

**JIN 2017/56 Hoge Raad, 17-02-2017, 15/04256, ECLI:NL:HR:2017:278  
Faillissementsrecht, Opzegging huurovereenkomst door curator,  
Leegstandschade, Huurgarantie, Contragarantie en ongerechtvaardigde  
verrijking**

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 6 artikel 212, FW artikel 39

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:HR:2017:278, Ondernemingsrecht 2017/130, JHV 2017/4, JOR 2017/117, INS-Updates.nl 2017-0065, NJ 2017/142, NJB 2017/480, RI 2017/42, RvdW 2017/297, WR 2017/55

## **JIN 2017/56, Hoge Raad, 17-02-2017, 15/04256, (annotatie)**

---

### Inhoudsindicatie

Faillissementsrecht, Opzegging huurovereenkomst door curator, Leegstandschade, Huurgarantie, Contragarantie en ongerechtvaardigde verrijking

---

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Noot](#)

---

### Gegevens

<b>Instantie</b>	Hoge Raad
<b>Datum uitspraak</b>	17-02-2017
<b>Publicatie</b>	JIN 2017/56 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 3, 2017
<b>Annotator</b>	• G.G. Boeve
<b>ECLI</b>	ECLI:NL:HR:2017:278
<b>Zaaknummer</b>	15/04256
<b>Overige publicaties</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• ECLI:NL:HR:2017:278</li><li>• JHV 2017/4 met annotatie van Mr. L.J. Smale</li><li>• JOR 2017/117 met annotatie van Prof. Mr. J.J. van Hees</li><li>• NJB 2017/480</li><li>• INS-Updates.nl 2017-0065</li><li>• RvdW 2017/297</li><li>• NTHR 2017, afl. 2, p. 95</li><li>• NJ 2017/142 met annotatie van F.M.J. Verstijlen</li><li>• WR 2017/55 met annotatie van mr. J.K. Six-Hummel</li><li>• N. van Tamelen annotatie in TvHB 2017/5, UDH:TvHB/14135</li></ul>

**Rechtsgebied** Algemeen

<b>Rubriek</b>	Civiel recht
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Numann</li> <li>• mr. Heisterkamp</li> </ul>
<b>Rechters</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Polak</li> <li>• mr. Tanja-van den Broek</li> <li>• mr. Du Perron</li> </ul>
	<p>[eiseres], gevestigd te [vestigingsplaats], eiseres tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, tegen</p>
<b>Partijen</b>	<p>Mr. Johannes Leonardus Gerardus Maria Verwiel, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Bouwgros B.V., wonende te Breda, verweerder in cassatie, eiser in het incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. R.J. van Galen.</p>
	<p>Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiseres] en de curator.</p>
<b>Regelgeving</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• BW Boek 6 - 212</li> <li>• Fw - 39</li> </ul>

---

#### Samenvatting

---

Uitgangspunt in cassatie is dat de verhuurder gerechtigd is de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen. Gegeven dit uitgangspunt, brengt de omstandigheid dat de garant, nadat zij aan haar betalingsverplichting ter zake had voldaan, verhaal heeft genomen op de boedel van de failliete huurder en dat de curator zich hiertegen niet heeft verzet, niet mee dat de verhuurder ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel.

ABN AMRO heeft aan de verhuurder een bankgarantie verstrekt waarin zij zich heeft verbonden om als eigen schuld aan de verhuurder te voldoen de schade die de verhuurder lijdt doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement tussentijds door de curator wordt opgezegd. ABN AMRO heeft dienovereenkomstig aan de verhuurder de leegstandschade betaald. ABN AMRO heeft vervolgens haar vordering uit hoofde van de door de huurder gestelde contragarantie verrekend met het creditsaldo van de huurder op een bij ABN AMRO aangehouden bankrekening. Aldus is de leegstandschade ten laste van de boedel gebracht. Het hof oordeelde in een door de curator tegen de verhuurder opgestarte procedure dat, nu de verhuurder krachtens een met doel en strekking van art. 39 Fw strijdige transactie betaling verkreeg ten laste van de faillissementsboedel, de verhuurder ongerechtvaardigd is verrijkt. De Hoge Raad casseert en beslist, onder verwijzing naar HR 24 januari 2011, NJ 2011/114 (Aukema/Uni-Invest), en HR 15 november 2013, NJ 2014/68 (Romania Beheer), dat, uitgaande van de juistheid van de stelling dat de verhuurder gerechtigd was de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen, de omstandigheid dat ABN AMRO, nadat zij aan haar betalingsverplichting ter zake had voldaan, verhaal heeft genomen op de boedel van de failliet en dat de curator zich hiertegen niet heeft verzet, niet meebrengt dat de verhuurder ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel. De ontvangst van een betaling waarop de verhuurder (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.

---

#### Uitspraak

---

*Hoge Raad:*

---

### *1 Het geding in feitelijke instanties*

---

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak C/13/496115/HA ZA 11-2257 van de rechtbank Amsterdam van 4 december 2013 en 9 april 2014, hersteld bij vonnis van 30 april 2014;

b. de arresten in de zaak 200.153.183/01 van het gerechtshof Amsterdam van 2 juni 2015 en 15 september 2015.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

### *2 Het geding in cassatie*

---

Tegen het arrest van het hof van 2 juni 2015 heeft [eiseres] beroep in cassatie ingesteld. De curator heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor [eiseres] mede door mr. B.M.H. Fleuren en voor de curator mede door mr. G.P. Oosterhoff.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt in het principale beroep tot verwerping en in het incidentele beroep tot vernietiging.

De advocaat van [eiseres] heeft bij brief van 11 november 2016 op die conclusie gereageerd.

### *3 Uitgangspunten in cassatie*

---

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op 1 oktober 2008 heeft Bouwgros Holding B.V. (hierna: Bouwgros Holding), de moedermaatschappij van Bouwgros B.V. (hierna Bouwgros), een bedrijfspand gelegen te Raamsdonksveer (hierna: het bedrijfspand) verkocht aan [eiseres]. Bouwgros heeft de huur van het bedrijfspand voortgezet.

(ii) In de huurovereenkomst tussen [eiseres] en Bouwgros is, voor zover in cassatie van belang, bepaald:

“Artikel 3 Duur, verlenging en opzegging

3.1. Deze overeenkomst is aangegaan voor de duur van tien (10) jaar (...)

Artikel 4 Huurprijs (...)

(...)

4.7. Per betaalperiode van één (1) maand bedraagt bij aanvang van de huurovereenkomst:

de huurprijs € 61.760,=

de (...) omzetbelasting € 11.734,40

Totaal € 73.494,40

(...)

#### Artikel 6 Bankgarantie

6.1. Het bedrag van de bankgarantie wordt hierbij tussen huurder en verhuurder vastgesteld op € 881.932,80 (zijnde 12 maanden huur inclusief BTW) (...).

(...).

#### Artikel 9 Bijzondere bepalingen

9.1.1. Huurder en verhuurder komen overeen dat de onderhavige huurovereenkomst een 'triple-net' huurovereenkomst betreft en dat derhalve in ieder geval onderhoudskosten, reparaties, vervangingen, belastingen aangaande het gehuurde, exploitatiekosten, en verzekeringspremies, al het vorenstaande in de ruimste zin van het woord voor rekening en risico komen van huurder. (...)."

(iii) In de bij de huurovereenkomst behorende algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte is onder meer bepaald:

"(...).

10.7. Huurder is gehouden de door hem op basis van het inspectierapport uit te voeren werkzaamheden binnen de in het rapport vastgelegde (...) termijn ten genoegen van verhuurder uit te voeren c.q. te doen uitvoeren. Indien huurder (...) nalatig blijft in de nakoming van zijn uit het rapport voortvloeiende verplichtingen, is verhuurder gerechtigd zelf deze werkzaamheden te laten uitvoeren en de daaraan verbonden kosten op huurder te verhalen."

(iv) ABN AMRO Bank N.V. (hierna: ABN AMRO) heeft op verzoek van Bouwgros een bankgarantie (gedateerd 8 september 2008, hierna: de bankgarantie) afgegeven ten gunste van [eiseres]. In de bankgarantie is, voor zover in cassatie van belang, bepaald:

"(...)

ABN AMRO (...) verklaart zich door deze, bij wijze van zelfstandige verbintenis tegenover verhuurder (...) onherroepelijk en onvoorwaardelijk garant te stellen voor al hetgeen huurder ingevolge de (...) huurovereenkomst (...) aan verhuurder (...) verschuldigd zal zijn.

Ondergetekende verplicht zich voorts om als eigen schuld aan verhuurder (...) te zullen vergoeden alle schade, door hem 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.

(...).

Ondergetekende verbindt zich op eerste verzoek van verhuurder (...), zonder opgaaf van redenen te verlangen of nader bewijs te vragen, aan verhuurder te zullen voldoen al hetgeen verhuurder volgens diens schriftelijke verklaring uit hoofde van deze garantie van ondergetekende vordert (...)."

(v) Bij vonnis van 3 juni 2009 is Bouwgros in staat van faillissement verklaard met benoeming van de curator als zodanig.

(vi) Bouwgros heeft tot 1 juni 2009 de huur volledig voldaan aan [eiseres]. Bij brief van 16 juni 2009 heeft de curator de huur opgezegd met inachtneming van de opzegtermijn van art. 39 Fw van drie maanden. De curator heeft het bedrijfspand op 8 oktober 2009 opgeleverd aan [eiseres].

(vii) De huur over de periode na 1 juni 2009 is niet voldaan. De boedelvordering van [eiseres] voor de huur over de periode 3 juni tot 8 oktober 2009 bedraagt € 313.083,= (incl. BTW). Daarnaast heeft [eiseres] een concurrente vordering voor de huur over de eerste twee dagen van juni 2009 van € 4969,57.

(viii) Op 6 juli 2009 heeft ABN AMRO een bedrag van € 881.832,80 aan [eiseres] betaald op grond van de bankgarantie.

(ix) ABN AMRO heeft haar vordering uit hoofde van de door Bouwgros aan haar verstrekte contragarantie van € 881.832,80 verrekend met het op een bankrekening van Bouwgros bij ABN AMRO geblokkeerde creditsaldo.

(x) Bij brief van 28 augustus 2009 heeft de advocaat van [eiseres] aan de curator onder meer bericht dat de bankgarantie is ingeroepen wegens gemiste huurpenningen over de periode na de opzegtermijn en waardevermindering van het pand.

(xi) Bij brief van 21 maart 2011 heeft de curator aan de advocaat van [eiseres] onder meer het volgende bericht:

“In aansluiting op mijn bericht eind vorige week dien ik u vanzelfsprekend nog aan te spreken in verband met de (magazijn)stellingen.

(...).

Ik ben bereid deze kwestie af te wikkelen tegen een bedrag van € 85.000,= te vermeerderen met 20% en over het totaalbedrag de verschuldigde BTW. (...).

Mocht uw cliënte daar niet bereid toe zijn dan zal ik het volledige bedrag van € 200.000,= exclusief BTW als vervangende schadevergoeding in rechte vorderen (...).”

(xii) Bij brief van 10 juni 2011 heeft de advocaat van [eiseres] aan de curator bericht dat de grondslag van de vordering waarvoor de bankgarantie is ingeroepen aldus wordt gewijzigd dat de bankgarantie geacht moet worden te zijn ingeroepen voor de tot 8 oktober 2009 verschuldigde huurpenningen, de verzekeringspremies en de opleveringsschade.

3.2.1 De curator heeft – voor zover in cassatie van belang – gevorderd:

1) te verklaren voor recht a) primair dat [eiseres] niet gerechtigd was ter zake door haar geclaimde schade de door ABN AMRO gestelde bankgarantie te trekken voor een hoger bedrag dan € 57.150,30, althans, (b) subsidiair, dat [eiseres] niet gerechtigd was ter zake door haar geclaimde schade de door ABN AMRO gestelde bankgarantie te trekken voor een hoger bedrag dan krachtens art. 39 Fw in aanmerking mag worden genomen, zijnde de huurpenningen verschuldigd vanaf faillissementsdatum tot aan de dag dat de huurovereenkomst is geëindigd;

2) te verklaren voor recht dat Bouwgros, althans de boedel van Bouwgros, eigenaar is van de magazijnstellingen aanwezig in het bedrijfspand van Bouwgros;

3) te verklaren voor recht dat [eiseres] gehouden is om, nu zij de curator niet heeft toegestaan deze stellingen, waarvan Bouwgros c.q. de boedel van Bouwgros eigenaar is, te doen verkopen en te executeren, de schade die de boedel als gevolg daarvan geleden heeft, aan de boedel te vergoeden;

4) [eiseres] te veroordelen tot betaling aan de curator van een bedrag ter grootte van € 824.782,50, te vermeerderen met wettelijke rente;

5) [eiseres] te veroordelen tot betaling aan de curator van een bedrag ter grootte van € 238.000,=, te vermeerderen met wettelijke rente, in verband met de magazijnstellingen.

3.2.2 De rechtbank heeft voor recht verklaard dat Bouwgros, althans de boedel van Bouwgros, eigenaar is van de magazijnstellingen aanwezig in het bedrijfspand van Bouwgros. Het meer of anders gevorderde heeft de rechtbank afgewezen.

3.2.3 Het hof heeft een tussenarrest gewezen. Daarin heeft het, voor zover in cassatie van belang, ten aanzien van de bankgarantie het volgende overwogen.

ABN AMRO heeft aan [eiseres] een bankgarantie verstrekt waarin zij zich heeft verbonden om als eigen schuld aan [eiseres] (onder meer) te voldoen de schade die [eiseres] lijdt doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement tussentijds door de curator wordt opgezegd. ABN AMRO heeft dienovereenkomstig aan [eiseres] de leegstandschade betaald. Nu niet in geschil is dat ABN AMRO haar vordering uit hoofde van de door Bouwgros gestelde contragarantie heeft verrekend met het creditsaldo van Bouwgros op een bij ABN AMRO aangehouden bankrekening is de leegstandschade aldus ten laste van de boedel gebracht. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 14 januari 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114) geoordeeld, dat art. 39 Fw 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 en dat het resultaat van deze belangenafweging niet kan 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. Het resultaat van de bedoelde belangenafweging kan naar het oordeel van het hof evenmin 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. Nu [eiseres] 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 [eiseres] ongerechtvaardigd is verrijkt. Vergoeding door [eiseres] 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. (rov. 3.3)

[eiseres] heeft op 11 juni 2011 aan de curator bericht dat zij de bankgarantie (subsidiar) heeft aangewend voor de achterstallige huur verschuldigd over de periode tot en met 8 oktober 2009, zijnde de datum waarop de curator het pand aan [eiseres] heeft opgeleverd, verzekeringspremies en een vordering ter zake van opleveringsschade. Niet valt in te zien waarom [eiseres] niet tot wijziging van de grondslag voor het invoeren van de bankgarantie mocht overgaan. (rov. 3.4)

Ter gelegenheid van het pleidooi heeft de curator erkend dat [eiseres] op basis van de subsidiaire grondslag gerechtigd was de volgende bedragen onder de bankgarantie te claimen:

– € 4969,57 (achterstallige huur over de periode van 1 tot en met 2 juni 2009);

– € 313.083,= (achterstallige huur over de periode 3 juni 2009 tot en met 8 oktober 2009);

– € 9896,24 (door [eiseres] voorgesloten verzekeringspremies);

Derhalve in totaal € 327.949,81. (rov. 3.5)

De curator heeft voorts erkend dat [eiseres] ook de opleveringsschade onder de bankgarantie mocht claimen, maar heeft de door [eiseres] gestelde omvang van deze schade betwist. (rov. 3.6)

3.2.4 Ten aanzien van de in het gehuurde aanwezige magazijnstellingen overwoog het hof als volgt. [eiseres] was contractueel gerechtigd de kosten van het verwijderen van de magazijnstellingen ten laste van Bouwgros te brengen. (rov. 3.9) Niet in geschil is dat de magazijnstellingen roerend waren en toebehoorden aan Bouwgros. [eiseres] heeft zich aanvankelijk verzet tegen de verkoop van de magazijnstellingen door de curator.

De brief van de curator van 21 maart 2011 (zie hiervoor in 3.1 onder (xi)) moet worden aangemerkt als een omzettingsverklaring in de zin van art. 6:87 BW. De schade wordt vastgesteld op de, in opdracht van de curator getaxeerde en door [eiseres] onvoldoende weersproken, liquidatiewaarde van € 85.000,=, nu van mogelijkheden tot onderhandse verkoop bij gelijkblijvende locatie of gebruik niet is gebleken. De kosten van het demonteren van de magazijnstellingen komen voor rekening van de curator gezien de verplichting van Bouwgros het gehuurde in goede staat op te leveren. De demontagekosten zijn al geclaimd onder de bankgarantie, reden waarom zij niet tevens in mindering behoeven te worden gebracht op de door [eiseres] aan de curator te vergoeden liquidatiewaarde van de magazijnstellingen. (rov. 3.11)

3.2.5 Het hof heeft in zijn rov. 3.12 vastgesteld dat [eiseres] in ieder geval onder de bankgarantie mocht claimen:

- € 4969,57 (achterstallige huur over de periode van 1 tot en met 2 juni 2009);
- € 313.083,= (achterstallige huur over de periode 3 juni 2009 tot en met 8 oktober 2009);
- € 9896,24 (door [eiseres] voorgesloten verzekeringspremies);
- € 96.718,44 (verwijderen onkruid en magazijnstellingen);
- € 79.905,= (renovatie dak).

Het hof heeft cassatieberoep tegen zijn tussenarrest opengesteld.

#### *4 Beoordeling van het middel in het principale beroep*

---

4.1 Het middel is gericht tegen de toepassing die het hof heeft gegeven aan art. 39 Fw. Bij de beoordeling wordt het volgende vooropgesteld. (Zie HR 24 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114 (Aukema/Uni-Invest), en HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 (Romania Beheer))

Volgens art. 39 lid 1 Fw kan, indien de gefailleerde huurder is, zowel de curator als de verhuurder de huur tussentijds door opzegging doen eindigen, op een termijn van in beginsel ten hoogste drie maanden. Volgens de laatste volzin van art. 39 lid 1 Fw is de huurprijs vanaf de dag der faillietverklaring boedelschuld.

Een opzegging op de voet van art. 39 Fw is een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst die jegens de faillissementsboedel geen recht doet ontstaan op schadevergoeding wegens gemis van de huur die verschuldigd zou zijn na de datum waartegen volgens dat artikel kan worden opgezegd, ook niet ingeval deze schadevergoeding contractueel is bedongen.

Art. 39 Fw berust blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis op een afweging van enerzijds het belang van de boedel bij voorkoming van het oplopen van schulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen, en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs. Het resultaat van deze afweging kan niet worden ontgaan door een andersluidend beding.

De 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

gefaillieerde. 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, is dan ook niet nietig jegens de gefaillieerde huurder zelf. Ingeval de huurovereenkomst wordt opgezegd op de voet van het artikel, heeft dit beding alleen geen effect jegens de boedel. De daaruit resulterende vordering 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.

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 gefaillieerde 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 ontleen jegens de verhuurder.

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.

#### *5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep*

---

5.1 Het middel in het incidentele beroep is in de onderdelen 1-3 gericht tegen de oordelen van het hof over de vorderingen waarvoor [eiseres] de bankgarantie subsidiair heeft ingeroepen. In verband met de mogelijkheid dat na verwijzing zou komen vast te staan dat het hiervoor in 4.2 genoemde uitgangspunt niet juist is, heeft [eiseres] belang bij de onderdelen 1-3. Daarover wordt als volgt overwogen.

5.2.1 Onderdeel 1 voert aan dat het hof in zijn rov. 3.4 (zie hiervoor in 3.2.3) ten onrechte is voorbijgegaan aan de essentiële stelling van de curator dat [eiseres] haar recht heeft prijsgegeven om de bankgarantie in te roepen voor de huurpenningen vanaf de datum faillietverklaring tot 16 september 2009 en voor opleveringsschade, nu zij bij brief van 28 augustus 2008 (zie hiervoor in 3.1 onder (x)) had verklaard de garantie niet voor deze schadeposten in te roepen.

5.2.2 Deze klacht slaagt. De curator heeft zich in feitelijke instanties erop beroepen dat [eiseres] jegens hem had verklaard dat zij de garantie uitdrukkelijk niet had ingeroepen voor de huurpenningen vanaf de datum faillietverklaring tot 16 september 2009 en voor opleveringsschade (memorie van grieven, nr. 35 e.v., conclusie van repliek, nr. 6 e.v. en pleitaantekeningen in eerste aanleg nr. 11). De curator heeft daarbij aangevoerd dat [eiseres] haar recht had prijsgegeven zich voor de bedoelde schadeposten op de bankgarantie te beroepen (pleitaantekeningen in eerste aanleg, nr. 11). Het hof had deze stelling niet zonder motivering mogen passeren.

5.3.1 De onderdelen 2-3 zijn gericht tegen de overwegingen van het hof in zijn rov. 3.5 en 3.6 (zie hiervoor in 3.2.3) dat de curator heeft erkend dat [eiseres] gerechtigd was achterstallige huur, verzekeringspremies en opleveringsschade onder de bankgarantie te claimen.



5.3.2 Deze klachten falen. De curator heeft erkend dat de bankgarantie op zichzelf ingeroepen had kunnen worden voor de schade waarvoor [eiseres] haar bij nadere beschouwing wilde invoeren. Hij heeft evenwel betoogd dat het [eiseres] niet vrijstond de grondslag voor het invoeren van de garantie te wijzigen (memorie van grieven, nr. 16 en pleitnota in hoger beroep, nr. 25). Het hof heeft de stellingen van de curator niet in een andere zin opgevat en in het bijzonder daarin geen ruimere erkenning gelezen.

5.4.1 Onderdeel 4 klaagt onder a primair over het samenstel van beslissingen van het hof dat [eiseres] enerzijds gerechtigd is onder de bankgarantie € 96.718,44 te claimen vanwege de kosten van het verwijderen van de magazijnstellingen en van onkruid (rov. 3.9, zie in 3.2.4 hiervoor) en dat de curator anderzijds voor de magazijnstellingen slechts de liquidatiewaarde van € 85.000,= als schadevergoeding kan vorderen (rov. 3.11, zie 3.2.4 hiervoor). Volgens het onderdeel is de liquidatiewaarde een prijs 'ex works', waarbij de demontagekosten voor rekening van de koper zouden komen.

5.4.2 Deze klacht faalt. Het hof heeft in rov. 3.9 overwogen dat [eiseres] op grond van de verplichting van Bouwgros om het verhuurde in goede staat op te leveren gerechtigd was de kosten van demontage van de stellingen ten laste van Bouwgros te brengen. Dat oordeel wordt als zodanig in cassatie niet bestreden. Het hof heeft voorts overwogen dat de stellingen in eigendom toebehoorden aan Bouwgros en dat de curator jegens [eiseres] aanspraak kan maken op vervangende schadevergoeding (rov. 3.11). Ook dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden. De klacht van het onderdeel komt dan ook in wezen erop neer dat het hof ervan had moeten uitgaan dat de koper van de stellingen aan de curator niet alleen de liquidatiewaarde van de stellingen zou hebben moeten betalen, maar ook de kosten van demontage, en dat het hof aldus de vervangende schadevergoeding te laag heeft vastgesteld. Uit de gedingstukken blijkt evenwel niet dat de curator een dergelijke wijze van schadeberekening heeft verdedigd. Ook het bij dagvaarding overgelegde taxatierapport, waarnaar de curator in cassatie verwijst, vermeldt slechts naar een liquidatiewaarde van € 85.000,= (excl. btw), zonder daarbij te verwijzen naar de demontagekosten.

5.4.3 Onderdeel 4 betoogt onder b subsidiair dat het hof ten onrechte de vergoeding voor het verwijderen van de stellingen en het onkruid inclusief btw heeft begroot. Deze klacht is gegrond. De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat de btw voor [eiseres] geen schadepost vormt. [eiseres] heeft erkend dat zij de btw over facturen kan verrekenen (conclusie van dupliek, nr. 6.7). De bedragen voor de demontage van de stellingen en het verwijderen van het onkruid zijn inclusief btw opgegeven (conclusie van antwoord, nr. 4.35; conclusie van dupliek, p. 12 ad 61). Het hof had deze schadeposten dan ook niet op de opgegeven bedragen (inclusief btw) mogen vaststellen.

5.5 Onderdeel 5 klaagt terecht dat het hof de door de curator gevorderde liquidatiewaarde van de stellingen exclusief btw (voor € 85.000,=) heeft toegewezen terwijl de curator aanspraak had gemaakt op vergoeding van dit bedrag inclusief btw (€ 101.150,=). Zonder nadere motivering is onbegrijpelijk waarom het hof de btw buiten de vergoeding heeft gelaten.

---

## 6 Beslissing

---

De Hoge Raad:

*in het principale beroep en in het incidentele beroep:*

vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 2 juni 2015;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

*in het principale beroep voorts:*

veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 6612,02 aan verschotten en € 2600,= voor salaris;

*in het incidentele beroep voorts:*

veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de curator begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

#### Noot

---

1. De voorliggende uitspraak is weinig verrassend en past in de lijn van eerdere beslissingen van de Hoge Raad over leegstandschade die via een huur- en contragarantie al dan niet ten laste van de boedel van de failliet kan worden gebracht. Wat is het geval? Verhuurders plegen van hun huurders waarborgen te bedingen voor het geval de huurder onverhoopt op enig moment niet meer aan zijn betalingsverplichtingen jegens de verhuurder kan voldoen. Deze waarborg kan bijvoorbeeld worden verleend in de vorm van een door een bank af te geven onafhankelijke bankgarantie (ook wel genoemd een abstracte bankgarantie). De garanderende bank zal, in ruil voor het afgeven van de bankgarantie aan de verhuurder, van de huurder verlangen dat deze zekerheid verleent in de vorm van een contragarantie ter securering van de vordering van de bank op de huurder als gevolg van toekomstige uitkeringen onder de bankgarantie. Bijvoorbeeld door het verlenen van een pandrecht op roerende zaken, een hypotheekrecht op registergoederen, of, zoals in de voorliggende zaak, door een bedrag in depot te geven dat door de garanderende bank kan worden verrekend zodra de bankgarantie door de verhuurder is getrokken.

2. In 2011 besliste de Hoge Raad dat een opzegging van een huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst is, die jegens de faillissementsboedel geen recht doet ontstaan op schadevergoeding wegens gemis van de huur die verschuldigd zou zijn na de datum waartegen volgens dat artikel kan worden opgezegd, ook niet ingeval deze schadevergoeding contractueel is bedongen. Zie HR 24 januari 2011, *NJ* 2011/114 (*Aukema/Uni-Invest*). In aansluiting daarop besliste de Hoge Raad in 2013 dat indien een derde de nakoming van de bedoelde vordering heeft gegarandeerd, het faillissement van de huurder en een opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw geen verandering brengen 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 het niet uit op welke wijze verhaal op de boedel wordt gezocht. Zie HR 15 november 2013, *NJ* 2014/68 (*Romania Beheer*).

3. Als gevolg van deze uitspraken hebben de meeste grote banken in Nederland de tekst van hun nieuw te verlenen bankgaranties als waarborg voor verplichtingen onder huurovereenkomsten aangepast. Bijvoorbeeld in die zin dat uitkeringen onder deze garanties worden verricht tot ten hoogste het bedrag dat onder de contragarantie kan worden verhaald. Daarmee voorkomt de garant dat zij wel aan de verhuurder moet betalen, maar geen verhaal kan nemen op de boedel van de failliete huurder.

4. In de voorliggende zaak was echter sprake van een bankgarantie ‘oude stijl’ en heeft de garanderende bank zich – niettegenstaande de hiervoor genoemde uitspraken van de Hoge Raad – voor aan de verhuurder uitgekeerde leegstandschade verhaald op de door de inmiddels failliete huurder verleende contragarantie. De curator heeft zich hier niet tegen verzet, hetgeen hij gelet op de hiervoor genoemde uitspraken met succes had kunnen doen. De curator richt zijn pijlen bij het Hof Amsterdam daarentegen met succes op de verhuurder. Zie Hof Amsterdam 2 juni 2015, «JOR» 2016/45. Het hof overweegt, onder verwijzing naar de arresten van de Hoge Raad inzake *Aukema/Uni-Invest* en *Romania Beheer*, dat de verhuurder ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel van de failliete huurder. De verhuurder zou een met het doel en de strekking van art. 39 Fw strijdige transactiebetaling hebben verkregen.

5. De Hoge Raad beslist in mijn ogen terecht anders. Gegeven het uitgangspunt dat de verhuurder gerechtigd was de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen, brengt de omstandigheid dat de bank als garant, nadat zij aan haar betalingsverplichting ter zake had voldaan, verhaal heeft genomen op de boedel van de failliete huurder en dat de curator zich hiertegen niet heeft verzet, niet mee dat de verhuurder ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel. De ontvangst van een betaling waarop de verhuurder (volgens genoemd uitgangspunt) in haar verhouding tot de bank als garant gerechtigd was,

werd immers niet ongerechtvaardigd doordat de bank als garant verhaal nam op de boedel en de curator dit niet verhinderde.

6. Deze uitspraak noopt er nogmaals toe zorgvuldig aandacht te besteden aan de redactie van huurgaranties. Men dient zich te realiseren dat door de verhuurder onder de bankgarantie getrokken bedragen als gevolg van leegstandschade niet altijd volledig door de garant op de failliete huurder kunnen worden verhaald. Het is de vraag of partijen zich hier voldoende van bewust zijn bij het aangaan van huurovereenkomsten en het in dat verband verlangen en afgeven van garanties. Ook in de uitwinningsfase is men hier – kennelijk – onvoldoende van doordrongen.

G.G. Boeve, VMBS Advocaten