

Verhuurder mag leegstandschade wel claimen onder de bankgarantie

Op 17 februari 2017 heeft de Hoge Raad het belangwekkende arrest Hansteen/Verwiel q.q.¹ gewezen. In dit arrest verduidelijkt de Hoge Raad opnieuw een puzzelstukje in de discussie tussen de curator en de verhuurder (en de bank) met betrekking tot het trekken van een bankgarantie door de verhuurder ter vergoeding van de zogenoemde leegstandschade. Het arrest Hansteen/Verwiel q.q. past daarmee in het rijtje met de arresten Aukema q.q./Uni-Invest², Romania Beheer³ en Autodrôme⁴.

In de procedure die heeft geleid tot het arrest van 17 februari 2017 ging het om het volgende. De moedermaatschappij van Bouwgros verkoopt een kantoorpand aan Hansteen, waardoor Hansteen verhuurder werd van het door Bouwgros gehuurde pand. In de huurovereenkomst was overeengekomen dat ten behoeve van de verhuurder een bankgarantie wordt gesteld ter grootte van 12 maanden huur. Deze bankgarantie is gesteld door de ABN AMRO. In de bankgarantie is opgenomen dat de bank als "*zelfstandige verbintenis tegenover de verhuurder (...) onherroepelijk en onvoorwaardelijk garant*" staat voor "*alle schade (...) doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement (...) ingevolge opzegging door de curator of door huurder (...) tussentijds zal worden beëindigd.*"

Op 3 juni 2009 wordt Bouwgros failliet verklaard. Hansteen trekt na het faillissement de bankgarantie voor het volledige bedrag waarvoor de bankgarantie was gesteld (€ 881.832,80). Nadat ABN AMRO dit bedrag heeft uitgekeerd aan Hansteen, heeft ABN AMRO op grond van de contra-garantie eenzelfde bedrag verrekend met het op een bankrekening van Bouwgros geblokkeerde creditsaldo. In eerste instantie doet Hansteen dat op grond van de zogenoemde leegstandschade. Later stelt Hansteen dat het bedrag wordt aangewend voor de huurpenningen tot en met 8 oktober 2009, de verzekeringspremies en de opleveringsschade.

De curator vordert het door de ABN AMRO op grond van de contra-garantie verrekende bedrag terug van Hansteen. De curator meent dat Hansteen ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel.

In hoger beroep wijst het Gerechtshof Amsterdam onder meer deze vordering van de curator toe onder verwijzing naar het arrest Aukema q.q./Uni-Invest. Het Hof overweegt daartoe onder meer: "*Nu Hansteen krachtens een met doel en de strekking van art. 39 Fw. strijdige transactie betaling verkreeg ten laste van de faillissementsboedel is het hof van oordeel dat Hansteen ongerechtvaardigd is verrijkt.*"⁵

De Hoge Raad komt echter tot een andere uitkomst. Nadat de Hoge Raad eerst de uitgezette lijn in de arresten Aukema q.q./Uni-Invest en Romania Beheer nog een keer herhaalt, komt de Hoge Raad tot de volgende overweging: "*Hansteen heeft gesteld dat zij gerechtigd was de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen. Het hof is (...) van de juistheid van*

¹ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278.

² HR 24 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534.

³ HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244.

⁴ HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1381.

⁵ Gerechtshof Amsterdam 2 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2101, r.o. 3.3.

*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 Bouwgros (...) en dat de curator zich hiertegen 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."*⁶

Deze overweging is in lijn met de arresten Aukema q.q./Uni-Invest en Romania Beheer. De overweging van de Hoge Raad dat de verhuurder niet ongerechtvaardigd wordt verrijkt op het moment dat de bank zich omdraait naar de boedel op basis van de contra-garantie, lijkt een terechte. De verhuurder wordt niet verrijkt, omdat er wel degelijk sprake is van schade bij de verhuurder. Bovendien bestaat er een rechtvaardiging voor de uitkering van de bank in de vorm van de bankgarantie. De (abstracte) bankgarantie spreekt immers van een zelfstandige verplichting van de bank jegens de verhuurder. Het betreft een rechtvaardiging die dan ook volledig buiten de huurder en de boedel om bestaat. De uitkering door de bank geschiedt dan ook op basis van deze eigen, zelfstandige verplichting van de bank.

Dat vervolgens de bank zich op basis van de contra-garantie 'omdraait' naar de boedel is een actie die niet aan de verhuurder kan worden tegengeworpen. In de eerste plaats betreft de contra-garantie een rechtsverhouding tussen de bank en de huurder, waarbij de verhuurder geen partij is. In de tweede plaats heeft de Hoge Raad in het arrest Romania Beheer al geoordeeld dat de belangenafweging die aan art. 39 Fw. ten grondslag ligt⁷, niet strekt ter bescherming van de huurder of eventuele derden die zich garant hebben gesteld voor de nakoming van de verplichtingen uit de huurovereenkomst. De verplichting van de bank jegens de verhuurder blijft aldus onverminderd in stand.

Deze uitspraak lijkt een einde te maken aan de onzekerheid die de uitspraak van het Hof Leeuwarden – op basis waarvan in cassatie het eerder aangehaalde Autodrôme arrest is gewezen – leek te scheppen voor de verhuurder die een beroep doet op de bankgarantie terzake leegstandschade.⁸ Het Hof Leeuwarden had in die zaak immers geoordeeld dat de uitkering van leegstandschade onder de bankgarantie door de verhuurder op grond van ongerechtvaardigde verrijking aan de boedel dient te worden terugbetaald. De Hoge Raad heeft in het arrest van 17 februari 2017 nu duidelijk gemaakt dat een vordering van de curator jegens de verhuurder tot terugbetaling van de uitgekeerde leegstandschade op grond van ongerechtvaardigde verrijking niet toegekend dient te worden. Onzekerheid blijft natuurlijk bestaan in het geval de vordering wordt gebaseerd op een andere rechtsgrond.

Het puzzelstukje dat in de discussie tussen de curator, verhuurder en de bank nog wel ontbreekt is de rechtspositie van de bank die zich – na een uitkering aan de verhuurder –

⁶ R.o. 4.2.

⁷ Art. 39 Fw berust blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis op een afweging van enerzijds het belang van de boedel bij voorkoming van het oplopen van schulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen, en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs. Het resultaat van deze afweging kan niet worden ontgaan door een andersluidend beding. Zie ondermeer HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, r.o. 4.1.

⁸ Gerechtshof Leeuwarden 10 januari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV0734.

met een beroep op de contra-garantie heeft 'omgedraaid' naar de boedel ten opzichte van de boedel en de curator. Enerzijds lijkt het er op dat de curator met recht zich moet kunnen verzetten tegen de verrekening door de bank met het saldo van de boedel. Dat volgt ook de hiervoor aangegeven overweging van de Hoge Raad in het arrest Hansteen/Verwiel q.q. en wordt bovendien bevestigd in het arrest Romania Beheer, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de garant geen regresvordering jegens de boedel toekomt. Anderzijds kent de bank een aantal instrumenten die een dergelijke verrekening wel mogelijk zouden maken, zoals het recht van pand en hypotheekhouders om hun rechten uit te oefenen alsof er geen faillissement is⁹ en eventueel het recht op verrekening, zoals bedoeld in art. 53 Fw. Voor een verrekening op grond van art. 53 Fw. is het immers niet noodzakelijk dat de vordering opeisbaar is geworden voor faillietverklaring, maar (voorwaardelijk) bestaat voor faillietverklaring.¹⁰ Op het eerste gezicht valt daarom niet in te zien waarom de bank op basis van de contra-garantie niet zou mogen verrekenen met het door de bank gehouden banksaldo van de failliet.

Het is interessant om te zien of deze uitspraak van de Hoge Raad ertoe gaat leiden dat banken strenger gaan worden bij het verstrekken van bankgaranties en de exacte tekst van die garanties. Daarnaast dienen curatoren die de verrekende leegstandschade willen terugvorderen andere wegen moeten zien te vinden om dit te doen. De vordering jegens de verhuurder op grond van ongerechtvaardigde verrijking is met het arrest van 17 februari 2017 in ieder geval afgesloten door de Hoge Raad.

Heeft u naar aanleiding van dit arrest vragen? Neemt u dan contact op met Vincent Boumans, v.boumans@lexence.com, 020-5736744 of 06-46854157.

⁹ Art. 57 Fw.

¹⁰ GS Faillissementswet, art. 53 Fw, aant. 6.2.