja, of ALM vervolgens recht had op schadevergoeding en of zij gerechtigd was om tot betaling van dit bedrag onder de bankgarantie te trekken (r.o. 3.2).

b) De curatoren hebben aangevoerd, aldus de rechtbank, dat tijdens de surseance van betaling de verhuurder op grond van art. 238 Faillissementswet (Fw) niet gerechtigd is de overeenkomst te ontbinden. De rechtbank heeft deze stelling verworpen. Naar het oordeel van de rechtbank biedt art. 238 weliswaar de huurder de mogelijkheid tot opzegging, doch verbiedt de bepaling de verhuurder niet om de overeenkomst te beëindigen op grond van opzegging of ontbinding, zo-

dat dit artikel niet van toepassing moet worden geacht op de onderhavige zaak. ALM mocht derhalve uitgaan van de contractuele afspraken, meer in het bijzonder artikel 13. Art. 39 Fw is volgens de rechtbank niet van toepassing omdat op het moment van beëindiging van de overeenkomst van faillissement geen sprake was (r.o. 3.3).

c) Tegen de (in de renvooiprocedure) door ALM gevorderde schadevergoeding ex art. 13 lid 5 van de huurovereenkomst, hebben de curatoren zich verweerd met de stelling dat als de curator of de verhuurder als gevolg van faillissement of (de huurder bij) surseance zich genoodzaakt ziet om de huurovereenkomst op te zeggen op grond van art. 39 resp. 238 Fw, er geen schadevergoeding verschuldigd is. Volgens de rechtbank faalt dit verweer. De overeenkomst was afgesloten voor een bepaalde duur, namelijk 30 maanden. Bij tussentijdse opzegging heeft ALM volgens de rechtbank in beginsel recht op schadevergoeding bestaande uit de overeengekomen, doch niet meer te incasseren, huurtermijnen, overeenkomstig het bepaalde in art. 13 van de huurovereenkomst, waarbij de rechtbank van oordeel is dat de stelling van de curatoren dat dat niet zou gelden in een faillissementssituatie, geen basis in het recht kent (r.o. 3.6).

d) Het verweer van de curatoren dat het schadevergoedingsbeding (art. 13 lid 5 van de huurovereenkomst) in strijd is met de goede zeden of de openbare orde en derhalve nietig is (art. 3:40), heeft de rechtbank als onvoldoende onderbouwd gepasseerd, omdat het op generlei wijze is geconcretiseerd, noch is toegespitst op de onderhavige zaak (r.o. 3.8).

e) Voor zover in cassatie van belang, hebben de curatoren voorts nog gesteld dat ALM niet onder de bankgarantie mocht trekken, omdat de bankgarantie alleen huurverplichtingen - huurtermijnen - betreft en dus niet ziet op eventuele schadevergoeding wegens beëindiging van de huurovereenkomst. Na rechtsgeldige beëindiging van de overeenkomst zou ALM derhalve geen vorderingsrecht meer toekomen, aldus stellen de curatoren. Ook deze stelling gaat naar het oordeel van de rechtbank niet op. De bankgarantie ziet, gelet op de redactie ervan, op al hetgeen ALM uit hoofde van de huurovereenkomst met betrekking tot een juiste nakoming, verschuldigd is of zal worden. Voor de beperkte uitleg als door curatoren genoemd, biedt de tekst van de bankgarantie volgens de rechtbank geen steun. Daar komt naar haar oordeel nog bij dat uit de hoogte van de bankgarantie kan worden opgemaakt dat deze ziet op een groot aantal van de overeengekomen resterende huurtermijnen en daarmee dus ook ziet op - en kennelijk bedoeld is als - schadevergoeding na ontbinding (r.o. 3.10).

4) Tegen dit vonnis hebben de curatoren - tijdig - beroep in cassatie ingesteld. Partijen zijn overeengekomen het hoger beroep over te slaan (sprongcassatie). De curatoren hebben een middel van cassatie geformuleerd dat uit twee onderdelen is opgebouwd. ALM heeft tot verwerping geconcludeerd. Beide partijen hebben hun stellingen schriftelijk toegelicht, waarna de curatoren hebben gerepliceerd.

### Bespreking van het cassatiemiddel

5) Onderdeel A bestrijdt in zes subonderdelen de oordelen van de rechtbank, vermeld in nr. 3 onder b-d. Deze oordelen komen er kort samengevat op neer dat noch art. 238 Fw, noch art. 39 Fw in de weg staan aan (het beroep van ALM op) art. 13 van de huurovereenkomst op grond waarvan de verhuurder ingeval van surseance van betaling of faillissement van de huurder recht heeft op ontbinding en schadevergoeding.

6) Subonderdeel 2.1 bevat een inleiding. Subonderdeel 2.2 voert aan dat art. 238 Fw beëindiging van de huurovereenkomst door de verhuurder gedurende surseance niet toestaat. De surseance van betaling heeft immers tot doel om de zaken van de schuldenaar gaande te houden; met dat doel is niet verenigbaar dat de verhuurder de huurovereenkomst tussentijds kan beëindigen. Onderdeel 2.3 voegt hieraan toe dat de rechtbank heeft miskend dat art. 238 Fw (evenals art. 39 Fw) dwingend recht bevat, zodat daarvan niet contractueel kan worden afgeweken.

7) Art. 238 Fw luidt als volgt:

1. Zoodra de surseance een aanvang heeft genomen, kan de schuldenaar, die huurder is, met inachtneming van het bij artikel 228 bepaalde, de huur tusschentijds 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 den dag, waarop de termijn, waarvoor vooruitbetaling heeft plaats gehad, eindigt.

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

Uit de parlementaire geschiedenis van de artikelen 238-240 Fw (Kortmann/Faber, 2-III, 1995, p. 487-488) blijkt dat art. 238 Fw is ontleend aan art. 39 Fw. Dit artikel luidt als volgt (curs. ASH):

1. Indien de gefailleerde huurder is, kan zowel de curator als de verhuurder de huur tusschentijds doen eindigen, mits de opzegging geschiedt tegen een tijdstip, waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen. Bovendien moet bij de opzegging de daarvoor overeengekomen of gebruikelijke termijn in acht genomen worden, met dien verstande echter, dat een termijn van drie maanden in elk geval voldoende zal zijn. Zijn er huurpenningen vooruitbetaald, dan kan de huur niet eerder opgezegd worden, dan tegen den dag, waarop de termijn, waarvoor vooruitbetaling heeft plaats gehad, eindigt. Van den dag der faillietverklaring af is de huurprijs boedelschuld.

Vergelijking van de teksten van de genoemde bepalingen leert dat de bevoegdheid tot het doen eindigen van de huurovereenkomst wel aan de verhuurder is toegekend ingeval van faillissement van de huurder, maar dat de verhuurder deze bevoegdheid niet toekomt als aan de huurder surseance van betaling is verleend. Dit verschil heeft de wetgever bewust gemaakt. Zo wordt in de memorie van toelichting behorend bij art. 234-

240 Fw (Kortmann/Faber 2-III, 1995, p. 488) overwogen dat art. 238 Fw is overgenomen uit de eerste titel, 'behoudens, dat het recht om de huurovereenkomst (...) op korten termijn te doen eindigen niet is toegekend aan den verhuurder (...).' Als verklaring hiervoor wordt gegeven: 'De toekenning van dit recht zou den boedel in ernstige mate kunnen benadeelen.' De bevoegdheid tot het doen eindigen van de huurovereenkomst komt bij surseance van de huurder dus slechts toe aan de huurder (die ingevolge art. 238 Fw hiertoe de medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder(s) behoeft), nu aan een huurovereenkomst slechts een einde moet kunnen worden gemaakt als dit in het belang is van de boedel. Vgl. Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 631. Bedacht moet namelijk worden dat surseance van betaling niet strekt tot algehele vereffening van de boedel, zoals het faillissement, maar veeleer tot doel heeft de zaken van de schuldenaar (de huurder) gaande te houden. Dit doel zou in de visie van de wetgever doorkruist kunnen worden, als ook aan de verhuurder de bevoegdheid van art. 238 zou toekomen.

Vanuit de boedel bezien, is het dus weliswaar wenselijk dat de verhuurder gedurende de surseance de huurovereenkomst niet kan beëindigen, maar voor de verhuurder kan dit - uiteraard - (nogal) nadelig zijn. Uit de parlementaire toelichting blijkt evenwel dat het belang van de verhuurder niet uit het oog is verloren. Zo valt daar te lezen dat 'voor de belangen van verhuurder (...) is gewaakt door de bepaling, dat huurprijs (...) van af de surseance boedelschuld (is).' De gedachte is dus dat de nadelige gevolgen van het ontbreken van de bevoegdheid tot beëindiging van de overeenkomst voor de verhuurder worden weggenomen door het feit dat hij verzekerd is van integrale betaling zolang de huurovereenkomst na de surseanceverlening blijft doorlopen. J.B. Huizink, Insolventie, 2002, nr. 22 stelt dat wanneer nu de boedel(huur)schuld toch niet zou kunnen worden voldaan, de handhaving van de surseance niet langer is gewenst, zodat de bewindvoerder(s) zal(/zullen) verzoeken om haar intrekking en het faillissement zal worden uitgesproken. In dat geval is art. 39 Fw toepasselijk, op grond waarvan de verhuurder wel de bevoegdheid toekomt om de huurovereenkomst te doen eindigen.

8) Ik meen dat subonderdeel 2.2 tevergeefs wordt voorgesteld. Het beding van art. 13 lid 2 is niet in strijd met de tekst van art. 238 Fw. Dat die bepaling van dwingend recht is, wil in beginsel slechts zeggen dat de daarin aan de huurder toegekende bevoegdheid niet bij overeenkomst kan worden uitgesloten, maar niet dat een vergelijkbare bevoegdheid niet (bij overeenkomst) ook aan de schuldeiser kan worden toegekend.

Art. 238 is niet exclusief in die zin dat aan de verhuurder niet de bevoegdheid tot ontbinding wegens wanprestatie toekomt; zie in deze zin Hof Den Bosch 9 okt. 1990, KG 1990, 377. Hetzelfde geldt voor art. 37 e.v. Fw; zie bijv. Parl. Gesch. Inv. Boeken 3,5 en 6 (Aanpassing Rv en Fw), p. 386 e.v., Polak-Wessels II (2000), nrs. 2472 en 2513 en recent Van Buchem-

Spapens/Pouw, Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering (2004), p. 37.(3)

Naar nieuw (sinds 1992 geldend) recht is hierbij van betekenis enerzijds dat de bevoegdheid tot ontbinding buitengerechtelijk kan worden uitgeoefend, en anderzijds dat art. 6:80 BW aan de schuldeiser de bevoegdheid toekent de overeenkomst te ontbinden indien vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn. Het komt mij in dit licht niet onredelijk voor dat de schuldeiser bij overeenkomst een bevoegdheid tot ontbinding kan bedingen voor het geval hij zijn schuldenaar op een surseance of een faillissement ziet afstevenen of in die toestand ziet geraken.

Aan de eisers tot cassatie kan worden toegegeven dat hierdoor een situatie kan ontstaan die de wetgever vreesde, namelijk beëindiging van de huurovereenkomst op korte termijn die de boedel kan benadelen. Maar te bedenken is dat een beding als het onderhavige volstrekt normaal is bij allerlei overeenkomsten in het zakelijke verkeer, in het bijzonder de voor de schuldenaar zo belangrijke overeenkomsten tot kredietverlening, lease(4) etc. Voorts valt op dat de wet bij de economisch vergelijkbare overeenkomst van huurkoop het ontbindingsrecht wel aan de huurverkooper heeft toegekend (art. 237a Fw).(5) Tenslotte wijs ik erop dat niet zozeer de ontbinding van de overeenkomst als wel het weghalen van de verhuurde zaken voor de boedel nadelig kan zijn, maar daartegen kan sinds 1992 een dam worden opgeworpen door de z.g. afkoelingsperiode, die ook in surseance kan worden ingesteld (art. 241a Fw).

Al met al zou ik, nu de tekst of de strekking van de wet niet bepaaldelijk in de richting van nietigheid van het onderhavige beding wijst en ook niet gezegd kan worden dat de argumenten voor nietigheid duidelijk prevaleren boven de argumenten die daartegen kunnen worden aangevoerd, willen vasthouden aan een der hoofdbeginselen van faillissementsrecht:

"Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkeerige overeenkomsten niet den minsten invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd."(Kortmann/Faber 2-I, 1994, p. 409)

9) In het verlengde van het zojuist betoogde dient m.i. ook subonderdeel 2.3 te falen. Ook hier zou ik de algemene beginselen van contractenrecht willen laten prevaleren. De schuldeiser die wegens niet-nakoming (daaronder begrepen de geanticipeerde niet-nakoming van art. 6:80 BW) ontbindt, kan zich voor zijn vordering tot schadevergoeding laten verifiëren in het faillissement (art. 37a Fw). M.i. moet hetzelfde gelden bij een ontbinding waartoe de bevoegdheid krachtens overeenkomst bestaat. Acht men de door de schuldeiser bedongen schadevergoeding onredelijk (in casu gaat het om het beding dat de schuldenaar na de ontbinding alle resterende huurtermijnen bij wege van schadevergoeding verschuldigd zal zijn), dan biedt art. 6:94 BW de mogelijkheid een zodanig boetebeding aan het oordeel van de rechter te onderwerpen.

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.(6) In elk geval moet het wethistorische argument het dunkt mij afleggen tegenover de duidelijke tekst van de wet. Evenzo Veegens/Oppenheim, Het faillissement en de surseance van betaling, 1917, p. 83; L.G. van Dam, De surseance van betaling en het akkoord buiten faillissement, 1935, p. 99; H.F.A. Vollmar, De Faillissementswet, 1939, p. 100; Molengraaff-Star Busmann, De Faillissementswet, 1951, p. 220; H.F.A. Vollmar, Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht, 1961, p. 701; E.W.J.H. de Liagre Bohll, 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 surseance 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).

11) Subonderdeel 2.5 gaat uit van de opvatting dat een beding als bedoeld in art. 13 lid 2 niet geldig is, zodat de art. 238 en 39 Fw de mogelijkheid voor de verhuurder om de huurovereenkomst te beëindigen exclusief beheersen. Uit het voorgaande vloeit voort dat ik deze opvatting niet onderschrijf, zodat het subonderdeel naar mijn mening tevergeefs wordt voorgesteld.

Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor subonderdeel 2.6, dat betrekking heeft op de door de verhuurder bedongen schadevergoeding. Dat bij opzegging krachtens de voormelde artikelen aan de verhuurder geen recht op schadevergoeding toekomt, zoals het subonderdeel op zichzelf terecht aanvoert, betekent in mijn opvatting niet dat een beding in de trant van art. 13 lid 5 - dat een verplichting tot schadevergoeding niet verbindt aan een opzegging in de zin van die artikelen, maar aan een ontbinding wegens (dreigende) wanprestatie - nietig is.

12) Onderdeel B is gericht tegen r.o. 3.10, voor zover de rechtbank met deze overweging tot uitdrukking heeft willen brengen dat ook indien ALM na beëindiging van de huurovereenkomst tijdens de surseance of het faillissement van BaByXL geen vordering tot schadevergoeding ter grootte van de resterende huurtermijnen tegen BabyXL geldend kon maken, ALM toch gerechtigd zou zijn tot hetgeen zij onder de bankgarantie heeft getrokken. Indien de rechtbank al-

dus zou hebben overwogen, zou zij blijk gegeven hebben van een onjuiste rechtsopvatting althans zou deze overweging onbegrijpelijk zijn, nu zij daarmee miskend zou hebben dat een bankgarantie dient om te verzekeren dat de crediteur verhaal heeft voor zijn vordering. Indien immers later zou komen vast te staan dat deze vordering tot schadevergoeding niet bestaat, kan de crediteur wegens gemis aan een rechtsgrond niet gerechtigd zijn tot hetgeen hij onder de bankgarantie heeft getrokken, aldus het onderdeel.

13) Het onderdeel berust m.i. op een onjuiste lezing van het vonnis. Zoals uit het begin van r.o. 3.10 duidelijk volgt, is de rechtbank in deze overweging ingegaan op de stelling van de curatoren dat ALM niet onder de bankgarantie mocht trekken, omdat de bankgarantie alleen huurverplichtingen - huurtermijnen - betreft en niet ziet op eventuele schadevergoeding wegens beëindiging van de huurovereenkomst. In de door het onderdeel bestreden overweging heeft de rechtbank in reactie op deze stelling overwogen dat zij niet opgaat, nu de gestelde bankgarantie volgens de rechtbank, gelet op de redactie ervan, niet slechts dient ter verzekering van de huurtermijnen, zoals de curatoren hadden bepleit, maar dat zij evenzeer dient ter verzekering van de verplichting tot schadevergoeding als bedoeld in art. 13 van de huurovereenkomst. Anders dan het onderdeel betoogt, kan hieruit niet worden afgeleid dat de rechtbank heeft geoordeeld dat als er geen recht op schadevergoeding zou bestaan de crediteur (toch) gerechtigd zou zijn tot hetgeen hij onder de bankgarantie heeft getrokken. Onderdeel B faalt derhalve wegens gebrek aan feitelijke grondslag.

#### **Conclusie**

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

ken 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 wetsbepaling daarop niet van toepassing is.

---

#### **Noten**

1 Uit de huurovereenkomst van 15 februari 2001 blijkt dat de rechtsvoorgangster van ALM deze overeenkomst reeds op 7 februari 2001 had ondertekend. Deze overeenkomst is als productie 1 bij de dagvaarding van 30 oktober 2002 door de curatoren overgelegd.

2 Anders dan de rechtbank in r.o. 1.8 van haar vonnis van 3 december 2003 heeft overwogen, blijkt uit de dagvaarding van 30 oktober 2002, p. 2 onder 1 dat alleen mr. Tiethoff (en niet ook mr. Douma) tot bewindvoerder was benoemd.

3 Zie reeds over art. 39 Fw in deze zin de opmerking van de minister van Justitie, geciteerd bij Kortmann/Faber 2-I, 1994, p. 427.

4 Vgl. J.J. Van Hees, Leasing, 1997, p. 171 e.v.

5 De reden is juridisch-technisch van aard: de wetgever achtte art. 37 Fw niet van toepassing en vreesde moeilijkheden bij de afwikkeling van de boedel en de verificatie van de vordering van de huurverkoper, omdat de curator niet zou kunnen beschikken over de - nog niet in eigendom aan de gefailleerde toebehorende - zaak; zie TK 1933-1934, 431, nr. 3, p. 21.

6 Men kan natuurlijk zeggen dat het enorme belang van de huur (en de lease en de huurkoop) van roerende za-