VASTGOED JOURNAAL

Curatoren van failliete winkelketens moeten uit hun comfortzone komen

05-09-2016 16:04

Deze column biedt interessant nieuws voor winkelverhuurders die te maken hebben met indeplaatsstelling. Advocate Karlien Wenting van Hoeberechts Advocaten anayseert in VJ de faillissementen rond Dolcis en Scapino en constateert dat slimme verhuurders de curatoren de voet dwars kunnen zetten.

Eerder schreef ik al over de juridische ins en outs van indeplaatsstelling in het algemeen en indeplaatsstelling bij een faillissement. Ik besprak onder meer de situatie als een huurder failleert en de verhuurder de huur opzegt, hoewel de curator eigenlijk de huurrechten in het kader van een overname aan een derde wil overdragen. Een opzegging aan de zijde van de verhuurder kan dan misbruik van recht vormen. Veel curatoren doen ook voorkomen alsof een indeplaatsstelling in een faillissementsscenario een vast gegeven is.

In mijn blog gaf ik echter ook aan dat een curator niet lichtvaardig over een verzoek tot indeplaatsstelling moet denken en verhuurders vaak een sterkere positie hebben dan zij vermoeden.

Mijn eerdere stellingen worden bevestigd in een aantal recente uitspraken, waarvan met name de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland interessant is voor curatoren.

Dolcis
In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 7 juni 2016 staat het indeplaatsstellingsverzoek van de gefailleerde (dochter)vennootschap Dolcis ter discussie. Dolcis huurde een winkelruimte in Maastricht. Verhuurster heeft op de dag van de faillietverklaring terstond de huurovereenkomst opgezegd. Ruim een maand later deelt de curator van Dolcis mede dat een doorstart is gerealiseerd. Nelson Schoenen B.V. zal de Dolcis-formule (en de daarbij behorende winkellocaties) overnemen.

Verhuurster stemt niet in met de overdracht van de huur en handhaaft de gedane opzegging. De verhuurster heeft inmiddels al een nieuwe kandidaat die bereid is een aanzienlijke hogere huur te betalen. De curatoren starten een procedure en stellen dat de gedane opzegging misbruik van recht vormt.

De rechtbank behandelt eerst de vraag of de opzegging wel misbruik van recht vormt. Zij oordeelt dat *'voor de beantwoording van de vraag of de opzegging van de huurovereenkomst of het vasthouden daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dienen alle omstandigheden van het geval te worden meegewogen'*. De rechtbank betrekt hierbij alle belangen van zowel de curator als verhuurster en oordeelt dat de verhuurster haar belang voldoende heeft onderbouwd. Onder meer is de rechtbank van mening dat van verhuurster niet verwacht hoeft te worden dat zij een afwachtende houding aanneemt ter zake een mogelijke overname.

Verhuurster mag actief op zoek gaan naar een nieuwe huurder zolang nog onduidelijkheid bestaat over een mogelijke doorstart of overname. Ook oordeelt de rechtbank dat de curator het belang van de boedel onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. Een al dan niet succesvolle indeplaatsstelling van de locatie Maastricht heeft immers geen verdere gevolgen voor de algehele overname. De extra vergoeding die Nelson Schoenen bereid is te betalen voor de overname van Maastricht ter hoogte van € 100.000,- is volgens de rechtbank een na de doorstart gecreëerd belang. Ook het behoud van werkgelegenheid vormt geen doorslaggevend belang. De curator trekt dus aan het kortste eind.

Uit deze uitspraak volgt wederom dat een gedegen boedelbelang moet bestaan en dat de belangen van een

verhuurder wel degelijk zwaar worden meegewogen.

Scapino
Tevens interessant is de uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 24 juni 2016 in een discussie tussen de curatoren van het gefailleerde Macintosh Retail Group N.V. en Scapino B.V. en verhuurster Ahold Europe Real Estate & Construction B.V.

Ook in deze kwestie speelt de vraag of de door verhuurster gedane opzegging rechtsgeldig is. Een belangrijk verschil met de vorige uitspraak is dat verhuurster de huurovereenkomst niet terstond heeft opgezegd, maar pas nadat de overname al was gerealiseerd en verhuurster ook al actief had onderhandeld met Scapino over de overname van de huurlocatie.

De rechtbank herhaalt dat sprake moet zijn van een evidente onaanvaardbaarheid van de opzegging. Volgens de rechtbank is van een evidente onaanvaardbaarheid geen sprake als de vordering tot indeplaatsstelling niet toewijsbaar is. Zij gaat dan ook over tot inhoudelijke toetsing van het verzoek tot indeplaatsstelling, waarbij zij begint met de vraag of de boedel (de curatoren) een zwaarwichtig belang heeft.

In deze kwestie hebben de curatoren getracht een wezenlijk boedelbelang te creëren.

De curatoren stellen onder meer dat als het niet tot een indeplaatsstelling komt de activaovereenkomst (overnameovereenkomst) ontbonden kan worden of de boedel schadeplichtig kan zijn. Dit argument veegt de rechtbank van tafel. Uit de overnameovereenkomst volgt namelijk dat de curatoren zich enkel hebben verbonden zich in te spannen tot een indeplaatsstelling te komen. Bovendien hebben beide partijen in de overeenkomst afstand gedaan van het recht de overeenkomst te vernietigen of te ontbinden. Overigens een niet ongebruikelijk beding in door curatoren opgestelde activaovereenkomsten.

De curatoren stellen ook dat de betaalde vergoeding voor een aanzienlijk gedeelte bestaat uit een vergoeding voor de goodwill die enkel door het welslagen van de indeplaatsstelling kan worden verzilverd. Tevens stellen zij dat de betreffende locatie een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt die ook van belang is voor het welslagen van de doorstart. De rechtbank is echter van mening dat dit niet relevant is. De betaling van de koopsom aan de boedel is namelijk niet afhankelijk gesteld van het al dan niet slagen van de indeplaatsstelling. Het risico dat goodwill niet rendabel is of niet kan worden verzilverd, komt voor rekening van Scapino.

Tot slot stellen de curatoren dat de boedel wel degelijk een belang heeft, omdat een aanvullende vergoeding van € 15.000,- wordt betaald als de indeplaatsstelling slaagt. Verhuurster heeft echter op een creatieve manier dit argument – wat naar mijn mening kans van slagen gehad zou hebben – gepareerd. Verhuurster heeft namelijk een verklaring overgelegd van de nieuwe huurder, waaruit volgt dat de nieuwe huurder bereid is een bedrag van € 15.000,- te betalen. Hiermee komt onmiddellijk het belang van de betaling te vervallen.

Verhuurster heeft op een zeer handige wijze het verzoek van de curatoren gedwarsboomd. Ieder mogelijk zwaarwichtig belang is door de handelswijze van verhuurster komen te vervallen of wordt beschouwd als een risico dat de overnamekandidaat dient te dragen.

Conclusie
Wat betekent dit nu voor curatoren en overnamekandidaten? Wanneer is nog wel sprake van een zwaarwichtig belang? Naar mijn mening volgt uit deze uitspraak dat de boedel daadwerkelijk een belang moet hebben en in zekere mate ook een risico dient te dragen. De activaovereenkomsten worden immers veelal zo opgesteld dat de boedel nauwelijks risico loopt. De mogelijkheid tot ontbinding of vernietiging van de activaovereenkomst

wordt immers vaak uitgesloten, curatoren nemen doorgaans op dat zij slechts een inspanningsverplichtingen hebben en vergoedingen worden niet of zelden afhankelijk gesteld van de prestaties van een curator. De betaling van een aanvullende vergoeding indien een indeplaatsstelling slaagt, kan een belang vormen maar volstaat niet altijd. Curatoren moeten immers rekening mee houden dat dit belang, zoals ook uit de uitspraak volgt, op een relatief eenvoudige wijze kan worden weggenomen.

Curatoren dienen zich dan ook bij een doorstart - waarbij indeplaatsstelling een grote rol speelt - ervan bewust te zijn dat een actievere houding noodzakelijk is en zij moeten bereid zijn een bepaalde mate van risico te nemen. Dit betekent echter ook dat de toezichthoudende rechter-commissaris doordrongen dient te zijn dat niet alle risico's uitgesloten kunnen worden, wil een verzoek tot indeplaatsstelling kans van slagen hebben. Zowel curatoren als rechter-commissarissen zullen wellicht wat vaker uit hun comfort-zone moeten stappen. Mede een taak voor de potentiële overnamekandidaten, die zich eveneens de (on)mogelijkheden van een indeplaatsstelling moeten realiseren.

Karlien Wenting is advocate bij Hoeberechts Advocaten in Weert

Rogier Hentenaar