

LEGAL UPDATE

Reken je niet rijk met een bankgarantie als de huurder failliet gaat – deel 3

Datum: 24 februari 2017

In mijn Legal Updates van [10 augustus 2015](#) en [21 april 2016](#) kwam aan de orde dat, als de huurder failliet gaat, de verhuurder ten aanzien van de boedel geen leegstandsschade kan claimen maar wel – jegens de bank – een beroep toekomt op de door de huurder afgegeven bankgarantie, mits de faillissementsboedel daar geen nadeel van ondervindt. Van ‘nadeel ondervinden’ is bijvoorbeeld sprake indien de bank haar vordering uit hoofde van de door de huurder gestelde contragarantie verrekent met het creditsaldo van de failliete huurder bij de bank. Deze door de Hoge Raad uitgezette lijn (zie onder HR 14 januari 2011 ([Aukema/Uni-Invest](#)) en HR 15 november 2013 ([Romania Beheer](#))) wordt inmiddels door de lagere rechtspraak gevolgd.

Afgelopen vrijdag (17 februari 2017) heeft de Hoge Raad wederom een [arrest](#) over dit leerstuk gewezen. In dit arrest verduidelijkt de Hoge Raad dat het inderdaad niet de bedoeling is dat de bank, als een bankgarantie eenmaal wordt getrokken, verhaal neemt op de boedel. De vordering van de bank 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. De Hoge Raad overweegt:

“Indien een derde de nakoming van de bedoelde vordering heeft gegarandeerd, brengen het faillissement van de huurder en een opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw 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 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 afweging 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 ontlelen jegens de verhuurder.”

De verhuurder voerde in deze procedure aan dat hij gerechtigd was om de bankgarantie onder de bank te claimen, wat in cassatie tot uitgangspunt diende. Het feit dat de bank vervolgens verhaal had genomen op de boedel, en de curator zich niet daartegen had verzet, maakte volgens de Hoge Raad niet dat de verhuurder ten opzichte van de boedel ongerechtvaardigd was verrijkt.

Het oordeel van de Hoge Raad komt mij juist voor: in de relatie verhuurder – bank was de bank immers verplicht om te betalen. De verhuurder was dus gerechtvaardigd verrijkt en de bank gerechtvaardigd verarmd. Met dit arrest staat buiten kijf dat banken hun contragarantie/regresvordering op de gefailleerde huurder, niet op de boedel kunnen verhalen. Een aantal banken hebben de modeltekst van hun bankgaranties inmiddels al aangepast. De rest zal wel snel volgen.

Dit is een Legal Update van de praktijkgroepen Commercieel Vastgoed en Huurrecht.

Voor meer informatie:

Hans van Noort
+31 30 25 95 581
hansvannoort@vbk.nl