

Geldigheid schadevergoedingsbeding in huurovereenkomst na faillissement: (persoonlijke) zekerheden, bankgaranties en regres

mr. C. Dullaart, actueel tot 03-04-2014

Actueel tot	03-04-2014
Auteur	mr. C. Dullaart ^[1]
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht / Schadevergoeding Verbintenissenrecht / Overeenkomst Huurrecht / Bijzondere onderwerpen Insolventierecht / Faillissement

Uit de hier te bespreken arresten wordt duidelijk dat de Hoge Raad een schadevergoedingsbeding na beëindiging van een huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw wel geldig acht, maar dat dit nooit direct of indirect – via een regresvordering – ten nadele kan strekken van de boedel. Voor zowel verhuurder als de derde die zekerheid stelt voor de verplichtingen van een huurder geldt dat het onderhandelen en het formuleren van de zekerheden verschil maakt in de verhaalbaarheid van leegstandschade bij een failliete huurder.

1. Inleiding

Na het faillissement van een huurder lijdt een verhuurder regelmatig schade doordat de huurtermijn niet wordt uitgediend (leegstandschade). Verhuurders nemen doorgaans een schadevergoedingsbepaling in de huurovereenkomst op voor het geval deze voortijdig wegens het faillissement van de huurder door de curator wordt beëindigd. De vraag bestond of een dergelijk schadevergoedingsbeding is te rijmen met art. 39 Fw en of deze leegstandschade verhaald kan worden op de boedel. In Aukema q.q./Uni-Invest (HR 14 januari 2011, NJ 2011/114, m.nt. Van Schilfgaarde) bepaalde de Hoge Raad dat een verhuurder jegens de boedel geen recht heeft op contractueel bedongen schadevergoeding na beëindiging van de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw. Volgens de Hoge Raad is opzegging van een huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw een regelmatige opzegging. De inhoud van art. 39 is blijkens de wetsgeschiedenis het resultaat van een belangenafweging: enerzijds is tussentijdse beëindiging door een curator op een termijn van ten hoogste drie maanden (tenzij de huur over een langere periode is vooruitbetaald) mogelijk, anderzijds vormt de verschuldigde huurprijs over die periode dan wel een boedelschuld. De wetgever heeft daarbij 'niet de minste reden' gezien om aan de verhuurder 'ook nog een recht op schadevergoeding te geven'. De Hoge Raad meent dat het resultaat van deze belangenafweging niet kan worden doorbroken door het bedingen van een recht op schadevergoeding van de door deze opzegging misgelopen huurtermijnen. Uit het arrest volgt niet onmiskenbaar dat de Hoge Raad een dergelijk schadevergoedingsbeding ongeldig acht. Omdat in de praktijk Aukema q.q./Uni-Invest veelal zo uitgelegd werd dat een schadevergoedingsbeding in een faillissement van de huurder nietig of ongeldig is, werden door verhuurders constructies bedacht om leegstandschade te voorkomen. Na twee recente arresten van de Hoge Raad – B.E.N./Romania Beheer en TEP/Curatoren –

lijkt dat nu minder nodig. In dit artikel worden beide arresten besproken en de gevolgen voor de praktijk behandeld. Tevens zal nader in worden gegaan op de status van de bankgarantie gesteld voor (onder meer) leegstandschade (de huurgarantie).

2. B.E.N./Romania Beheer (HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, *Bb* 2014/22.1, *RI* 2014/13)

Verhuurder heeft met drie dochtervennootschappen van Romania Beheer B.V. in 2002 een huurovereenkomst gesloten voor tien jaar. Romania Beheer heeft zich garant gesteld voor de nakoming van de verplichtingen van de huurders. Op de huurovereenkomst zijn de Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte volgens het ROZ-model 1994 van toepassing verklaard. Daarin staat dat de verhuurder ook in geval van het faillissement van huurder recht heeft op een vergoeding van leegstandschade. De drie dochtervennootschappen zijn op 20 januari 2009 in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw opgezegd. De verhuurder vordert op grond van de garantie van Romania Beheer de gederfde huur vermeerderd met een contractuele boete. De kantonrechter wijst de vordering toe. Het hof vernietigt het vonnis en wijst de vordering van de verhuurder af. Het hof overweegt dat de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw regelmatig is beëindigd. De huurders hebben op grond van Aukema q.q./Uni-Invest door de beëindiging in faillissement door de curator geen verplichting de verhuurder schadevergoeding te betalen, zodat ook voor Romania Beheer geen verplichting daartoe bestaat.

2.1 Hoge Raad

Volgens de verhuurder heeft het hof een te ruime uitleg gegeven aan Aukema q.q./Uni-Invest. De Hoge Raad is het met de verhuurder eens, nuanceert zijn uitleg gegeven in Aukema q.q./Uni-Invest r.o. 3.5.2 en verder en beslist dat het hof is uitgegaan van een verkeerde rechtsopvatting:

“3.3.3.

De in het arrest Aukema q.q./Uni-Invest/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/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.”

Daaropvolgend beslist de Hoge Raad dat een regresvordering van een garant (ook) niet kan worden uitgeoefend jegens de boedel:

“3.3.4.

(...) 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.”

2.2 Duiding

Een vergoedingsbeding in een huurovereenkomst strekkende tot betaling van leegstandschade blijkt niet nietig en blijft ook na beëindiging op grond van art. 39 Fw geldig. De schadevergoedingsvordering sorteert alleen geen effect jegens *de boedel* en komt niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement. De boedel wordt derhalve beschermd door art. 39 Fw, maar de gefailleerde huurder zelf niet. Omdat het beding geldig blijft, kan een dergelijk beding worden ingeroepen jegens een derde die zich voor de nakoming van de verplichtingen van de gefailleerde huurder die voortvloeien uit de huurovereenkomst, jegens de verhuurder heeft verbonden. De hoofdelijke medeschuldenaar, garant of borg die de schadevergoeding voor de gefailleerde voldoet, heeft vervolgens geen *effectief* regresrecht jegens de boedel.

3. TEP/Curatoren (HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1381, *Bb* 2014/22.2, *RI* 2014/14)

Uit hoofde van een sale and leasebacktransactie draagt een tweetal vennootschappen in het Autodrôme concern op 9 februari 2008 een aantal panden aan Transeuropeanproperties IV NL Autodrome B.V. (verhuurder) over. Op de overdrachtsdatum worden de panden voor tien jaar verhuurd aan Autodrôme Holding B.V. (Autodrôme). De sale and leasebacktransactie wordt door een moedervenootschap van Autodrôme aangegaan in het kader van een herfinanciering. Op de huurovereenkomsten zijn de ROZ-bepalingen van toepassing. Daarin staat dat de huurder een bankgarantie dient te stellen ter grootte van twaalf maanden huur, inclusief omzetbelasting circa € 1,9 miljoen. Op 23 april 2009 wordt Autodrôme in staat van faillissement verklaard. De curatoren van Autodrôme zeggen de huurovereenkomsten op grond van art. 39 Fw tegen 31 juli 2009 op. Op 8 mei 2009 roept de verhuurder de bankgarantie in voor het maximale bedrag. De bank keert uit en tot verhaal van haar vordering onder de contragarantie verreken zij op 14 mei 2009 het totale aan verhuurder uitbetaalde bedrag met het creditsaldo van Autodrôme. De curatoren vorderen vervolgens van de verhuurder op grond van ongerechtvaardigde verrijking dan wel onverschuldigde betaling het teveel betaalde bedrag circa € 1,3 miljoen, zijnde alles wat uitstijgt boven huurachterstand en huurtermijnen over de opzeggingsperiode. De kantonrechter wijst de vordering af. In hoger beroep vernietigt het hof de bestreden vonnissen en veroordeelt de verhuurder tot terugbetaling van het teveel betaalde bedrag. Het hof oordeelt dat een verhuurder ingevolge Aukema q.q./Uni-Invest geen aanspraak heeft op leegstandschade ingeval de huurovereenkomst op basis van art. 39 Fw door de curator is beëindigd. De omstandigheid dat de huurovereenkomst deel uitmaakte van een sale and leasebacktransactie maakt dit niet anders volgens het hof.

3.1 Hoge Raad

De verhuurder stelt in haar cassatiemiddel dat de beslissing in Aukema q.q./Uni-Invest door de aard en het karakter van de sale and leasebacktransactie niet van toepassing is. De koper/verhuurder zou immers teveel risico lopen omdat bij het aangaan van een dergelijke sale and leasebacktransactie de betreffende huurovereenkomsten veelal voor een lange periode worden afgesloten. De gegoedheid van

een huurder is om die reden van essentieel belang. De Hoge Raad oordeelt echter dat een regelmatige beëindiging op grond van art. 39 Fw geen recht doet ontstaan op (contractueel bedongen) schadevergoeding jegens *de boedel*, ook niet wanneer er sprake is van een sale and leasebacktransactie.

3.2 Duiding

In dit arrest aanvaardt de Hoge Raad geen uitzondering op de door hem geformuleerde rechtsregel in Aukema q.q./Uni-Invest, ook niet indien de beëindigde huurovereenkomst is gesloten in het kader van een sale and leasebacktransactie. In deze zaak had de verhuurder alleen de bankgarantie mogen afroepen voor de verschuldigde huurpenningen tot en met de opzeggingsperiode, en niet voor de daaropvolgende periode (leegstandschade). Voor het meerdere had de verhuurder zich ongerechtvaardigd verrijkt. Een interessant verschil met het een week eerder gewezen arrest B.E.N./Romania Beheer is dat de verhuurder bij een bankgarantie (TEP/Curatoren) in beginsel slechter af is dan bij een garantie door een andere solvabele derde (B.E.N./Romania Beheer). Daarover meer in 4.2 hierna.

4. Praktijk – gevolgen voor verhuurders, en derden die garant staan voor huurders

4.1 Verhuurders

De positie van verhuurders is op grond van B.E.N./Romania Beheer verbeterd nu duidelijk is dat een schadevergoedingsbeding in faillissement jegens de failliete huurder geldig blijft. Bestaande oplossingen in de praktijk, zoals indeplaatsstellingen, hoofdelijke aansprakelijkheid, borgtocht en (concern)garanties voor schadevergoedingsverplichtingen van huurders blijven op basis van de besproken arresten voor verhuurder nuttige zekerheden. Door derden verstrekte persoonlijke zekerheden hoeven niet meer geformuleerd te zijn als een eigen (hoofdelijke) zelfstandige verplichting jegens de verhuurder, want ook een niet-zelfstandige verplichting jegens de verhuurder (zoals een borgtocht) biedt zekerheid. In beide gevallen blijft de verplichting voor de failliete huurder bestaan en kan de verhuurder de garant of borg tot nakoming aanspreken. Het risico ligt vervolgens bij de derde. Deze kan na voldoening het regresrecht niet jegens de boedel uitoefenen zo besliste de Hoge Raad in B.E.N./Romania Beheer (wel op anderen, indien van toepassing).

4.2 Verhuurders en bankgaranties

Blijkens de zaken die hebben geleid tot Aukema q.q./Uni-Invest en TEP/Curatoren geldt het schadevergoedingsbeding ook in het geval de derde een bank betreft die een bankgarantie (huurgarantie) heeft afgegeven. Het verschil tussen beide situaties is erin gelegen dat in geval van een bankgarantie de bank onder de contragarantie de boedel mag aanspreken. Vervolgens lijkt de boedel voor wat betreft de leegstandschade een vordering te hebben op de verhuurder. Grondslag daarvoor is de ongerechtvaardigde verrijking (zie TEP/Curatoren en Aukema q.q./Uni-Invest). Dit betekent niet dat de bankgarantie voor verhuurders algeheel waardeloos wordt. Zij behoudt haar waarde ten aanzien van a) de verschuldigde huurpenningen tot en met de opzegtermijn van drie maanden; en b) ten aanzien van leegstandschade *voor zover de boedel hierdoor niet wordt benadeeld*. Dat wil zeggen: voor zover

de bank geen verhaal daarvoor kan nemen onder de contragarantie. Indien de bank geen geseceerde vordering uit hoofde van een contragarantie heeft, dan volgt uit B.E.N./Romania Beheer in beginsel dat de bank net als een gewone garant het nadeel lijdt.

Wordt er terecht een onderscheid gemaakt tussen bankgaranties en persoonlijke zekerheden verstrekt door derden? Het onderscheid tussen bankgaranties en persoonlijke zekerheden dat in de zaken van TEP/Curatoren en Aukema q.q./Uni-Invest wordt gemaakt, ligt besloten in het karakter van de bankgarantie en is in lijn met het arrest van Hof 's-Gravenhage 30 maart 2007, *JOR* 2007/133, m.nt. Verdaas. Het hof liet zich uit over de vraag of een curator een verrekening door de bank van een vordering onder de contragarantie na uitkering onder een bankgarantie teniet kan doen. Het hof oordeelde van niet omdat: a) een bankgarantie aan de bank geen ruimte biedt om uitkering aan de verhuurder te weigeren (zie ook r.o. 3.3 van het hof in Aukema q.q./Uni-Invest); b) dat niet iedere contractuele afspraak die tot een ander resultaat leidt dan art. 39 heeft beoogd, nietig is (zie r.o. 3.4, Hof Den Haag); en c) dat in de praktijk veel gebruik wordt gemaakt van bankgarantie waardoor aantasting van de rechtspositie van de bank zou leiden tot complicaties waardoor bankgaranties ook niet meer door de bank zullen worden afgegeven met alle gevolgen van dien (zie r.o. 3.4, Hof Den Haag). Een laatste vraag die zich voordoet, is of derden die een (concern)garantie ten behoeve van de verhuurder afgeven al dan niet buiten het zicht van die verhuurder een contragarantie met de huurder zullen overeenkomen waardoor de garantie bij faillissement voor de verhuurder ten aanzien van de leegstandschaade mogelijk (deels) niet verhaalbaar is. De houdbaarheid van een dergelijke constructie acht ik gering, tenzij de garantie voldoet aan dezelfde (contractuele) kenmerken van een bankgarantie (opdrachtrelatie tussen huurder en garant, garantie op eerste afroep, etc.). Zelfs indien de garantie voldoet aan voornoemde kenmerken volgt uit het arrest van het Hof Den Haag (*JOR* 2007/133, m.nt. Verdaas) dat de commerciële verhouding tussen de bank en huurder een reden is waarom de bank zich wel zou moeten kunnen verhalen op de boedel en een concernvennootschap of andere derde niet. Desondanks lijkt mij voor verhuurders zekerheidshalve nuttig garanten (niet zijnde banken) te laten verklaren geen contragarantie, vrijwaring of een andere zekerheid van de huurder te zullen verlangen, op straffe van een boete ter grootte van (bijvoorbeeld) twaalf maanden huurpenningen.

4.3 Gevolgen voor derden

Garanten zullen een voorwaarde in hun garantie, indeplaatsstelling of borgtocht willen bedingen dat zij alleen verplicht kunnen worden tot overneming van de verplichtingen van de huurder als zij hiervoor een *effectief* regresrecht ontvangen. Alhoewel derden bij betaling van een schadevergoeding hun regresrecht niet jegens de boedel kunnen uitoefenen, betekent dat niet dat hun regresrecht daardoor volstrekt waardeloos is geworden. In geval meerdere derden zich garant of borg hebben gesteld of zichzelf hoofdelijk voor de verplichtingen hebben verbonden, kan het regresrecht mogelijk jegens de overige verbonden derden worden uitgeoefend. De garant zou daarnaast – ter beperking van de hoogte van de leegstandschaade – de schadevergoeding kunnen fixeren op een bepaald bedrag en/of van de verhuurder een inspanningsverplichting verlangen een nieuwe huurder aan te trekken, bij gebreke waarvan de garant niet gehouden kan worden tot het overnemen van de (betalings)verplichtingen van de failliete huurder.

5. Conclusie

Het is nu duidelijk dat de Hoge Raad een schadevergoedingsbeding na beëindiging van een huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw wel geldig acht, maar dat dit nooit direct of indirect – via een regresvordering – ten nadele kan strekken van de boedel. Garanten kunnen worden aangesproken voor leegstandschade, ook als de garant een bank betreft die de vordering uit hoofde van de contragarantie verhaalt op de boedel. In dat laatste geval hebben de curatoren van de huurder een vordering op de verhuurder op grond van ongerechtvaardigde verrijking ten bedrage van de benadeling. Daarnaast heeft de Hoge Raad beslist dat geen uitzondering voor de toepasselijkheid van Aukema q.q./Uni-Invest wordt gemaakt wanneer de betreffende huurovereenkomst is aangegaan in het kader van een sale and leasebacktransactie. Voor zowel verhuurder als de derde die zekerheid stelt voor de verplichtingen van een huurder geldt dat het onderhandelen en het formuleren van de zekerheden verschil maakt in de verhaalbaarheid van leegstandschade bij een failliete huurder.

Voetnoten

[1]

Mr. C. Dullaart is advocaat bij Cleber N.V. te Amsterdam.