

LEGAL UPDATE

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

Datum: 10 augustus 2015

Het aantal faillissementen in Nederland is in het tweede kwartaal van dit jaar met 25 procent afgenomen ten opzichte van hetzelfde kwartaal een jaar eerder, aldus NU.nl.

Dat is goed nieuws voor de verhuurders van winkelpanden, die aan het kortste eind trekken als de huurder in staat van faillissement is verklaard. Indien de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw tussentijds wordt opgezegd, is de huur vanaf datum faillissement een boedelschuld. Hoe karig het ook is, daar moet de verhuurder het mee doen. Leegstandschade (zoals misgelopen toekomstige huurpenningen) kan de verhuurder niet op de faillissementsboedel verhalen, ook niet als dat contractueel is bedongen (vergelijk artikel 26.1 van de algemene bepalingen winkelruimte krachtens het ROZ model versie 2012. In de versie uit 2015 ontbreekt een soortgelijke clause). Dat blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 2011.

In 2013 heeft de Hoge Raad evenwel geoordeeld dat een dergelijke clause wel stand houdt in faillissement indien er een concerngarantie is afgegeven door een moederholding. De verhuurder kan de moederholding – mits de concerngarantie juist is geformuleerd – op betaling aanspreken. Nadeel voor de moederholding is dat zij geen regres kan nemen op de faillissementsboedel. Uit een andere uitspraak van de Hoge Raad uit 2013 volgt dat ten aanzien van een bankgarantie in principe hetzelfde geldt, mits de faillissementsboedel daar geen nadeel van ondervindt. Daarvan 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.

De door de Hoge Raad uitgezette lijn wordt inmiddels door de lagere rechtspraak gevolgd. Zo oordeelde het gerechtshof Amsterdam op 2 juni 2015 dat de bankgarantie door de verhuurder alleen mocht worden ingeroepen voor opleveringsschade en de achterstallige huur vanaf datum faillissement tot de datum waartegen ex artikel 39 Fw was opgezegd. In deze zaak had de verhuurder de volledige bankgarantie (ter grootte van 12 maanden huur) bij de bank geclaimd, ten gevolge waarvan de bank de verhuurder had uitbetaald. Vervolgens verrekende de bank haar vordering uit hoofde van de door de huurder gestelde contragarantie met het creditsaldo van de huurder bij de bank. Hierdoor werd de leegstandsschade van de verhuurder in feite alsnog ten laste van de faillissementsboedel gebracht. Het gerechtshof maakte daar korte metten mee en oordeelde dat de verhuurder hierdoor ongerechtvaardigd was verrijkt. De verhuurder was wel gerechtigd om opleveringsschade en achterstallige huur via de bankgarantie te claimen, maar het resterende bedrag moest door de verhuurder aan de faillissementsboedel worden betaald.

Uit het voorgaande volgt dat een bankgarantie niet altijd uitkomst biedt. Soms zal het daarom verstandiger zijn om een concerngarantie te bedingen, mits de moederholding een grote solvabele partij is. Is dat niet het geval, dan heeft een bankgarantie meestal de voorkeur. Het is natuurlijk ook mogelijk om voor een meer ouderwetse vorm van zekerheid te kiezen, zoals een waarborgsom. Een waarborgsom heeft alleen betrekking op achterstallige betalingen, niet ook op toekomstige.

Dit is een Legal Update van de praktijkgroep Huurrecht.

Voor meer informatie:

Hans van Noort
+31 30 259 55 81
hansvannoort@vbk.nl