

Leegstandschade en garanties: Posities in de praktijk van verhuurders, curatoren en garanten na Hansteen/Verwiel q.q.

Bb 2017/47

Na een stroom aan jurisprudentie inzake 'leegstandschade' na faillissement, heeft de Hoge Raad beslist dat verhuurders een bankgarantie mogen invoeren voor leegstandschade indien de voorwaarden van de bankgarantie dat toelaten, maar de bank mag zijn regresvordering vervolgens niet verhalen op de boedel. De vraag is evenwel of deze beslissing tot gevolg heeft dat verhuurders nu beter beschermd zijn tegen leegstandschade.

1. Inleiding

Inmiddels zijn veel arresten, en nog meer literatuur, verschenen over schade die verhuurders lijden wanneer hun huurder failliet gaat. Die schade kan worden onderverdeeld in onbetaald gelaten huurtermijnen, opleverschade (waaronder ontruimingsschade) en leegstandschade. In dit artikel wordt onder leegstandschade verstaan schade die een verhuurder van bedrijfsruimte lijdt zodra een huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw voortijdig door de curator of de verhuurder wordt opgezegd en toekomstige huurtermijnen (na afloop van de maximale opzegtermijn) niet aan verhuurder worden voldaan. Verhuurder wordt bij beëindiging via art. 39 Fw een boedelvordering toegekend ten aanzien van de huur over de opzegperiode, met een maximum van drie maanden. Dat lijkt geen slechte regeling. Maar de ene huurovereenkomst is de andere niet: een eenvoudige huurovereenkomst voor 100m² bedrijfsruimte met een looptijd van vijf jaar valt slecht te vergelijken met een 'triple net' huurovereenkomst voor 6.000m² bedrijfsruimte met een looptijd van 20 jaar. In het laatste geval loopt verhuurder door de relatief beperkte regeling van art. 39 Fw in beginsel een groot risico bij faillissement van een huurder, niet alleen vanwege huurdering maar ook omdat de waarde van de verhuurde onroerende zaak vaak gekoppeld is aan langlopende huurovereenkomsten. Na enkele arresten van de Hoge Raad ten aanzien van leegstandschade resteerde met name de vraag of een verhuurder zich ongerechtvaardigd verrijkt door haar leegstandschade te verhalen over de band van een bankgarantie. In het te bespreken arrest Hansteen/Verwiel q.q. (HR 17 februari 2017, NJ 2017/142, m.nt. Verstijlen en JOR 2017/117, m.nt. J.J. van Hees) oordeelt de Hoge Raad van niet. Dit artikel gaat kort in op de ontwikkeling van de 'leegstandschadejurisprudentie' (par. 2), het arrest Hansteen/Verwiel q.q. (par. 3) en de positie van verhuurders, curatoren en garanten in faillissement (par. 4).

¹ Mr. C. Dullaart is advocaat en curator bij Labré Advocaten te Amsterdam.

2. Van Aukema tot Autodrôme

2.1 Aukema q.q./Uni-Invest

In Aukema q.q./Uni-Invest (HR 14 januari 2011, NJ 2011/114, m.nt. Van Schilfgaarde) vorderde de curator van verhuurder op grond van ongerechtvaardigde verrijking het teveel door verhuurder onder een bankgarantie getrokken bedrag (leegstandschade) terug. De Hoge Raad besliste dat een verhuurder jegens de boedel geen recht heeft op contractueel bedongen schadevergoeding na beëindiging van de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw. De wetgever heeft immers, naast het toekennen van een boedelvordering aan verhuurder over de maximale opzegtermijn van drie maanden, 'niet de minste reden gezien' om aan verhuurder ook nog een schadevergoeding toe te kennen (r.o. 3.5.2). De Hoge Raad liet zich in dat arrest verder niet over uit of de curator een vordering had op de verhuurder uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De hoofdvraag die na dit arrest resteerde was met name of het schadevergoedingsbeding in de huurovereenkomst dan ongeldig of nietig was of slechts geen werking had jegens de boedel.

2.2 B.E.N./Romania Beheer

De Hoge Raad beantwoordde deze laatste vraag een aantal jaren later in het arrest Romania Beheer (HR 15 november 2013, NJ 2014/68, m.nt. Van Schilfgaarde). Ook in deze zaak was een schadevergoedingsbeding in de huurovereenkomst opgenomen dat verhuurder recht gaf op vergoeding van leegstandschade, maar anders dan in Aukema q.q./Uni-Invest was door verhuurder in dit geval een concerngarantie van de moedervenootschap van huurders (Romania Beheer) bedongen. Na beëindiging van de huurovereenkomst door de curator op grond van art. 39 Fw vorderde verhuurder van Romania Beheer op grond van de concerngarantie betaling van de gederfde huurinkomsten. Romania Beheer wees de vordering af op grond van nietigheid van het schadevergoedingsbeding met verwijzing naar de rechtsregel in Aukema q.q./Uni-Invest. De Hoge Raad besliste uiteindelijk dat de regeling van art. 39 Fw ziet op bescherming van de gezamenlijke crediteuren en niet van derden (zoals in casu de moedervenootschap) die de nakoming van de verplichtingen onder de huurovereenkomst hebben gegarandeerd. Een dergelijk schadevergoedingsbeding blijft dus geldig, maar sorteert alleen geen effect jegens de boedel (r.o. 3.3.3.). De Hoge Raad overwoog ten overvloede dat de regresvordering die ontstaat naar aanleiding van nakoming van de garantie door de garant eveneens niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van huurder, en dat indien de voorwaarden van de garantie dat toestaan de garant hieraan een verweermiddel kan ontnemen jegens verhuurder (r.o. 3.3.4.).

2.3 TEP/Curatoren Autodrôme

Een week na Romania Beheer wees de Hoge Raad het arrest TEP/Curatoren Autodrôme (HR 22 november 2013, NJ 2014/69, m.nt. Van Schilfgaarde). Verhuurder kocht in het kader van een sale- en leasebacktransactie panden van groepsvennootschappen binnen het Autodrôme concern, en verhuurde deze panden vervolgens weer aan Autodrôme Holding. In de huurovereenkomst werd ten behoeve van verhuurder een schadevergoedingsbepaling opgenomen voor leegstandschade. De huurder verstrekke verhuurder een bankgarantie voor de verplichtingen van huurder onder de huurovereenkomst. De huurder ging failliet, op grond van art. 39 Fw zegde de curator de huurovereenkomst op en de verhuurder sprak onder meer voor de leegstandschade de bankgarantie aan. De bank verrekende vervolgens op grond van een contragarantie het creditsaldo van huurder op de bij de bank aangehouden bankrekening. Net als in Aukema q.q./Uni-Invest vorderde de curator van verhuurder terugbetaling van het teveel ontvangen bedrag (leegstandschade) uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Verhuurder stelde een cassatiemiddel in tegen het oordeel van het hof dat de regel in Aukema q.q./Uni-Invest ook van toepassing is indien sprake is van een sale- and leasebacktransactie, welk oordeel door de Hoge Raad in stand werd gelaten (r.o. 3.4). Verhuurder liet na een cassatiemiddel in te stellen tegen de overweging van het hof dat de verhuurder ongerechtvaardigd was verrijkt door de bankgarantie aan te wenden voor vergoeding van de leegstandschade. De Hoge Raad hoefde zich dus in dat arrest niet uit te laten of de curator rechtens een vordering toekwam uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

2.4 Resterende vraag en literatuur

Ondanks de aanvullende overweging van de Hoge Raad in Romania Beheer (r.o. 3.3.4) liet de Hoge Raad de literatuur enigszins verdeeld: beoogde hij wel of geen onderscheid te maken tussen 'garanties' (zoals een concerngarantie) en een bankgarantie? Zo ja, is dat onderscheid dan gerechtvaardigd? Mijns inziens was sprake van een gerechtvaardigd onderscheid tussen bank- en andersoortige garanties zoals concerngaranties (zie: C. Dullaart, 'Geldigheid schadevergoedingsbeding in huurovereenkomst na faillissement: (persoonlijke) zekerheden, bankgaranties en regres', Bb 2014/22.1, nr. 8, p. 64 en mijn annotatie bij het tussenarrest van het Hof Amsterdam 2 juni 2015, JOR 2016/45, m.nt. Dullaart (Hansteen/Verwiel q.q.)). Het gevolg van een dergelijk onderscheid zou zijn dat, indachtig de totstandkomingsgeschiedenis van art. 39 Fw, de curator het geld terugvordert van de partij die meer heeft ontvangen dan waar zij op grond van art. 39 Fw recht op heeft, in plaats van een vordering op de bank die feitelijk de rol heeft van een doorgeefluik in de transactie. Een bankgarantie is immers niet bedoeld om het risico op leegstandschade op de bank af te wentelen, maar is primair bedoeld om het debiteurenrisico van verhuurder te minimaliseren. Voorts zou de bank niet geconfronteerd worden met de problematiek rondom al dan niet terechte inroeping van de bankgarantie voor leegstandschade. Die discussie speelt in dat geval na uitkering tussen de curator en verhuurder.

De kritiek op die zienswijze was hoofdzakelijk dat i) de Hoge Raad zich in de hiervoor vermelde jurisprudentie nog niet over de vordering van de curator had uitgelaten; en ii) dat de Hoge Raad in zijn aanvullende rechtsoverweging in Romania Beheer geen expliciet onderscheid heeft gemaakt tussen bankgaranties en overige garanties. Dit was de stand van zaken tot het te bespreken arrest in deze bijdrage.

3. Hansteen/Verwiel q.q.

3.1 Feiten

Bouwgrosgros huurde van Hansteen een pand. In de huurovereenkomst was geen verplichting opgenomen tot vergoeding van leegstandschade ontstaan na faillissement van huurder. Huurder heeft een bankgarantie voor een bedrag van € 882.000 doen stellen, waarin (desondanks) een verplichting van de bank stond opgenomen dat zij "[...] als eigen schuld aan verhuurder (...) te zullen vergoeden alle schade, door hem (lees: verhuurder) te lijden, doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement, of aan huurder verleende surseance van betaling, ingevolge opzegging door de curator of door huurder en de bewindvoerder tussentijds zal worden beëindigd.". Op 3 juni 2009 werd huurder in staat van faillissement verklaard waarna de curator op grond van art. 39 Fw de huurovereenkomst heeft opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden. Verhuurder riep een maand later, op grond van de gestelde leegstandschade, voor het maximale bedrag de bankgarantie in. De bank keerde het maximale bedrag uit aan verhuurder en verrekende zijn vordering uit hoofde van de contragarantie op gefailleerde met het geblokkeerde creditsaldo van huurder op een bankrekening bij de bank. De curator stelde dat verhuurder niet gerechtigd was tot een hoger bedrag dan haar krachtens art. 39 Fw toekwam en vorderde van verhuurder circa € 825.000 (leegstandschade) terug. De rechtbank wees de vorderingen van de curator af, maar het hof overweegt:

"3.3 [...] Dat Hansteen de betaling ontving van ABN Amro op grond van een bankgarantie staat niet in de weg aan een vordering van de Curator uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Een verrijking van een partij bij een overeenkomst ten koste van een derde wordt immers niet steeds en zonder meer gerechtvaardigd door die overeenkomst (zie HR 28-10-2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986 (JOR 2011/387, m.nt. Damminga en Rijckenberg (Van Hees q.q./Y); red.), r.o. 3.7.2.)."

3.2 Conclusie van A-G

In haar cassatiemiddelen stelde verhuurder dat zij zich niet ongerechtvaardigd heeft verrijkt door de bankgarantie in te roepen voor de leegstandschade, en dat de curator zich niet tot haar maar tot de bank had moeten wenden wegens de verrekening van het creditsaldo. De A-G concludeert dat de bankgarantie op zichzelf rechtsgeldig is, maar dat dit ongerechtvaardigde verrijking van verhuurder jegens de boedel niet uitsluit. Volgens de A-G heeft het hof terecht in zijn oordeel betrokken tot welk gevolg de uitbetaling onder de bankgarantie heeft geleid, namelijk belasting van de boedel

via de contragarantie. De A-G is dus met het hof van mening dat voor de ontvangst van het door verhuurder ontvangen bedrag aan schadevergoeding voor de leegstandschade geen redelijke oorzaak bestaat, ook niet als deze betaling ontvangen wordt over de band van een bankgarantie. De A-G lijkt het wel eens met verhuurder dat de bank niet had mogen verrekenen, omdat de Hoge Raad bankgaranties niet uitdrukkelijk heeft geëxpliciteerd in r.o. 3.3.4 van *Romania Beheer*.

3.3 *Oordeel Hoge Raad*

De Hoge Raad acht de cassatiemiddelen van verhuurder echter gegrond. Na een herhaling van de rechtsregels in de hiervoor besproken arresten (r.o. 4.1), komt de Hoge Raad tot het volgende oordeel:

“4.2 [eiseres] 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 Bouwgros – dit in weerwil van hetgeen hiervoor in 4.1 is overwogen – en dat de curator zich hiertegen niet heeft verzet, niet mee dat [eiseres] ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel. De ontvangst van een betaling waarop [eiseres] (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. De overige klachten van het middel behoeven geen bespreking.”

3.4 *Commentaar*

Het oordeel van de Hoge Raad bevestigt dat:

- verhuurders (bank)garanties mogen inroepen voor leegstandschade voor zover de voorwaarden van die (bank)garanties dat toelaten;
- de (bank)garanties zijn regresvordering op geen enkele wijze ten laste van de boedel mag brengen; en
- de curator in het onderhavige geval de verrekening van de bank had moeten verhinderen.

3.4.1 *Onderscheid*

De Hoge Raad maakt een einde aan het – ook door mij aannemelijk en wenselijk geachte – onderscheid tussen verhaal nemen op een bankgarantie of een ‘gewone’ garantie. De Hoge Raad laat daarover geen onduidelijkheid meer bestaan. Dat betekent overigens niet dat daarmee duidelijk is wat de Hoge Raad met het begrip ‘garantie’ (in r.o. 3.3.4 van *Romania Beheer*), een niet in de Nederlandse wet gedefinieerde term, heeft bedoeld. Op welke wijze dit begrip ook na *Romania Beheer* werd geïnterpreteerd, eenieder was het erover eens dat de voorwaarden van (bank)garanties konden worden aangepast zodat de leegstandschade niet kon

worden afgewenteld op de garant. In die zin overbodig, omdat zulks altijd al het geval is geweest. Dat is daarna ook in de praktijk gebracht zodat geschillen omtrent de leegstandschade vanzelf zullen afnemen. Daarmee heeft de bankgarantie zijn nut voor met name verhuurders van bedrijfspanden grotendeels verloren.

3.4.2 *Nieuwe complicaties?*

De uitspraak van de Hoge Raad leidt mogelijk tot nieuwe complicaties. Een voorbeeld: verhuurder roept voor de volledige leegstandschade ad € 100.000 een inmiddels achterhaalde bankgarantie in, zodat de bank geen verweermiddel jegens de verhuurder heeft om betaling te weigeren. De bank keert uit en verkrijgt een regresvordering op gefailleerde die niet kan worden uitgeoefend jegens de boedel. De bank verneemt van de curator vervolgens dat verhuurder mogelijk te veel aan leegstandschade heeft geclaimd onder de bankgarantie. Verhuurder vond vier maanden na faillissement een nieuwe huurder, op basis waarvan de werkelijke schade die verhuurder heeft geleden circa € 50.000 bedraagt. Heeft de bank in dat geval € 50.000 te veel aan verhuurder betaald? Zo ja, kan de bank het teveel betaalde eenvoudig terugvorderen? Zelfs al had de bank bij inroepen van de bankgarantie het vermoeden dat de werkelijke leegstandschade lager was, heeft de bank vrijwel geen mogelijkheid om betaling aan de verhuurder te weigeren. De kritiek op de uitkomst van de beslissing van de Hoge Raad is derhalve dat de bank vrijwel niet kan toetsen of de verhuurder gerechtigd is tot vergoeding van leegstandschade, terwijl zij nu wel het nadeel van de leegstandschade draagt. Banken zouden in dergelijke (materiële) gevallen er goed aan doen actief na te gaan wat de daadwerkelijke schade is die verhuurder heeft geleden, hetgeen niet makkelijk zal zijn. Indien blijkt dat verhuurder te veel onder de bankgarantie heeft getrokken heeft de bank wellicht zelf een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking op verhuurder. De vraag is echter of dergelijke gevallen zich in de praktijk (nog) voor zullen doen.

3.4.3 *Vaststelling leegstandschade*

Voor zover relevant, is opmerkelijk dat de Hoge Raad verwijst naar overweging 3.3. van het hof waaruit zou volgen dat verhuurder gerechtigd was de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen. Ik lees dat niet in de betreffende overweging van het hof terug. De Hoge Raad lijkt dan ook in r.o. 5.1 de mogelijkheid open te laten dat dit uitgangspunt onjuist kan blijken te zijn na verwijzing naar het Hof Den Haag, reden waarom de Hoge Raad vervolgens oordeelde dat de curator belang kan hebben bij behandeling van zijn cassatiemiddelen. Mogelijk refereert de Hoge Raad slechts naar de (vermeende) vaststelling van het hof dat de verhuurder daadwerkelijk ook de leegstandschade heeft geleden die onder de bankgarantie mocht worden getrokken. Immers is slechts een maand na faillissement het volledige bedrag onder de bankgarantie getrokken. Indien verhuurder een maand na faillissement een nieuwe huurder voor de ruimte zou hebben gevonden (hetgeen in deze casus overigens niet het geval was) zou de verhuurder mijns inziens in

beginsel geen recht hebben gehad op vergoeding van leegstandschade.

3.4.4 *Vordering curator*

Gelet op de vergelijkbare casus in Aukema q.q./Uni-Invest was mijns inziens duidelijker geweest als de Hoge Raad in dat arrest al het middel van de curator had verworpen wegens gebrek aan belang (zie ook Verstijlen in overweging 4 van zijn annotatie van Hansteen/Verwiel q.q.), of zich over de vordering van de curator jegens verhuurder had uitgelaten in een obiter dictum bij Aukema q.q./Uni-Invest dan wel TEP/Curatoren Autodrôme. Met de afweging van belangen inzake de totstandkoming van art. 39 Fw in het achterhoofd, stelden curatoren met goede moed hun vorderingen uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in jegens verhuurders. Gelet op de eerdere 'open houding' over de vordering van de curator is de stelligheid van de Hoge Raad, dat de curator de verrekening had moeten verhinderen, mijns inziens dus niet in lijn met zijn voorgaande arresten. De curator kan bovendien verrekening door de bank niet eenvoudig 'verhinderen'; het betreft een geblokkeerde bankrekening (dekkingsrekening) bij de bank uit hoofde waarvan de boedel een vordering heeft op de bank ter hoogte van het creditsaldo. Normaal gesproken maakt de bank het geblokkeerde creditsaldo over naar een andere bankrekening van huurder, zodra een dechargeverklaring is ontvangen door verhuurder, verhuurder de bankgarantie terugstuurt met verzoek tot annulering of wanneer de einddatum van de bankgarantie is verstreken. Gelet op de juridische stand van zaken vlak na faillissement (juni 2009) had de curator hooguit eigenbeslag kunnen leggen op het creditsaldo (voor zover hij al op tijd was geweest) en de bank kunnen someren tot betaling van het geblokkeerde bedrag.

4. **Praktijk: positie verhuurders, curatoren en garanten na Hansteen/Verwiel q.q.**

4.1 *Verhuurder*

Met het onderhavige arrest is duidelijk dat het niet uitmaakt welke zekerheden verhuurders van huurders bedingen, zolang i) deze zekerheden maar voldoende dekkend zijn, en ii) de voorwaarden van de zekerheden toelaten dat verhuurders (leegstand)schade bij de zekerheidsgevers kunnen claimen. Verhuurders doen er in dat verband goed aan eventuele verweermiddelen van 'garanten' zoals bijvoorbeeld die op grond van art. 6:139 BW (positie borg), art. 6:154 BW (subrogatie), art. 7:852-7:856 BW en art. 7:858-7:861 BW (borgtocht) uit te sluiten voor zover wettelijk is toegestaan. Gelet op het oordeel van de Hoge Raad behoeven verhuurders het nemen van regres op de huurders (boedel) niet meer contractueel uit te sluiten. Oplettendheid van verhuurders bij het opstellen van zekerheidsdocumentatie blijft evenwel geboden.

Voor een verhuurder geldt verder dat zij na faillissement van de huurder i) de huurovereenkomst zelf kan opzeggen op grond van art. 39 Fw; of ii) de huurovereenkomst kan ontbinden voor zover deze is voorzien van een ontbindingsclausule. In het eerste geval zal een verhuurder van haar

bevoegdheid gebruikmaken wanneer zij direct na faillissement weet dat de boedel de verschuldigde huurpenningen over de opzegperiode en/of daarna niet zal kunnen betalen. De tweede bevoegdheid ziet op beëindiging van de huurovereenkomst op grond van ontbinding op basis van een contractuele bepaling waarbij intreding of aanvraag van het faillissement geldt als 'trigger event' voor automatische ontbinding (ontbindende voorwaarde) of een ontbindingsbevoegdheid. In het arrest BabyXL/Amstel Lease is bepaald dat een dergelijk beding in beginsel rechtsgeldig is (zie: HR 13 mei 2005, NJ 2005/406, m.nt. Van Schilfgaarde, r.o. 3.4.1 – 3.4.2 (*BabyXL/Amstel Lease*)). Het voordeel voor verhuurder zou kunnen zijn dat de beperkingen van art. 39 Fw door verhuurder kunnen worden omzeild en de volledige leegstandsschade bijvoorbeeld zou kunnen worden verhaald op de boedel. Maar er zijn twee hordes. Ontbinding na faillissement door een verhuurder van gebouwde onroerende zaken is mogelijk niet effectief. Op grond van art. 7:231 BW kan ontbinding van een huurovereenkomst met betrekking tot een gebouwde onroerende zaak op grond van wanprestatie door de huurder immers slechts door tussenkomst van de kantonrechter geschieden. Daardoor heeft de curator in feite alsnog voldoende de tijd om de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw op te zeggen. Van die regel kan niet ten nadele van de huurder worden afgeweken (art. 7:231 lid 3 BW). Feitelijk is weliswaar sprake van (het invoeren van) een ontbindende voorwaarde en niet van wanprestatie, maar over het algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat art. 7:231 BW eveneens geldt voor een dergelijke ontbinding die geformuleerd is als wanprestatie. Het 'trigger event' impliceert immers een dreigende wanprestatie. Voor zover dat niet het geval blijkt te zijn, kan het beding voorts een onaanvaardbare inbreuk vormen op het fixatiebeginsel zoals vastgelegd in art. 20 Fw, indien de verhuurder alleen vanwege intreden van het faillissement zichzelf bevoordeelt ten nadele van de gezamenlijke crediteuren (doorbreking gelijkheid van crediteuren). Het beding zou om die reden i) nietig kunnen zijn op grond van strijd met de goede zeden of de openbare orde als bedoeld in art. 3:40 lid 1 BW; of ii) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn (art. 6:248 lid 2 BW). De Hoge Raad achtte in BabyXL/Amstel Lease (r.o. 3.4.2) laatstgenoemd gevolg aanemelijk "*in gevallen waarin ervan kan worden uitgegaan dat de doorbetaling van de huur gedurende de surséance is verzekerd*". Indien een bankgarantie voorziet in voldoende zekerheid voor betaling van huurtermijnen ontstaan na faillissement, zou de buitengerechtelijke ontbinding onredelijk kunnen worden geacht. Verhuurder ontbeert mogelijk in dat geval belang bij (buitengerechtelijke) ontbinding, althans de belangen van de boedel zullen wellicht zwaarder wegen dan die van verhuurder. Dat valt te billijken, want het uitgangspunt dient te zijn dat een verhuurder niet in een betere positie zou moeten komen te verkeren vanwege de surseance of het faillissement van haar huurder.

4.2 *Curator*

Curatoren zijn bij deze uitspraak gebaat, nu duidelijk is dat de curator zich in dit soort gevallen moet verzetten tegen de

verrekening van de bank. De Hoge Raad impliceert in r.o. 4.2 van het onderhavige arrest dat de bank niet bevoegd was tot verrekening, uit hoofde waarvan de curator op de bank aanspraak kan maken op betaling van het creditsaldo aan de boedel. Dat is uiteraard anders indien de bankgarantie is ingeroepen uit hoofde van een andere vordering op gefailleerde, zoals de eveneens door verhuurder geclaimde 'opleverschade', die de bank wel mag verrekenen. Vermoedelijk zal in de toekomst tussen verhuurders en curatoren meer discussie plaatsvinden over de kwalificatie van 'opleverschade' dan over het claimen van leegstandschade. Betreft de vordering uit hoofde van opleverschade dan een boedelvordering of een faillissementsvordering? Bij een voldoende dekkende zekerheid vallen zowel de faillissements- als boedelvorderingen onder de gestelde zekerheid, en is voormeld onderscheid niet relevant. Bij onvoldoende zekerheid is voor de curator echter van belang de vorderingen van verhuurder (lees: afzonderlijke schadeposten van verhuurder) nader te kwalificeren aan de hand van *Koot Beheer/Tideman q.q.* (HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291, m.nt. Verstijlen). In dat arrest overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.8 dat in ieder geval de ontruimingsverplichting als bedoeld in HR 18 juni 2004, *JOR* 2004/221, m.nt. Boekraad (*Circle Plastics*) heeft te gelden als een boedelschuld. Onder ontruiming wordt echter niet een verplichting tot herstel van door de huurder veroorzaakte beschadigingen aan het gehuurde verstaan (zie: *Koot Beheer/Tideman q.q.*, r.o. 3.7.4). Die vorderingen betreffen faillissementsvorderingen. Indien verhuurder zowel faillissements- als boedelvorderingen kan indienen, bepaalt art. 6:43 BW welke vordering het eerst moet worden voldaan. In eerste plaats geschiedt dat op aanwijzing van schuldenaar ex art. 6:43 lid 1 BW. Ingevolge het arrest Hof Den Haag 14 juni 2016, *JOR* 2016/344 kwalificeert de curator echter niet als schuldenaar (r.o. 3.6–3.7). Als een aanwijzing ontbreekt, bepaalt art. 6:43 lid 2 BW vervolgens wat de volgorde van toerekening is: in de eerste plaats de opeisbare verbintenissen, in de tweede plaats (bij meer opeisbare verbintenissen) op de meest bezwarende verbintenis en in de derde plaats (bij even bezwarende verbintenissen) op de oudste verbintenis. Als geen oudste verbintenis kan worden aangewezen dient tenslotte naar evenredigheid te worden toegerekend (zie r.o. 3.12 van voormeld arrest). Voor verhuurder is dus van belang eerst haar zekerheid ten behoeve van de faillissementsvorderingen uit te winnen, en – bij onvoldoende dekking – de boedelvorderingen bij de curator in te dienen. De kans dat boedelvorderingen uit het faillissement worden voldaan is vanzelfsprekend aanzienlijk groter dan bij faillissementsvorderingen.

4.3 Garanten

De positie van garanten (zoals verstrekkers van bankgaranties, hoofdelijke medeschuldenaren en borgen) ten aanzien van de leegstandschadeproblematiek is sinds *Romania Beheer* ongewijzigd. Garanten doen er nog steeds goed aan ten aanzien van verhuurders zoveel mogelijk rechten (zie enkele voorbeelden in par. 4.1 hiervoor) te behouden, verweermiddelen te verkrijgen, of van derden zekerheid te bedingen voor hun verplichtingen onder de garantie (zie ook:

Bb 2014/8, par. 4.3). Verder blijft uitleg van het schadevergoedingsbeding alsmede de tekst van de (bank)garantie van belang. Verstrekkers van bankgaranties die zich niet hebben ingedekt tegen een leegstandschadeclaim, zoals in het onderhavige geval, verkeren na dit arrest in een slechtere positie. Een onderbelicht punt in de leegstandschadediscussie is mijns inziens de hoogte van de door verhuurder geclaimde leegstandschade. In het onderhavige geval werd door verhuurder een maand na faillissement het gehele bedrag onder de bankgarantie ingeroepen, terwijl op dat moment niet te voorzien was wat de werkelijke schade zou bedragen. Bij ontbinding buiten faillissement zou huurder op grond van art. 6:277 BW gehouden zijn de schade te vergoeden die verhuurder door de voortijdige ontbinding lijdt, tenzij die schadevergoeding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Van leegstandschade is echter geen sprake indien verhuurder erin slaagt om de onroerende zaak onder dezelfde (of betere) voorwaarden aan een ander te verhuren. Voorts geldt dat verhuurder een verplichting heeft de eigen schade te beperken. De vraag is echter tot hoe ver die schadebeperkingsplicht in deze gevallen geldt. Indien de feiten van een casus en het te beschermen belang (materialiteit) toelaten, zoals in het onderhavige arrest, zou garant mijns inziens kritisch de door verhuurder gestelde schade moeten beoordelen. Indien blijkt dat de onroerende zaak snel na beëindiging van de huurovereenkomst weer werd verhuurd, of als verhuurder geen enkele moeite heeft gedaan om de onroerende zaak verhuurd te krijgen, heeft de verhuurder een hoger bedrag geclaimd dan hem toekwam. Het teveel aan verhuurder betaalde bedrag kan de garant proberen terug te vorderen. De vraag is evenwel of deze gevallen in de praktijk zullen voorkomen. Daarnaast heeft de garant ten aanzien van het voorgaande een bewijsprobleem. Het lijkt mij raadzaam in overleg te treden met de betreffende curator die ten behoeve van de garant informatie kan vergaren.

5. Conclusie

Een verhuurder kan zich voor de leegstandschade verhalen op een bankgarantie en de bank mag na uitbetaling uit hoofde van haar contragarantie (contractuele regresvordering) niet verhalen op de boedel. Indien de voorwaarden van de garantie dat toestaan kunnen de garanten ten aanzien van de leegstandschade hieraan een verweermiddel ontlenuen jegens verhuurder. Het gevolg van de behandelde uitspraak is beperkt. Professionele garanten namen (zekerheidshalve) al maatregelen na het wijzen van *Romania Beheer*. Daardoor is ook de bruikbaarheid van de bankgarantie grotendeels komen te vervallen en geschillen omtrent de leegstandschade zullen daardoor vanzelf afnemen. De curator kan verhinderen dat de garant zich verhaalt op de boedel of heeft (uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking) een vordering op de garant voor zover hij zijn regresvordering al op de boedel heeft verhaald. Garanten die voor leegstandschade opdraaien doen er goed aan de hoogte van de geclaimde leegstandschade kritisch te beoordelen. In de literatuur zijn kritische geluiden te horen over het bestaansrecht van

art. 39 Fw (zie ook: Verstijlen en Van Hees bij hun annotaties bij Hansteen/Verwiel q.q.). Verhuurders met grote financiële belangen kunnen en zullen andere zekerheden bedingen die, linksom of rechtsom, veelal toch ten laste zullen komen van het vermogen van de huurder (latere boedel). Daartegen beschermt ook art. 39 Fw de boedel doorgaans niet. Hoewel art. 39 Fw inderdaad geen maatwerk biedt voor huurovereenkomsten met grote financiële belangen, zoals in de onderhavige casus, lijkt mij de regeling voor de meerderheid van de (veelal kleinere) faillissementen echter afdoende.