

De curator en de huurovereenkomst: van slakkengang naar ratrace!

mr. W.J.G. Smits¹

Curatoren zaten in het verleden regelmatig in een lastige spagaat bij de vraag of een huurovereenkomst al dan niet moest worden opgezegd: door laten lopen van de huur betekende oplopende boedelkosten, opzegging kon op basis van het zogenaamde toedoen-criterium² eveneens leiden tot forse boedelschulden. De curator deed er veelal goed aan de huurovereenkomst niet op te zeggen en te wachten op een opzegging van de verhuurder. Met het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*³ is een einde gekomen aan dat dilemma. De Hoge Raad is teruggekomen van het toedoen-criterium en heeft het aantal boedelschulden sterk beperkt. Daarmee is ook een einde gekomen aan de slakkengang van de curator richting opzegging.

Inmiddels lijkt deze slakkengang echter plaats te hebben gemaakt voor een ratrace. De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren naast het arrest *Koot Beheer/Tideman* nog een aantal arresten gewezen die de positie van de curator ten opzichte van de verhuurder versterkt. Daarbij is het nu juist van belang dat de curator snel handelt. Er is namelijk een zeer wezenlijk verschil tussen de situatie dat de curator de huurovereenkomst opzegt en het geval dat de verhuurder die overeenkomst ontbindt. Degene die het eerst acteert, heeft de beste papieren.

Hieronder ga ik eerst uitgebreid in op bedoelde arresten over huuropzegging door de curator, waaronder het zeer recente arrest *Hansteen/Verwiel q.q.*⁴ Vervolgens schets ik het verschil tussen de situatie dat de curator de huurovereenkomst heeft opgezegd en het geval dat de verhuurder de overeenkomst ontbindt.

1. Het begin: de belangenafweging van Aukema q.q./Uni-Invest

In art. 39 Fw is bepaald dat indien de gefailleerde huurder is, de huurovereenkomst door zowel de huurder als de verhuurder kan worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van – samengevat – maximaal drie maanden. Vanaf faillissementsdatum is de huur boedelschuld. Achterstallige huur van voor faillissementsdatum is een concurrente faillissementsschuld en dient ex art. 26 Fw ter verificatie te worden ingediend.

Aan art. 39 Fw ligt blijkens de parlementaire geschiedenis een belangenafweging ten grondslag.⁵ Het betreft aan de ene kant het belang van de boedel om op zo kort mogelijke termijn de huurverplichtingen te beëindigen teneinde de kosten zoveel mogelijk te beperken en aan de andere kant het belang van de verhuurder om de verschuldigde huur daadwerkelijk betaald te krijgen. De belangen van de boedel worden dus gediend met de korte opzegtermijn, terwijl de wetgever met de promovering tot boedelschuld van de huurpenningen van na faillissementsdatum tegemoet is gekomen aan de belangen van de verhuurder. Om die reden is een opzegging van een huurovereenkomst door de curator ook een regelmatige beëindiging van die overeenkomst. Er ontstaat geen bijkomende verbintenis van de boedel tot schadevergoeding, wegens door de verhuurder misgelopen huurinkomsten over de periode dat de huur conform de huurovereenkomst eigenlijk zou doorlopen, de zogenaamde leegstandschade. Het is ook niet mogelijk om een dergelijke verbintenis contractueel toch in het leven te roepen. De Hoge Raad heeft dit uitdrukkelijk bepaald in het arrest *Aukema q.q./Uni-Invest*:⁶

'3.5.1. Bij de beoordeling van het onderdeel wordt het volgende vooropgesteld. Als alge-

1. De auteur is als advocaat verbonden aan Holla Advocaten te 's-Hertogenbosch.
2. Illustratief is het arrest *Van Galen q.q./Circle Vastgoed*, HR 8 juni 2004, NJ 2004/617 (*Van Galen q.q./Circle Vastgoed*).
3. HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*)
4. HR 17 februari 2017 ECLI:NL:HR:2017:278, r.o. 4.2. (*Hansteen/Verwiel q.q.*)

5. S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, deel I bewerkt door Mr. G.W. Baron van der Feltz Haarlem 1896*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2014, p. 422 t/m 424 (MvT) en p. 427 (Beraadslaging in de Eerste Kamer, de Minister van Justitie).
6. HR 14 januari 2011, NJ 2011/114, r.o. 3.5.1 en 3.5.2. (*Aukema q.q./Uni-Invest*).

meen uitgangspunt heeft te gelden dat het faillissement op zichzelf niet van invloed is op bestaande wederkerige overeenkomsten van de schuldenaar. Voor bepaalde lopende wederkerige overeenkomsten houdt art. 37 Fw een bijzondere regeling in, waarop art. 39 Fw voor huurovereenkomsten weer een uitzondering vormt. 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 25 vermelde toestandkomingsgeschiedenis 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.

3.5.2. In het onderhavige geval heeft de curator de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw beëindigd door opzegging. In een dergelijke wijze van beëindiging, waaraan 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.'

2. De niet verifieerbare regresvordering: Nieuweburen/Romania Beheer

De belangenafweging ziet op de verhouding tussen de verhuurder en de boedel – het afgescheiden vermogen in de zin van art. 20 Fw – en niet (ook) op de verhouding tussen de verhuurder en de gefailleerde. Het is dus wél mogelijk om contractueel te bedingen dat de gefailleerde schadeplichtig is voor de leegstandschade indien de huurovereenkomst in geval van faillissement tussentijds wordt opgezegd, die vordering is alleen niet ten laste van de boedel te brengen en dus ook niet verifieerbaar. Toch is het

ontstaan van een dergelijke vordering op de gefailleerde zelf relevant, omdat het regelmatig voorkomt dat een derde zich borg of garant stelt voor de nakoming van de verplichtingen van de huur jegens de verhuurder uit hoofde van de huurovereenkomst. Denk daarbij aan hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervenootschap of een bankgarantie. De verhuurder kan een dergelijke schadevergoedingsverbintenis op de gefailleerde niet ten laste van de boedel brengen maar daarvoor wél de betreffende derde aanspreken uit hoofde van de borg of garantie. Indien er daarbij sprake is van hoofdelijkheid in de zin van art. 6:6 BW dan ontstaat op grond van art. 6:10 BW een regresvordering van de hoofdelijk medeschuldenaar op de gefailleerde huurder. In geval van een bankgarantie wordt er gelijktijdig een contragarantie afgesloten die in veel gevallen wordt afgedekt met een door de huurder aangehouden creditsaldo op een geblokkeerde rekening. Met het verhalen van de regresvordering of het aanspreken van de gefailleerde huurder onder de contragarantie, zou de leegstandschade via een omweg tóch ten laste van de boedel kunnen worden gebracht. De Hoge Raad heeft daar in het arrest *Nieuweburen/Romania Beheer* een stokje voor gestoken. Relevant is met name het obiter dictum in de tweede alinea van rechtsoverweging 3.3.4.:⁷

'3.3.3. 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.

3.3.4. 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

7. HR 15 november 2013, NJ 2014/68, r.o. 3.3.3. en 3.3.4. (*Nieuweburen/Romania Beheer*).

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 ontlelen jegens de verhuurder.'

Het hierboven weergegeven obiter dictum is door de Hoge Raad ruim geformuleerd. Desondanks is in de literatuur de vraag opgekomen of een bank haar vordering uit hoofde van een contragarantie mag verrekenen met een creditsaldo dat wordt aangehouden op een geblokkeerde rekening.⁸

3. De ongerechtvaardigd verrijkte verhuurder: TEP/Curatoren Autodrome

Aan het arrest *TEP/Curatoren Autodrome* lag - voor zover voor het onderhavige onderwerp relevant - een typische casus ten grondslag: Autodrome huurde een aantal panden van TEP. Autodrome heeft een bankgarantie doen stellen ten behoeve van TEP, voor alle verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst, waaronder eventuele leegstandschaade. Autodrome heeft ten behoeve van de bank een contragarantie afgegeven, en ter dekking daarvan een creditsaldo aangehouden. Na faillietverklaring van Autodrome heeft TEP onder de bankgarantie getrokken, onder andere voor leegstandschaade. De bank heeft haar vordering op Autodrome verrekend met het aangehouden creditsaldo.

Curatoren Autodrome hebben van TEP de leegstandschaade die TEP heeft verhaald op de bankgarantie teruggevorderd op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Nadat de vordering in eerste aanleg is afgewezen, heeft het hof de vordering wel toegewezen. De Hoge Raad heeft de cassatieklachten tegen dit onderdeel verworpen. De relevante overweging van de Hoge Raad is hieronder weergegeven. Daarmee staat de mogelijkheid van de curator om de verhuurder uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aan te spreken dus vast:⁹

'3.3 Onderdeel I van het middel is gericht tegen de hiervoor in 3.2.3 weergegeven rov. 8 van het bestreden arrest. Het onderdeel voert daartegen de rechtsklacht aan dat het arrest Aukema q.q./Uni-Invest (HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114) waarop het hof zich

heeft beroepen, niet van toepassing is in het onderhavige geval omdat de door TEP en de Autodrome-groep gesloten huurovereenkomst onderdeel uitmaakt van de hiervoor in 3.1 onder (iii)-(v) weergegeven sale-and-lease-backtransactie. Gelet op de aard van deze transactie en het feit dat zij bij uitstek wordt gebruikt om nieuwe financiering aan te trekken - omdat de oorspronkelijke eigenaar van de panden daardoor in staat wordt gesteld kapitaal vrij te maken dat tot dan toe in de panden was belegd - zou het evenwicht tussen de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen worden doorbroken als de leer van genoemd arrest ook op een geval als het onderhavige van toepassing zou zijn. Voor de nieuwe eigenaar/verhuur is de gegoedheid van de huurder namelijk van essentieel belang voor het aangaan van de sale-and-lease-backtransactie, en voor de voorwaarden waaronder hij daartoe bereid is. Door de huurinkomsten verdient hij immers het door hem in feite aan de verkoper verleende krediet weer terug.'

4. De onverhaalbare leegstandschaade: Hansteen/Verwiel q.q.

Zeer recent diende de Hoge Raad zich wederom over de onderhavige problematiek te buigen. Voor zover relevant was de casus die aan het arrest *Hansteen/Verwiel q.q.* ten grondslag lag identiek als het feitencomplex dat ten grondslag lag aan het arrest *TEP/Curatoren Autodrome*: toekomstig failliet huurt een pand en stelt ten behoeve van verhuurder een bankgarantie voor onder andere leegstandschaade. Voor de bankgarantie wordt een contragarantie aangehouden afgedekt door een creditsaldo. De huurder gaat failliet, de verhuurder trekt onder de bankgarantie en de bank verrekent de vordering uit de contragarantie met het creditsaldo. De curator spreekt de verhuurder onder andere aan tot terugbetaling van de leegstandschaade wegens ongerechtvaardigde verrijking. So far so good. Waarom de curator ervoor heeft gekozen om de verhuurder aan te spreken en niet de bank, wordt uit het arrest niet duidelijk. Mogelijke reden is dat de curator nog andere vorderingen jegens de verhuurder heeft ingesteld en daarom zijn pijlen heeft gericht op één partij.

Het hof komt tot het oordeel dat de verhuurder ongerechtvaardigd is verrijkt:

"De Hoge Raad heeft in [het arrest Aukema q.q./Uni-Invest] geoordeeld, nadat hij daaraan voorafgaand heeft overwogen dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 39 Fw moet worden afgeleid dat die regeling 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:

8. Vgl. A-G Timmerman in overweging 4.11 van zijn conclusie voor HR 17 februari 2017 ECLI:NL:HR:2017:278 (*Hansteen/Verwiel q.q.*), alsmede de door hem in voetnoot 8 van die conclusie opgesomde literatuur.
9. HR 22 november 2013, NJ 2014/69, r.o. 3.3 (*TEP/Curatoren Autodrome*).

[...]¹⁰

Het hof is van oordeel dat het resultaat van de bedoelde belangenafweging evenmin kan worden doorbroken door het bedingen van een zodanig recht op schadevergoeding over de band van een bankgarantie waarmee een derde zich verbindt tot betaling van die schadevergoeding als een eigen schuld en de betaling door die derde (ingevolge een contragarantie) vervolgens geschiedt ten laste van de faillissementsboedel. Met een dergelijke transactie wordt deze belangenafweging per saldo immers evenzeer doorkruist. 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.

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, r.o. 3.7.2.). De bankgarantie, gekoppeld aan een contragarantie, maakt deel uit van de met het doel en de strekking van art. 39 Fw strijdige transactie en is dan ook niet een omstandigheid die de verarming kan rechtvaardigen die in verband met deze transactie bij de boedel is ingetreden. Ook de contragarantie staat aan de vordering van de Curator niet in de weg. Nu deze, in het kader van de transactie, de strekking heeft dat de betaling van de schadevergoeding aan Hansteen ten laste van de boedel wordt gebracht, is deze evenmin een omstandigheid die de verarming kan rechtvaardigen. Vergoeding door Hansteen van in beginsel een bedrag gelijk aan het door haar ontvangen bedrag dat ten laste van de boedel is gebracht is redelijk met het oog op doel en strekking van art. 39 Fw.’

De verhuurder heeft cassatie ingesteld en klaagt er daarbij onder andere over dat het hof heeft miskend dat de verarming niet het gevolg is geweest van de verhuurder die onder de bankgarantie heeft getrokken, maar dat die verarming juist voortvloeit uit het feit dat de curator zich niet heeft verzet tegen het beroep op verrekening door de bank van haar vordering uit hoofde van de contragarantie met het door de gefailleerde huurder aangehouden creditsaldo.

A-G Timmermans komt in zijn conclusie tot de slotsom dat het oordeel van het hof juist is en dat de cassatieklachten op dit punt ongegrond zijn.¹¹

4.22 Het oordeel van het hof houdt in de kern in dat [eiseres] krachtens een met het doel en de strekking van art. 39 Fw strijdige transactie betaling verkreeg ten laste van de faillissementsboedel. Terecht heeft het hof (anders dan de rechtbank) in zijn beoordeling betrokken tot welk gevolg de uitbetaling onder de bankgarantie heeft geleid, namelijk – via de contragarantie – tot een belasting van de faillissementsboedel van Bouwgros.²² Gelet daarop meen ik, overeenkomstig het oordeel van het hof, dat voor het behouden door [eiseres] van het van de bank ontvangen bedrag geen redelijke oorzaak aanwezig is en het ongedaan maken van de verrijking van [eiseres] redelijk is. Dat [eiseres] geen partij is bij de contragarantie doet daar gelet op het voorgaande niet aan af. Dat geldt evenmin voor het feit dat (zoals [eiseres] heeft aangevoerd, zie onderdeel 2) een bankgarantie een naar maatschappelijke opvattingen normale rechtshandeling is. Ik teken nog aan dat algemeen bekend is dat aan bankgaranties contragaranties zijn gekoppeld.

4.23 Het betoog van [eiseres] dat een causaal verband tussen de verrijking en de verarming ontbreekt, is met name gebaseerd op het obiter dictum in rov. 3.3.4 van het Nieuwburen/Romania-arrest:

[...]¹²

Op grond van deze overweging betoogt [eiseres] dat de bank niet had mogen verrekenen. De verarming van de boedel zou zijn veroorzaakt doordat de curator heeft nagelaten om het creditsaldo van Bouwgros, waarmee de bank haar vordering had verrekend, bij de bank op te eisen.

4.24 Zoals ik hiervoor al vermeldde, is in de literatuur door diverse auteurs het standpunt ingenomen dat de geciteerde overweging onverlet laat dat banken die op grond van een bankgarantie aan de verhuurder hebben uitbetaald, hun daaruit voortvloeiende vordering op de huurder mogen verrekenen of verhalen op een zekerheidsrecht.

Mij lijkt het niet aannemelijk dat de Hoge Raad de genoemde gevallen van de gelding van de regel in het obiter dictum heeft willen uitsluiten. Dat zou niet in lijn zijn met het hiervoor genoemde uitgangspunt dat, in geval van opzegging door de curator met toepassing van art. 39 Fw, de boedel van de failliete huurder niet – direct of indirect – mag worden belast voor

10. De hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.5.2. uit het arrest *Aukema q.q./Uni-Invest*.

11. A-G Timmerman in overweging 4.22 t/m 4.28 van zijn

conclusie voor HR 17 februari 2017 ECLI:NL:HR:2017:278 (*Hansteen/Verwiël q.q.*)

12. Zie de hiervoor geciteerde laatste alinea van r.o.3.3.4. van het arrest *Nieuwburen/Romania Beheer*.

leegstandschade voor zover het de huur over de opzegtermijn van drie maanden te boven gaat.

Ook de formulering van het obiter dictum duidt niet op een dergelijke uitzondering. De Hoge Raad spreekt in het algemeen over een “derde” die de nakoming van de leegstandschadevordering van de verhuurder heeft gegarandeerd (rov. 3.3.4). Onder die omschrijving valt ook een bank die een bankgarantie heeft afgegeven. Ook al was in de zaak Nieuwburen/Romania geen sprake van een bankgarantie, toch ligt het voor de hand dat, indien de Hoge Raad bankgaranties had willen uitsluiten, hij dit had geëxpliciteerd. Daarbij is het relevant dat het gebruik van een bankgarantie in gevallen als hier aan de orde niet ongebruikelijk is, zoals ook blijkt uit de besproken jurisprudentie en uit de onderhavige zaak.

[...]

4.28 Ik merk tot slot van dit onderdeel op dat uit het voorgaande volgt dat de besproken arresten van de Hoge Raad naar mijn mening niet onverenigbaar zijn. Het obiter dictum in het Nieuwburen/Romania-arrest behoeft niet tot de conclusie te leiden dat de uitkomst in de zaken Aukema/Uni-Invest en TEP/Curatoren Autodrôme – achteraf bezien – anders had moeten zijn. De Hoge Raad oordeelde in het arrest Nieuwburen/Romania weliswaar dat de garant geen regres kan nemen op de boedel, maar dat sluit een vordering van de curator op de verhuurder (zoals aan de orde in de zaken Aukema/Uni-Invest en TEP/Curatoren Autodrôme) niet uit.’

Tegen de conclusie van de A-G in vernietigt de Hoge Raad het oordeel van het hof toch, en wel om cassatie technische redenen. Het hof is uitgegaan van de juistheid van de stelling van de verhuurder dat zij gerechtigd was te claimen onder de bankgarantie, zodat dit ook in cassatie vaststond. Vanwege deze vaststelling kon de Hoge Raad niet komen tot een ongerechtvaardigdheid van de verrijking, te minder nu de curator niet was opgekomen tegen het – op zichzelf onterechte – beroep van de bank op verrekening:¹³

‘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 blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De overige klachten van het middel behoeven geen bespreking.’

Wat er verder van de cassatietechniek ook zij, het interessante van het arrest is gelegen in de puntige samenvatting die de Hoge Raad geeft van zijn eerdere arresten over de onderwerpelijke problematiek,¹⁴ en dan met name de precisering van het hiervoor geciteerde obiter dictum uit het arrest Nieuwburen/Romania Beheer. Het relevante deel van de overweging luidt als volgt (onderstreping auteur):

‘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 afwijging die aan art. 39 Fw ten grondslag ligt – eraan in de weg dat deze ten laste van de boedel wordt gebracht. Indien de voorwaarden van de garantie dat toestaan, kan de garant hieraan een verweermiddel ontlenuen jegens de verhuurder.’

De eerste en laatste volzin van de overweging zijn identiek aan het bewuste obiter dictum. De Hoge Raad voegt daar in dit arrest nog de onderstreepte regel aan toe. Daaruit volgt dus in ieder geval dat de bank een vordering uit hoofde van een contragarantie niet mag verrekenen met een door de gefailleerde huurder aangehouden creditsaldo. Daarbij doemt direct een nieuwe vraag op: mag de bank een dergelijke vordering wél verhalen onder haar zekerheden, de bank staat als separatist ex art. 57 Fw immers buiten het faillissement en kan haar rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is? Dat de vordering uit hoofde van de contragarantie eerst ná faillissementsdatum is ontstaan, staat daar in ieder geval niet aan in de weg.¹⁵ De Hoge Raad overweegt echter dat de aard van de vordering wél aan verhaal op de boedel in de weg staat, welke wijze van verhaal dan ook. Daarmee lijkt de Hoge Raad een duidelijk signaal af te geven dat een

13. HR 17 februari 2017 ECLI:NL:HR:2017:278, r.o. 4.2. (Hansteen/Verwiel q.q.).

14. Vgl. r.o. 4.1.

15. Vgl. HR 16 oktober 2015, NJ 2016/48 (DLL/Van Logtestijn q.q.).

vordering die feitelijk¹⁶ leegstandschade betreft, ook niet via de omweg van zekerheden te verhalen is op de boedel. Mocht de Hoge Raad uiteindelijk niet tot dit oordeel komen, dan resteert er voor de boedel in ieder geval nog een vordering op de verhuurder wegens ongerechtvaardigde verrijking. Het ligt in ieder geval in de rede dat banken in de voorwaarden van door hen gehanteerde bankgaranties, zullen bedingen dat zij enkel gehouden zijn onder de bankgarantie uit te keren, indien zij die vordering op hun beurt daadwerkelijk onder de contragarantie kunnen verhalen. De Hoge Raad maakt uitdrukkelijk melding van deze mogelijkheid in het obiter dictum van het arrest *Nieuweburen/Romania Beheer*.

5. Curatoren BabyXL/Amstel Lease en het essentiële verschil tussen opzegging en ontbinding

Zolang de huurder zijn verplichtingen nakomt kan de verhuurder de huurovereenkomst in beginsel niet aantasten anders dan door opzegging ex art. 39 Fw, in welk geval hij niet kan opkomen voor leegstandschade. Ontbinding is ex art. 6:265 BW eerst mogelijk na een tekortkoming die de ontbinding rechtvaardigt en – in de regel – verzuim van de huurder. Indien de verhuurder geen nadere voorzieningen treft, blijft hij dus met de leegstandschade zitten.

De verhuurder kan echter contractueel bedingen dat hij in geval van faillissement van de huurder, de huurovereenkomst kan ontbinden. Bovendien kan de verhuurder in de huurovereenkomst een beding opnemen dat buiten twijfel stelt dat de schade die de verhuurder in geval van ontbinding lijdt (in ieder geval) de leegstandschade is. De Hoge Raad heeft dergelijke bedingen in het arrest *Curatoren BabyXL/Amstel Lease* gesanctioneerd. In de casus waarover de Hoge Raad diende te oordelen was er sprake van een surseance van betaling, de rechtsregel is echter van overeenkomstige toepassing in faillissement:¹⁷

“3.3. Onderdeel A keert zich [tegen de beslissing van de rechtbank] met het betoog in onderdeel 2.2 dat art. 238 Fw beëindiging van de huurovereenkomst door de verhuurder gedurende surséance niet toestaat. De surséance van betaling heeft immers tot doel de zaken van de schuldenaar gaande te houden, met welk doel niet verenigbaar is dat de verhuurder de huur-

overeenkomst tussentijds kan beëindigen. Volgens onderdeel 2.3 heeft de rechtbank miskend dat art. 238 Fw (evenals art. 39 Fw) dwingend recht bevat, zodat daarvan niet contractueel kan worden afgeweken. Een andersluidende opvatting zou ertoe leiden dat aan de door de Faillissementswet gecreëerde bescherming van de belangen van de schuldenaar en diens crediteuren op onaanvaardbare wijze afbreuk zou worden gedaan, aldus het onderdeel.

3.4.1 Deze onderdelen falen. Art. 238 Fw strekt ertoe dat in geval van surséance van betaling, indien het belang van de boedel zulks eist, de huurder met medewerking van de bewindvoerder de huur op korte termijn kan beëindigen, waartegenover in het belang van de verhuurder is bepaald dat de huurprijs van de aanvang der surséance af boedelschuld is. 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. Het artikel biedt de huurder in het belang van de boedel de mogelijkheid tot tussentijdse beëindiging van de huur, maar houdt niet een verbod tot (eerdere) beëindiging van de huur door de verhuurder in. In aanmerking genomen dat in het algemeen faillissement en surséance op zichzelf niet van invloed zijn op de bestaande wederkerige overeenkomsten van de schuldenaar, moet daarom worden aanvaard dat art. 238 Fw niet in zoverre een exclusieve werking heeft dat deze bepaling de bedongen bevoegdheid tot buitengerechtelijke ontbinding aan de verhuurder ontnemt.”

De acties opzegging – hetzij door de curator, hetzij door de verhuurder – en ontbinding op grond van een contractuele bepaling (mits onderdeel van de huurovereenkomst), bestaan dus naast elkaar.

Doet de verhuurder een beroep op een contractuele ontbindingsmogelijkheid dan kan hij de schade – waarvan contractueel ook nog eens buiten twijfel gesteld kan worden dat leegstandschade daaronder valt – ter verificatie indienen. Maar dat niet alleen, hij kan de leegstandschade ook met een gerust hart claimen onder een bankgarantie, zonder de angst te hebben dat hij wordt aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking door de curator. De bank kan in dat geval ook zonder meer een beroep doen op verrekening van de vordering uit de contragarantie met een voor dat doel aangehouden creditsaldo of die vordering verhalen onder haar zekerheden, óók voor leegstandschade. De curator

16. Feitelijk, niet juridisch. Een bankgarantie heeft immers vrijwel altijd een abstract karakter, waarbij de bank zich bereid verklaart onder voorwaarden vorderingen van de hoofdschuldeiser op de hoofdschuldenaar, als eigen schuld op zich te nemen. Vgl. ook C. Dullaart in nummer 7 van zijn noot onder Gerechtshof Amsterdam 2 juni 2015, JOR 2016/45 (*Verwiel q.q./Hansteen*).

17. HR 13 mei 2005, NJ 2005/406 r.o. 3.3. en 3.4.1. (*Curatoren BabyXL/Amstel Lease*).

staat dan met lege handen, hij kan de ontbonden huurovereenkomst immers niet ook nog opzeggen. Zegt de curator echter ex art. 39 Fw op, dan gelden de hiervoor omschreven rechtsregels uit *Aukema q.q./Uni-Invest, Nieuweburen/Romania Beheer* en *Hansteen/Verwiel q.q.* en blijft de verhuurder met de leegstandschade zitten. Een beroep op ontbinding nádat de curator de huurovereenkomst reeds heeft opgezegd, biedt voor de verhuurder geen soelaas. De schade die de verhuurder op grond van de ontbinding in dat geval lijdt zal in de regel zeer beperkt zijn. De huurovereenkomst eindigt in geval van opzegging door de curator immers regelmatig en wel na verloop van de opzegtermijn van in beginsel drie maanden.

6. Afronding

Hoewel het arrest *Hansteen/Verwiel q.q.* op het eerste gezicht slechts een bevestiging lijkt van *Nieuweburen/Romania Beheer*, geeft het een belangrijke aanwijzing dat de Hoge Raad de niet-verifieerbare vordering wegens leegstandsschade ook niet via een omweg van verhaal onder zekerheden ten laste wil laten strekken van de boedel. Als die conclusie juist is, betekent dit ten eerste dat banken die een bankgarantie stellen voor verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst er op beducht moeten zijn dat zij een claim onder die garantie uit hoofde van de leegstandschade niet kunnen verhalen onder hun zekerheden. Dat zal onvermijdelijk tot gevolg hebben dat banken dergelijke vorderingen van die garantie zullen uitsluiten.

Voor verhuurders wordt eens te meer duidelijk dat het van belang is de huurovereenkomsten die zij aangaan zodanig in te richten dat zij bij faillissement de overeenkomst kunnen ontbinden en daaraan een schadevergoeding verbinden. In dat geval is immers sprake van een verifieerbare vordering die onder garanties kan worden verhaald.

Daar waar curatoren vroeger nog wel eens in slakkengang richting opzegging gingen, doen zij er nu in veel gevallen juist goed aan om de huurovereenkomst zo snel mogelijk op te zeggen. Het lijkt dan ook een ratrace te worden, om zo de schade bij een eventuele ontbinding zo laag mogelijk te houden. De verhuurder zegt dan immers een regelmatig opgezegde huurovereenkomst op.