

Leegstandschade en bankgaranties: hoe zat het ook al weer? En hoe moet het verder?

mr. V.G.J. Boumans¹

Tot enkele jaren geleden was het voor verhuurders mogelijk om bij het faillissement van een huurder de zogenoemde 'leegstandschade' uitgekeerd te krijgen onder een door de huurder afgegeven bankgarantie. De verhuurder had op die manier de zekerheid dat hij zijn schade als gevolg van een faillissement van een huurder kon beperken. De banken hadden de zekerheid dat het aan de verhuurder uitgekeerde bedrag was gedekt door de contragarantie. Tegenwoordig geven Nederlandse banken dergelijke bankgaranties – waarbij de leegstandschade van de verhuurders is gedekt – niet meer af. Hoe komt het dat de banken deze dekking niet meer willen verlenen? Welke bankgaranties worden door banken nog wél afgegeven? Zijn deze nieuwe garanties nog wel interessant voor verhuurder? En, zijn er alternatieven voor verhuurders om het risico op leegstandschade af te dekken? Deze vragen komen in deze bijdrage aan bod.

1. Situatie voor 2011

Tot enkele jaren geleden bevatte het door de Raad voor Onroerende Zaken (ROZ) ontwikkelde bankgarantiemodel voor verhuurders voldoende zekerheid ter afdekking van de zogenoemde leegstandschade in het geval van het faillissement van een huurder. Onder leegstandschade moet worden verstaan: de huurpenningen die de verhuurder mistloopt na beëindiging van de huurovereenkomst op grond van art. 39 Faillissementswet (hierna: Fw) als ware het dat de huurovereenkomst zou zijn doorgelopen tot en met de contractueel overeengekomen einddatum van de huurovereenkomst.

Het ROZ bankgarantiemodel bevatte destijds onder meer de volgende bepaling: *'Ondergetekende verplicht zich voorts om als eigen schuld aan verhuurder of zijn rechtverkrijgende(n) te zullen vergoeden alle schade, door hem te lijden, doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement, of aan huurder verleende surséance van betaling, ingevolge de opzegging door de curator of door huurder en de bewindvoerder, tussentijds zal worden beëindigd.'*

Gelet op het abstracte karakter van dergelijke bankgaranties, was de bank op basis van deze bepaling zondermeer gehouden om de leegstandschade aan de verhuurder uit te keren. De bank had daarbij geen mogelijkheid zich te verweren en de bank had daar in het algemeen ook geen behoefte aan. Bij een uitkering aan de verhuurder, kon de bank zich

eenvoudig verhalen op de boedel middels de door de huurder afgegeven contragarantie.

Deze handelswijze ging tot 2011 in een eventueel faillissement van de huurder goed voor de verhuurder (en de bank). Al in 2005 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een contractueel overeengekomen beding tot ontbinding van de huurovereenkomst bij een faillissement van de huurder, alsmede een schadevergoedingsbeding bij het faillissement van de huurder, rechtsgeldige bedingen zijn die niet in strijd zijn met het dwingende recht van de Faillissementswet.

In het BabyXL arrest² overweegt de Hoge Raad ondermeer:

*'De tekst en de strekking van de bepaling verzetten zich niet ertegen dat in de huurovereenkomst een bepaling als de onderhavige wordt opgenomen die, in aanvulling op de wettelijke regeling, ook aan de verhuurder de mogelijkheid biedt in geval van surséance de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen. De omstandigheid dat art. 238 Fw van dwingend recht is, verzet zich daartegen evenmin, omdat zulks slechts betekent dat de in art. 238 Fw opgenomen mogelijkheid tot beëindiging door de huurder niet bij overeenkomst kan worden uitgesloten.'*³

1. Mr. V.G.J. Boumans is advocaat bij Lexence Advocaten & Notarissen N.V., Amsterdam.

2. HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005, 406.

3. R.o. 3.4.1.

Dat art. 7:231 BW aan een buitengerechtelijke ontbinding van een huurovereenkomst ten aanzien van bedrijfsruimte in de weg kan staan, maakt deze overweging overigens niet anders. Over de schadevergoedingsafsprake overweegt de Hoge Raad:

‘Dat, zoals onderdeel 2.6 op zichzelf terecht aanvoert, bij een beëindiging van de huur op de voet van art. 39 Fw of 238 Fw 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.’⁴

Huurders, verhuurders en banken gingen er in die periode vanuit dat de leegstandschade door de verhuurder zonder risico kon worden geclaimd onder de bankgarantie. Hoewel het uitgangspunt van het BabyXL arrest feitelijk werd bevestigd door de Hoge Raad in het arrest Aukema q.q./Uni-Invest,⁵ betekende dit arrest ook een kentering in het leerstuk van de leegstandschade bij het faillissement van de huurder.

2. Aukema/Uni-Invest

De zaak die leidde tot het arrest Aukema/Uni-Invest lag als volgt. Info Opleiders B.V. huurde een kantoorruimte. Op basis van de huurovereenkomst was huurder gehouden tot vergoeding van alle schade, kosten en interesten als gevolg van een tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst. Ter nadere zekerheid had de huurder een bankgarantie van de ING Bank aan de verhuurder gesteld op basis van het ROZ bankgarantiemodel. Na het faillissement van de huurder, wordt de huurovereenkomst door de curator opgezegd. De verhuurder claimt uitkering van de bank onder de bankgarantie voor het maximale bedrag van de bankgarantie. Ongeveer de helft van het uitgekeerde bedrag ziet op de zogenoemde leegstandschade.

De curator vordert terugbetaling van een groot deel van het bedrag dat de verhuurder van de bank heeft ontvangen onder de bankgarantie. Het Hof wijst de vorderingen van de curator af, onder meer onder verwijzing naar het BabyXL arrest. De curator gaat van dit arrest in cassatie. De curator meent dat het niet past binnen het stelsel van art. 39 Fw dat de verhuurder aanspraak kan maken op een schadevergoeding.

De Hoge Raad overweegt onder meer:

‘Op grond van dit laatste artikel is, kort gezegd, tussentijdse beëindiging op een termijn van

ten hoogste drie maanden (tenzij de huur over een langere periode is vooruitbetaald) mogelijk, maar over die periode vormt de huurprijs een boedelschuld. Uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.5 vermelde totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling moet worden afgeleid dat de regeling van art. 39 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 van de huurprijs.’⁶

‘In een dergelijke wijze van beëindiging, waarvan voor de verhuurder in het kader van zojuist bedoelde afweging van belangen het voordeel is verbonden dat de huurschuld vanaf de faillissementsdatum boedelschuld is, heeft de wetgever ‘niet de minste reden’ gezien aan de verhuurder ‘ook nog een recht op schadevergoeding te geven.’ De door het onderdeel aan de orde gestelde vraag of desondanks op grond van het bepaalde in art. 7:3 van de huurovereenkomst jegens de boedel recht op schadevergoeding bestaat wegens gemis van de (na de opzeggingsperiode) verschuldigde huur, moet in dat licht ontkennend worden beantwoord. De opzegging op de voet van art. 39 is een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst, die niet tot schadevergoeding verplicht. Het resultaat van de bedoelde belangenafweging kan niet worden doorbroken door het bedingen van een recht op schadevergoeding ter zake van de huur die verschuldigd zou zijn geworden indien de huurovereenkomst niet tussentijds op de voet van art. 39 zou zijn beëindigd.’⁷

‘Op grond van het vorenoverwogene moet worden geconcludeerd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat het schadevergoedingsbeding in dit geval effect sorteert.’⁸

De Hoge Raad geeft met deze overwegingen duidelijk aan dat art. 39 Fw geen recht op enige schadevergoeding geeft. De verhuurder krijgt – kort gezegd – voldoende doordat de huur vanaf datum faillissement een boedelschuld is. De wetgever heeft daarbij geen reden gezien om de verhuurder ook nog een recht op schadevergoeding te geven. Voor de juiste interpretatie van de latere arresten van de Hoge Raad, is de volgende overweging van belang: *‘De door het onderdeel aan de orde gestelde vraag of desondanks op grond van het bepaalde in art. 7:3 van de huurovereenkomst jegens de boedel recht op schadevergoeding bestaat wegens gemis van de (na de opzeggingsperiode) verschuldigde huur, moet in dat licht ontkennend worden beantwoord.’* De overweging laat de mogelijkheid open dat een dergelijke schadevergoedingsplicht wel tegenover derden (niet zijde de boedel) geldend kan worden gemaakt door de verhuurder. Immers, alleen de vraag of een schadevergoeding jegens de boedel geldend gemaakt

4. R.o. 3.6.

5. HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011, 114, TvHB 2011, nr. 6.

6. R.o. 3.5.1.

7. R.o. 3.5.2.

8. R.o. 3.5.4.

kan worden, moet ontkennend worden beantwoord, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad verwijst daarbij uitdrukkelijk naar het BabyXL arrest: *‘De Hoge Raad heeft daarvan niet willen afwijken in zijn arrest van 13 mei 2005, nr. C04/075, LJN AT2650, NJ 2005/406.’*⁹

Desondanks leidde het arrest Aukema/Uni-Invest bij verhuurders tot onzekerheid. Kennelijk was het niet meer mogelijk om via bankgaranties het risico op leegstandschade af te zekeren. De verhuurder kon zelfs gehouden worden om de ontvangen vergoeding terug te betalen aan de curator.

3. Romania Beheer

De Hoge Raad gaf op dit punt een beetje zekerheid aan de verhuurder terug door in het Romania arrest¹⁰ zijn overwegingen uit het Aukema/Uni-Invest nader toe te lichten.

Dit arrest betrof een exploitant van autogaragebedrijven met showrooms die failliet ging. In de huurovereenkomst was overeengekomen dat bij faillissement de huurovereenkomst kon worden beëindigd en dat de huurder aansprakelijk was voor alle schade, kosten en interesten als gevolg van de voortijdige beëindiging van de huurovereenkomst. Verschil met Aukema/Uni-Invest was dat – onder meer – deze verplichting niet werd afgedekt door een bankgarantie, maar door een concerngarantie van de moedermaatschappij van de huurder ten aanzien van alle verplichtingen uit de huurovereenkomst. De verhuurder sprak uit hoofde van deze garantie de moedermaatschappij (Romania Beheer) aan voor onder meer de leegstandschade.

Belangrijk om te realiseren is dat anders dan in het arrest Aukema/Uni-Invest betrof het hier niet een procedure tussen een verhuurder en de boedel, maar tussen een verhuurder en de garant.

Het Hof wijst de vorderingen af. Het Hof meent dat de garantie niet meer verplichtingen met zich mee kan brengen dan hetgeen waartoe de huurder verplicht is. Het Hof meende dat de huurder niet tot schadevergoeding verplicht kon worden, omdat Aukema/Uni-Invest daaraan in de weg stond.

In dit arrest herhaalt de Hoge Raad eerst de kernoverweging uit Aukema/Uni-Invest en overweegt dan:

‘De in het arrest Aukema q.q./Uni-Invest bedoelde afweging heeft slechts betrekking op de verhouding tussen verhuurder en boedel. De op die afweging berustende regeling van art. 39 Fw strekt niet mede ter bescherming van het belang van de gefailleerde. Er is daarom geen reden om een beding waarbij de huurder zich heeft verplicht tot vergoeding van de schade die de verhuurder lijdt door een voortijdig einde van de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement van

*de huurder, nietig te achten jegens de gefailleerde huurder zelf, ingeval de huurovereenkomst wordt opgezegd op de voet van het artikel. Het arrest Aukema q.q./Uni-Invest moet dan ook aldus worden verstaan dat dit beding in het geval van opzegging op de voet van art. 39 Fw alleen geen effect sorteert jegens de boedel.’*¹¹

*‘De opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw laat de rechtsgeldigheid van het hier bedoelde contractuele beding dus onverlet, maar de daaruit resulterende vordering komt niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder. Indien, zoals in deze zaak, een derde de nakoming van die vordering heeft gegarandeerd, brengen het faillissement van de huurder en een opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw dus geen verandering in de verplichtingen uit die garantie, tenzij anders is bedongen. Voor de eventueel uit de nakoming van de garantie voor de derde voortvloeiende regresvordering op de gefailleerde huurder geldt eveneens dat deze niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder. Indien de voorwaarden van de garantie dat toestaan, kan de garant hieraan een verweermiddel ontleen jegens de verhuurder.’*¹²

Met deze overwegingen maakt de Hoge Raad expliciet duidelijk dat een schadevergoedingsverplichting tot leegstandschade contractueel nog kan worden overeengekomen. Deze contractuele afspraak is rechtsgeldig en afdwingbaar door de verhuurder jegens de huurder. De huurder wordt immers niet beschermd door art. 39 Fw en de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging. En als een derde (zoals de bank of een moedermaatschappij) deze verplichtingen afdekt, kan de verhuurder ook nakoming vorderen van deze derden. Het faillissement en de opzegging van de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw brengen geen verandering in deze verplichtingen onder een garantie.

De kanttekening die de Hoge Raad daarbij wel maakt – hoewel niet aan de orde in deze procedure – is dat de garantgever geen regresvordering heeft jegens de boedel. Een dergelijk regres sorteert geen effect jegens de boedel.

Dit arrest bood verhuurders een uitweg en duidelijkheid. Kennelijk bleef het mogelijk om te bedingen dat de huurder schadeplichtig was indien de huurovereenkomst als gevolg van een faillissement voortijdig zou komen te eindigen. Eveneens was het mogelijk dat deze schade afgedekt zou worden door derden, zoals een bank of een moedermaatschappij van de huurder. Dat die garant vervolgens geen verhaal kon halen bij de boedel, regardeerde de verhuurder in beginsel natuurlijk niet.

9. R.o. 3.5.3.

10. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, *TvHB* 2014, nr. 1.

11. R.o. 3.3.3.

12. R.o. 3.3.4.

4. Autodrôme

Deze duidelijkheid was voor verhuurders en de rechtspraak echter van korte duur. Slechts een week na het Romania arrest wees de Hoge Raad immers het zogenoemde Autodrôme arrest.¹³

De casus die tot dit arrest heeft geleid was vergelijkbaar met die van Aukema/Uni-Invest. Bij het Autodrôme arrest ging het om een sale-and-lease back situatie, waarbij wederom een leegstandschade beding was opgenomen in de huurovereenkomst. Deze verplichting was afgedekt met bankgaranties met een totale waarde van bijna 2 miljoen euro. Na het faillissement van de huurder, deed de verhuurder een beroep op de bankgarantie en claimde onder meer bijna 1,4 miljoen euro aan leegstandschade. De ABN AMRO keerde uit onder de bankgarantie en verrekende het uitgekeerde bedrag met het creditsaldo van de failliet op basis van de contragarantie.

De curator van de failliete huurder vorderde het uitgekeerde bedrag terug van de verhuurder. De verhuurder vordert in reconventie een verklaring voor recht dat hij de uitgekeerde gelden mag behouden. Het Gerechtshof oordeelt in de eerste plaats dat de verhuurder op basis van Aukema/Uni-Invest geen aanspraak kan maken op enige schadevergoeding als gevolg van het voortijdige einde van de huurovereenkomst.¹⁴ Daarnaast oordeelt het Hof dat de verhuurder door de uitkering van de bank is verrijkt en dat deze verrijking ongerechtvaardigd is. Bovendien oordeelt het Hof dat de boedel is verarmd doordat het aan de verhuurder uitgekeerde bedrag via de verrekening van de ABN AMRO ten laste van de boedel is gekomen.

In cassatie is helaas geen cassatiemiddel gericht tegen deze overweging van het Hof. De ongerechtvaardigde verrijking stond daarmee vast in cassatie. De Hoge Raad heeft de ongerechtvaardigde verrijking in cassatie niet (inhoudelijk) beoordeeld. De rechtsvragen in cassatie zagen enkel op de vraag of een sale-and-lease back transactie en de in dat kader afgegeven bankgaranties een omstandigheid waren die nopen tot een ander oordeel dan het oordeel gegeven in Aukema/Uni-Invest. Deze rechtsvraag – die overigens negatief werd beantwoord door de Hoge Raad – is voor de onderhavige bijdrage niet zo interessant.

Omdat het oordeel van het Hof – dat de verhuurder ongerechtvaardigd was verrijkt en het uitgekeerde bedrag dus moest voldoen aan de boedel – in cassatie niet aan de orde is gekomen, bleef dit onderdeel van het arrest van het Hof in stand. Hierdoor ontstond voor verhuurders weer grote onzekerheid. Kon leegstandschade nu wel of niet worden geclaimd door verhuurders onder een bankgarantie of een concerngarantie? En als de claim werd gehonoreerd, liep de verhuurder dan het risico om het ontvangen bedrag terug te moeten betalen?

5. Reactie van de banken

Onzekerheid naar aanleiding van de arresten Romania en Autodrôme bestond niet alleen bij verhuurders, maar ook bij banken. De Hoge Raad had bij Romania immers duidelijk aangegeven dat derden als garant gehouden waren tot uitkering van de leegstandschade. Art. 39 Fw bood een garant geen bescherming, terwijl de garant evenmin regres kon nemen op de boedel.

Het abstracte karakter van de bankgaranties bracht de banken dus in een lastige spagaat. Enerzijds kon de bank onder een bankgarantie niet weigeren om leegstandschade uit te keren aan de verhuurder. Anderzijds kon de bank kennelijk de uitgekeerde leegstandschade niet meer ten laste van de boedel brengen of verhaal halen op de boedel. De boedel mocht immers geen nadeel ondervinden. Om deze spagaat te voorkomen, waren banken niet langer bereid om deze leegstandschade af te dekken via bankgaranties. Hier kom ik verderop in deze bijdrage op terug.

Dat deze angst van banken wellicht terecht is, wordt onderstreept in het voorlopige sluitstuk van de Hoge Raad jurisprudentie over de leegstandschade, het arrest Hansteen/Verwiel q.q.¹⁵

6. Hansteen

Het betrof hier wederom een failliete huurder van verhuurder Hansteen. Anders dan bij het arrest Romania Beheer betrof het hier weer – net als bij Aukema/Uni-Invest – een procedure tussen een verhuurder en de boedel. Ten behoeve van Hansteen was een bankgarantie gesteld door de ABN AMRO ter grootte van een bedrag gelijk aan de betalingsverplichting van de huurder van één jaar (bijna € 900.000,-). Op basis van de bankgarantie was de ABN AMRO gehouden om de leegstandschade aan de verhuurder uit te keren. Na het faillissement van de huurder trok Hansteen de bankgarantie voor het volledige bedrag. Naast een aantal posten aan opleverschade werd een aanzienlijk deel van de bankgarantie aangewend ter dekking van de leegstandschade van Hansteen. ABN AMRO keert het volledige bedrag uit onder de bankgarantie en ABN AMRO verrekent het uitgekeerde bedrag met het creditsaldo van de huurder/boedel op grond van de contragarantie. De curator vordert het gehele bedrag terug van de verhuurder op de grond dat Hansteen door de uitkering van ABN AMRO jegens de boedel ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de boedel.

Het Hof oordeelt – onder verwijzing naar het arrest Aukema/Uni-Invest – dat Hansteen een bedrag van iets meer dan € 500.000,- terecht had geclaimd. Het restant van bijna € 400.000,- moest Hansteen af

13. HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1381.

14. Let wel: het Romania arrest was nog niet gewezen ten tijde van deze uitspraak van het Hof.

15. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, NJ 2017, 142, *TvHB* 2017, nr. 5.

dragen aan de curator op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

De Hoge Raad casseert het arrest van het Hof. De Hoge Raad begint met een uiteenzetting van de kernoverwegingen uit de arresten Aukema/Uni-Invest en Romania. Dan oordeelt de Hoge Raad ten aanzien van de opgeworpen cassatieklacht ten aanzien van de leegstandschade:

*'Hansteen heeft gesteld dat zij gerechtigd was de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen. Het hof is in zijn rov. 3.3 (zie hiervoor in 3.2.3) van de juistheid van deze stelling uitgegaan, zodat deze ook in cassatie tot uitgangspunt dient. Gegeven dit uitgangspunt, brengt de omstandigheid dat ABN AMRO, nadat zij aan haar betalingsverplichting ter zake had voldaan, verhaal heeft genomen op de boedel van Bouwgro - dit in weerwil van hetgeen hiervoor in 4.1 is overwogen - en dat de curator zich hier tegen niet heeft verzet, niet mee dat Hansteen ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel. De ontvangst van een betaling waarop Hansteen (volgens genoemd uitgangspunt) in haar verhouding tot ABN AMRO gerechtigd was, werd immers niet ongerechtvaardigd doordat ABN AMRO verhaal nam op de boedel en de curator dit niet verhinderde. Het middel klaagt dan ook terecht dat het andersluidende oordeel van het hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.'*¹⁶

Dit oordeel van de Hoge Raad lijkt mij terecht en in lijn met de uitspraken Aukema/Uni-Invest en Romania.¹⁷ De vordering van Hansteen op de ABN AMRO vond haar grondslag en rechtvaardiging in de abstracte eigen verplichting van de ABN AMRO om de leegstandschade uit te keren. Van een ongerechtvaardigde verrijking was dus geen sprake. Bovendien werd door de vordering van Hansteen op de ABN AMRO de boedel niet benadeeld. Pas nadat de ABN AMRO een beroep deed op de contragarantie werd de boedel benadeeld. Deze benadeling vindt echter haar oorsprong in de rechtsverhouding tussen de ABN AMRO en de huurder op basis van de contragarantie en niet in de eigen rechtsverhouding tussen Hansteen en de ABN AMRO op basis van de bankgarantie. De boedel vormt ook geen partij bij die rechtsverhouding.

Deze uitspraak maakt dat de curator op grond van ongerechtvaardigde verrijking niet langer terugbetaling van de leegstandschade van de verhuurder kan vorderen. Door de Hoge Raad wordt overigens niet uitgesloten dat een verhuurder wellicht op een andere juridische grondslag wél gehouden kan worden tot (terug)betaling aan de boedel.

Het lijkt echter voor de hand te liggen dat een curator in een voorkomend geval de bank gaat aan-

spreken. Hoe een dergelijke vordering uitpakt voor een curator is nog niet uitgemaakt door de Hoge Raad, maar de uitkomst laat zich aan de hand van het arrest Romania en Hansteen raden. Art. 39 Fw strekt niet ter bescherming van derden en de leegstandschade mag niet ten laste van de boedel komen. Een dergelijk beding sorteert geen effect jegens de boedel. De bank mag zich derhalve niet 'omdraaien' naar de boedel. Zou de bank dus wel via verrekening of op andere wijze een beroep doen op de contragarantie, dan wordt de bank dus wél ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de boedel. Omdat een leegstandschadebeding geen effect sorteert jegens de boedel biedt een op basis van de contragarantie uitgeoefend pandrecht de bank waarschijnlijk geen soelaas. Evenmin is waarschijnlijk dat een verrekening door de bank op basis van art. 53 Fw mogelijk is. De Hoge Raad lijkt in het Hansteen arrest de deur voor de bank dicht te hebben gegooid om ook op maar enige manier de leegstandschade te laste van de boedel te laten komen:

*'Voor de eventueel uit de nakoming van de garantie voor de derde voortvloeiende regresvordering op de gefailleerde huurder geldt dat deze niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder. Daarbij maakt niet uit op welke wijze verhaal op de boedel wordt gezocht; de aard van de vordering staat – gelet op hetgeen hiervoor is overwogen over de afwijking die aan art. 39 Fw ten grondslag ligt – eraan in de weg dat deze ten laste van de boedel wordt gebracht.'*¹⁸

7. Reactie van de banken (2)

Inmiddels is duidelijk dat de banken hun beleid ten aanzien van het verstrekken van bankgarantie hebben gewijzigd. Kort gezegd komt het beleid van de banken er dus op neer dat zij niet langer een vordering uit hoofde van leegstandschade afdekken via een bankgarantie.

Door de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) is een tekst voorgesteld voor een nieuw bankgarantiemodel. Een aantal banken heeft deze modeltekst inmiddels overgenomen.¹⁹ De modeltekst bevat onder meer de volgende passage:

'verklaart zich door deze bij wijze van zelfstandige verbintenis tegenover verhuurder of zijn rechtverkrijgende(n) onherroepelijk en onvoorwaardelijk garant te stellen voor al hetgeen huurder ingevolge de bovengenoemde huurovereenkomst, of een eventuele verlenging daarvan (ten laste van huurder komende schadevergoedingen daaronder begrepen) of wegens voor huurder verrichte diensten aan verhuurder of zijn rechtverkrijgende(n) verschuldigd

16. R.o. 4.2.

17. Anders dan bijvoorbeeld Van Tamelen (TvHB 2017, nr. 5) meen ik dat er geen sprake is van het 'om gaan' van de Hoge Raad.

18. HR 17 februari 2017, NJ 2017, 142, r.o. 4.1.

19. Onder meer de Rabobank en ING.

zal zijn zulks met uitsluiting van vorderingen van verhuurder uit hoofde van schadevergoeding voor gederfde huurtermijnen, of andere vorderingen van de verhuurder die niet in aanmerking komen voor verificatie, die het gevolg zijn van de tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst op de voet van artikelen 39, 238 of 305 van de Faillissementswet of een andere insolventieregeling (hierna te noemen 'uitgesloten vorderingen').'

Deze modeltekst moet bij verhuurders op een principieel bezwaar stuiten daar waar in het bankgarantiemodel vorderingen die niet in aanmerking komen voor verificatie worden uitgesloten. In dat licht wordt er inmiddels al lange tijd onderhandeld tussen de NVB en de ROZ over een nieuwe bankgarantietekst. Deze onderhandelingen hebben nog niet tot overeenstemming geleid.

Waarom zou deze modeltekst bij verhuurders op bezwaar moeten stuiten? Niet alleen leegstandschade, maar ook boedelschulden komen niet voor verificatie in aanmerking. Boedelschulden zijn vorderingen die een onmiddellijke aanspraak op de boedel geven en ten volle door de curator voldaan moeten worden uit de voorhanden zijnde gelden in de boedel.²⁰ Boedelschulden dienen dus niet eerst geverifieerd te worden door de curator, maar moeten hoe dan ook direct uitgekeerd worden door de curator. Dit wordt bevestigd door de Hoge Raad in het arrest Hansteen, waarin de Hoge Raad overweegt:

*'Een beding waarbij de huurder zich heeft verplicht tot vergoeding van de schade die de verhuurder lijdt door een voortijdig einde van de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement van de huurder, is dan ook niet nietig jegens de gefailleerde huurder zelf. Ingeval de huurovereenkomst wordt opgezegd op de voet van het artikel, heeft dit beding alleen geen effect jegens de boedel. De daaruit resulterende vordering komt niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder en kan evenmin op andere wijze ten laste van de boedel worden gebracht.'*²¹

Dit betekent dat – bij een letterlijke lezing van de bankgarantietekst – boedelschulden, zoals onder meer de huurpenningen vanaf datum faillissement en onder omstandigheden ook opleverschade, niet geclaimd kunnen worden onder de bankgarantie. Terwijl boedelschulden bij uitstek vorderingen zijn die nu juist wel onder de bankgarantie geclaimd moeten kunnen worden.

De ABN AMRO Bank is inmiddels afgestapt van het NVB model en zij gebruikt veelal een veel zuiverdere formulering voor de uitsluiting van de leegstand-

schade. In de bankgaranties van de ABN AMRO is nu onder meer opgenomen:

'Als sprake is van een faillissement van de huurder, als aan de huurder surséance van betaling is verleend, of als de huurder onder een wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (WSNP) valt (te noemen: 'insolventie'), dan kan de huurovereenkomst tussentijds door opzegging op grond van artikel 39, artikel 238 of artikel 305 van de Faillissementswet worden beëindigd. Wordt de huurovereenkomst door opzegging op grond van één van die artikelen beëindigd, dan zijn de volgende vorderingen uitgesloten van deze bankgarantie:

- a. de vorderingen tot schadevergoeding voor gemis van de huur die verschuldigd zou zijn na de beëindiging van de huurovereenkomst door opzegging op grond van artikel 39, artikel 238 of artikel 305 van de Faillissementswet, en*
- b. de tussen de huurder en de verhuurder overeengekomen (schade)vergoedingsvorderingen die zien op gemiste huur als bedoeld onder a.'*

Op basis van de tekst van de ABN AMRO kunnen boedelschulden wel worden geclaimd onder de bankgarantie. Enkel de vorderingen uit hoofde van de leegstandschade worden uitgesloten. De modeltekst van de ABN AMRO is daarmee duidelijker en zuiverder dan het NVB model. Voor verhuurders is het dan ook raadzaam om alleen akkoord te gaan met het ABN AMRO bankgarantiemodel, waarin voornoemde passage is opgenomen.

Mede doordat banken kennelijk verschillende modellen gebruiken en er niet langer sprake is van een uniform (ROZ) model dat ook wordt gedragen door de grote Nederlandse banken, komt het in de praktijk nogal eens voor dat verhuurder en huurder met elkaar een bepaald bankgarantiemodel zijn overeengekomen dat vervolgens niet door de bank van de huurder wordt verstrekt. Dit levert met enige regelmaat lastige discussies op tussen huurder en verhuurder, terwijl die partijen op dat moment vaak al overeenstemming hebben over de huurovereenkomst. Huurders kunnen hierdoor klem komen te zitten tussen enerzijds de verhuurder (die wijst op het overeengekomen model) en de bank (die alleen een haar conveniërend model wil verstrekken). Huurders doen er daarom goed aan om in vroeg stadium met de bank te bespreken hoe de bankgarantie eruit komt te zien. Verhuurders moeten er rekening mee houden dat banken het risico op leegstandschade niet meer afdekken via de reguliere bankgaranties.

Uiteraard geldt het bovenstaande alleen voor nieuwe huurovereenkomsten en nieuwe bankgaranties. Er is echter ook nog altijd een groot aantal oude bankgaranties in omloop op basis waarvan de banken gehouden zijn en blijven om een vordering uit hoofde van leegstandschade te voldoen aan een verhuurder. Verhuurders kunnen uiteraard blijven claimen onder deze oude bankgaranties. Verhuur-

20. MvT Van der Feltz I, p. 384; Wessels, *Insolventierecht* V, 2014, 5035 en 5036.

21. HR 17 februari 2017, NJ 2017, 142, r.o. 4.1.

ders hoeven niet bang te zijn dat zij het uitgekeerde bedrag moeten terugbetalen aan de curator op basis van ongerechtvaardigde verrijking. Verhuurders moeten er wellicht wel rekening mee houden dat een curator zal proberen op basis van een andere juridische grondslag een vordering tegen de verhuurder in te stellen, bijvoorbeeld op basis van een onrechtmatige daad. De banken blijven gehouden om naar aanleiding van een dergelijke claim van een verhuurder, de leegstandschade uit te keren aan verhuurders, waarbij het de banken echter niet vrijstaat om het uitgekeerde bedrag op een of andere manier ten laste te laten komen van de boedel.

8. Hoe nu verder voor de verhuurder?

Nu de banken in nieuwe bankgaranties geen dekking meer verlenen voor het risico op leegstandschade, komt de vraag op of er voor verhuurders nog een andere manier is om deze leegstandschade af te dekken. De Hoge Raad heeft in het Hansteen arrest duidelijk gemaakt dat de leegstandschade niet – ook niet via een omweg, bijvoorbeeld via een verrekening of een verpanding – op enige manier ten laste van de boedel kan komen. Mijns inziens zullen allerlei constructies die dat (indirect) toch doen, de toets der kritiek van de Hoge Raad niet doorstaan. Het risico blijft dan bestaan dat de curator deze leegstandschade terug kan vorderen van de verhuurder of de garant.

De enige mogelijkheid die mijns inziens wel werkt voor de verhuurder is dat de leegstandschade wordt gedekt door een derde via een (concern)garantie, waarbij die derde zich in de garantie als eigen zelfstandige verplichting verbindt tot het voldoen van de leegstandschade bij een opzegging van de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw. Daarbij is dan wel noodzakelijk dat de garantie expliciet uitsluit dat de garant ten aanzien van de leegstandschade regres kan nemen op de huurder/boedel bij een faillissement van de huurder. De garant is dan de partij die blijft zitten met de leegstandschade van de verhuurder. Nadeel voor de verhuurder is wel dat een (concern)garantie van een derde minder zekerheid biedt voor de verhuurder dan een bankgarantie. Het is immers niet zeker of de derde zal en kan uitkeren. Dit laatste risico kan wellicht worden afgedekt met een bankgarantie. Die bankgarantie is dan niet ter dekking van de vorderingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, maar ter dekking van de vorderingen van de verhuurder uit hoofde van de (concern)garantie. Bij het verstrekken van een dergelijke bankgarantie zal de bank ook geen contragarantie van de verhuurder verlangen, maar van de garant. Als de bank dan na uitkering een beroep doet op de contragarantie, dan komt die verrekening niet ten laste van de boedel, maar van de garant.

Een andere variant die mijns inziens juridisch werkt, maar die in de praktijk veelal niet haalbaar zal zijn, is dat de verhuurder met de huurder afsprekt dat deze de huur vooruit voldoet voor langere periode. Bijvoorbeeld, dat de huurder ieder jaar op 1 januari de huur voor het hele jaar bij vooruitbe-

taling voldoet. De huurovereenkomst kan dan niet gedurende dat jaar worden beëindigd op grond van art. 39 Fw. De huur kan dan pas tegen het einde van de periode waarvoor de huur al is voldaan, worden beëindigd. De verhuurder blijft dan een grondslag houden voor de reeds geïncasseerde huurpenningen en leegstandschade is voor dat jaar in ieder geval niet aan de orde. Huurders zullen hier in de meeste gevallen echter niet mee akkoord gaan, omdat een dergelijke afspraak een aanzienlijke inbreuk kan zijn op de liquiditeitspositie van de huurder. Voorstelbaar is nog wel dat deze variant haalbaar is bij een huurovereenkomst voor korte tijd of bij een kapitaalkrachtige huurder. Ook zou een dergelijke afspraak wellicht in sale-and-lease-back transacties enige zekerheid kunnen bieden aan de koper/nieuwe verhuurder.

Een andere oplossing kan zijn dat de leegstandschade wel wordt afgedekt door een bankgarantie, maar dat de bank geen contragarantie van de huurder ontvangt, maar van een derde, bijvoorbeeld een moedermaatschappij. De bank moet uiteraard wel bereid zijn om een dergelijke garantie en contragarantie aan te gaan. Aan deze oplossing is wel een nadeel verbonden indien de partij die de contragarantie afgeeft (ook) failliet gaat. In dat geval kan de bank zich immers opnieuw niet omdraaien naar de boedel van de partij van wie de contragarantie is verkregen. Of en onder welke voorwaarden een bank hiertoe eventueel bereid zou zijn, is mij niet bekend.

9. Conclusie

Met het Hansteen arrest is er weer een stukje gelegd van de puzzel op het gebied van de leegstandschade. De verhuurder wordt niet ongerechtvaardigd verrijkt door leegstandschade te claimen onder de bankgarantie. Dit is voor verhuurders met bestaande bankgaranties in beginsel goed nieuws. Tegelijkertijd is het voor verhuurders met nieuwe huurovereenkomsten steeds lastiger om het risico op leegstandschade bij een faillissement van huurders af te dekken. De banken dekken het risico op leegstandschade niet meer af in de bankgarantie, omdat banken zich niet kunnen omdraaien naar de boedel en dus – waarschijnlijk – met de schade blijven zitten.

Er missen feitelijk nog twee stukjes in de hiervoor bedoelde puzzel: Wat is de positie van de bank die zich geconfronteerd ziet met een vordering van de curator tot terugbetaling van hetgeen de bank heeft verrekend op basis van de contragarantie? En: zijn er grondslagen die de verhuurder wel nopen tot terugbetaling van leegstandschade die door de verhuurder is ontvangen van een derde op basis van een garantie en waarbij de boedel is benadeeld als gevolg van die uitbetaling aan de verhuurder? Het antwoord op deze vragen is in de rechtspraak nog niet gegeven.