

heeft grotendeels betrekking op de periode die ligt na de datum waartegen de curator heeft opgezegd. De huurder had de kwartaalhuur reeds vooruit betaald. De algemene huurovereenkomsten (ROZ 1996) bevatten een beding op grond waarvan de huurder alle schade als gevolg van het faillissement dient te vergoeden. Daarnaast bevat de bankgarantie zelf een vergelijkbaar beding. De bank keert de volledige bankgarantie uit en brengt dat bedrag op grond van een contragarantie ten laste van een rekening van de huurder. De curator ziet daardoor het boedelactief verminderen. De curator spreekt de verhuurder aan tot restitutie van het ontvangen bedrag. Het hof wijst die vordering af, waarbij het hof zich baseert op het schadevergoedingsbeding in de huurovereenkomst. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof. Hierbij overweegt de Hoge Raad dat opzegging op basis van art. 39 Fw leidt tot een regelmatige beëindiging van de huurovereenkomst.

Hoge Raad

mr. Mark AUKEMA, handelend in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Info Opleiders B.V., kantoorhoudende te Leiden,
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. R.A.A. Duk,
tegen
UNI-INVEST B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt.

(...)

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

(i) Krachtens een schriftelijke overeenkomst (hierna: de huurovereenkomst) heeft (de rechtsvoorgangster van) Uni-Invest met ingang van 1 mei 1998 voor een periode van twee jaar en acht maanden (met optieperiodes van telkens vijf jaren) een kantoorgebouw verhuurd aan Info Opleiders B.V. (hierna: Info). Na ommekomst van de eerste huurperiode is de huurovereenkomst voor vijf jaren verlengd tot en met 31 december 2006.

(ii) Art. 7.3 van de toepasselijke Algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte volgens het ROZ-model 1996 (hierna: AV) bepaalt dat de huurder is gehouden aan verhuurder te vergoeden alle schade, kosten en interesten als gevolg van (onder meer) de omstandigheid dat huurder in staat van faillissement wordt verklaard en als gevolg van tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst, ook in geval van faillissement en surseance van betaling; tot die schade worden in ieder geval gerekend de huurprijs, de kosten van wederverhuur alsmede alle kosten van maatregelen zowel in als buiten rechte door verhuurder getroffen.

(iii) Art. 8.1 AV bepaalt dat als waarborg voor de juiste nakoming van zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst de huurder bij ondertekening van de huurovereenkomst aan verhuurder zal afgeven een bankgarantie overeenkomstig een door verhuurder aangegeven model.

(iv) In opdracht van Info heeft ING Bank N.V. (hierna: de bank) bij akte van 14 augustus 2002 een bankgarantie ge-

6. Hoge Raad

14 januari 2011

NJ 2011, 114, JOR 2011, 101, LJN BO3534

cassatie van Hof 's-Gravenhage 7 april 2009 (*JOR 2009, 202, WR 2009, 64*)

Mr. M. Aukema, handelend in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Info Opleiders B.V. / Uni-Invest B.V.

Samenvatting

Een huurder van kantoorruimte (Info Opleiders) wordt in staat van faillissement verklaard. De curator zegt de huurovereenkomst op basis van art. 39 Fw op met inachtneming van een opzeggingstermijn van drie maanden. Namens de huurder is een bankgarantie gesteld ter hoogte van € 43.277,22. De verhuurder (Uni-Invest) roept deze garantie in. Het bedrag waarvoor de garantie wordt ingeroepen,

1. Rechtbank Rotterdam, sector kanton, locatie Middelhamnis, 23 november 2009, *WR 2010, 24*.
2. Femke Borst is advocaat/partner bij Six Advocaten.

steld ten behoeve van Uni-Invest (hierna: de bankgarantie), waarin de bank zich, kort gezegd, jegens de verhuurder onherroepelijk en onvoorwaardelijk garant stelt tot een maximum bedrag van € 43.277,22 voor de verplichtingen van de huurder uit de huurovereenkomst en voor de vergoeding van alle door verhuurder te lijden schade 'doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement, of aan de huurder verleende surséance van betaling, ingevolge de opzegging door de curator of door huurder en de bewindvoerder, tussentijds zal worden beëindigd.'

(v) Bij vonnis van 9 april 2003 heeft de rechtbank 's-Gravenhage Info in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. Aukema tot curator.

(vi) De curator heeft op de voet van art. 39 F. de huurovereenkomst opgezegd tegen de eerst mogelijke datum met inachtneming van een termijn van drie maanden.

Op aangeven van Uni-Invest eindigde de opzeggingstermijn op 8 juli 2003. Voor het faillissement zijn alle huurtermijnen tot en met 30 juni 2003 voldaan. Over de periode 1 t/m 8 juli 2003 bedroeg de huurachterstand € 6.328,54. De huurprijs per jaar bedroeg per 8 juli 2003 € 174.393,40 (exclusief BTW).

(vii) Bij brief van 24 november 2003 heeft Uni-Invest van de bank betaling gevorderd van het volledige bedrag onder de garantie. Uni-Invest baseert haar vordering op Info voor een bedrag van € 6.328,54 (inclusief BTW) op onbetaalde huurtermijnen over de periode van 1 t/m 8 juli 2003, voor € 5.831,- op mutatieschade, voor € 11.993,69 op afrekening servicekosten 2002, en voor een bedrag van ten minste € 625.000,- (exclusief BTW) op leegstandschade, bestaande in gedeelde huurpenningen over de resterende duur van de huurovereenkomst, in casu over de periode 8 juli 2003 t/m 31 december 2006.

(viii) Bij brief van 16 december 2003 heeft de bank aan de curator bericht dat zij het onder de bankgarantie geclaimde bedrag aan Uni-Invest heeft voldaan. Op grond van de contra-garantievoorwaarden heeft de bank vervolgens de rekening van Info belast voor het aan Uni-Invest uitgekeerde bedrag.

(...)

3.5.1 Bij de beoordeling van het onderdeel wordt het volgende vooropgesteld. Als algemeen 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 F. een bijzondere regeling in, waarop art. 39 F. 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 2.5 vermelde totstandkomingsgeschiedenis 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 F. beëindigd door opzegging. In een dergelijke wijze van beëindiging, waaraan voor de verhuurder in het kader van zojuist bedoelde afwe-

ging 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.

3.5.3 Het vorenoverwogene strookt met hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 12 januari 1990, nr. 13748, *LJN AC2325, NJ 1990/662*, betreffende het op een soortgelijke belangenafweging berustende art. 40 F. De Hoge Raad heeft daarvan niet willen afwijken in zijn arrest van 13 mei 2005, nr. C04/075, *LJN AT2650, NJ 2005/406*. In dat arrest is geoordeeld dat de - in geval van surseance van betaling geldende, op een vergelijkbare belangenafweging berustende - bepaling van art. 238 F. zich niet ertegen verzet dat in de huurovereenkomst een bepaling wordt opgenomen die, in aanvulling op de wettelijke regeling, ook aan de verhuurder een contractuele mogelijkheid biedt tot tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst in geval van surseance van betaling. Vervolgens heeft de Hoge Raad met betrekking tot de contractuele bepaling inzake schadevergoeding bij ontbinding onder meer overwogen dat de omstandigheid dat bij een beëindiging van de huur op de voet van art. 39 F. of 238 F. de verhuurder geen recht op schadevergoeding heeft, niet in de weg staat aan de geldigheid van een beding zoals toen aan de orde, dat een recht op schadevergoeding verbindt niet aan een beëindiging van de huur op grond van die artikelen, maar aan ontbinding van de huurovereenkomst ingevolge een beding in die overeenkomst dat daartoe de bevoegdheid verschaft onder meer in geval van surseance van betaling of faillissement van de huurder. Aldus is, wat schadevergoedingsbedingen betreft, onderscheid gemaakt tussen enerzijds de gevallen van opzegging op de voet van art. 39 waarin de wettelijke regeling een beding tot het vooraf bepalen van de schadevergoeding in geval van opzegging bij faillissement niet toelaat, en anderzijds gevallen waarin de wettelijke regeling (ook art. 39) zich niet verzet tegen een contractuele regeling betreffende de vergoeding van schade bij tussentijdse ontbinding. Bij dit laatste gaat het om gevallen waarin krachtens wettelijke of contractuele regels tussentijdse ontbinding van de huurovereenkomst mogelijk is (met dien verstande dat in geval van verhuur van, kort gezegd, gebouwde onroerende zaken veelal de tussenkost van de rechter is vereist, zie art. 7:231 lid 1 BW) en waarin de vordering op grond van het schadevergoedingsbeding overeenkomstig art. 37a voor verificatie in aanmerking komt.

3.5.4 Op grond van het vorenoverwogene moet worden geconcludeerd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat het schadevergoedingsbeding in dit geval effect sorteert.

3.5.5 Onderdeel 1 slaagt derhalve. De overige onderdelen behoeven geen behandeling meer.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 7 april 2009;

verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing; (...).

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein, F.B. Bakels en C.A. Streefkerk (...).

Commentaar

In het 'Baby XL' arrest³ oordeelde de Hoge Raad dat een beding in een huurovereenkomst dat de verhuurder recht geeft op ontbinding en schadevergoeding in geval van surseance van betaling of faillissement van de huurder niet in strijd komt met de Faillissementswet (art. 238 Fw resp. art. 39 Fw). In die zaak ging het om een huurovereenkomst met betrekking tot roerende zaken (computerapparatuur). Uit het onderhavige 'Info Opleiders' arrest⁴ volgt dat een dergelijke beding niet kan worden toegepast bij de verhuur van onroerende zaken aangezien een buitengerechtelijke ontbinding op grond van verzuim van de huurder dan niet mogelijk is (art. 7:231 BW).

De complicatie voor de verhuurder ontstaat doordat een opzegging op basis van art. 39 Fw of art. 238 Fw leidt tot een regelmatige beëindiging van de huurovereenkomst.⁵ Een garantie die (slechts) geldt voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst biedt derhalve geen dekking voor de gederfde huur na de datum waartegen op basis van art. 39 Fw of art. 238 Fw is opgezegd (de 'huurdervingschade'). Doordat sprake is van een rechtmatige opzegging zijn na de datum waartegen is opgezegd immers geen huurtermijnen meer verschuldigd. Het belang van 'Baby XL' was gelegen in het kunnen invoeren van een garantie. Daarin schuilt ook het belang van het onderhavige arrest. Of een verhuurder als gevolg van een schadevergoedingsbeding een concurrente vordering op de boedel verkrijgt, is in de praktijk nauwelijks van belang. De boedel bevat daarvoor in de regel toch onvoldoende actief.

In een bespreking van onder meer het 'Baby XL' arrest in dit tijdschrift⁶ werd al de vraag gesteld of de uitkomst bij de verhuur van onroerende zaken dezelfde zou zijn. Bij de verhuur van gebouwde onroerende zaken staat art. 7:231 BW immers aan een buitengerechtelijke ontbinding in de weg. In ander commentaar werd verwacht dat dit niet tot een ander oordeel zou leiden.⁷ Uit het onderhavige arrest blijkt dat dit wel degelijk verschil uitmaakt.

De Hoge Raad maakt in 'Info opleiders' een scherp onderscheid tussen enerzijds de ontbinding van een huurovereenkomst en anderzijds de opzegging daarvan. De Hoge Raad overweegt dat in 'Baby XL' de contractuele schadevergoedingsregeling opeisbaar raakte door de buitengerechtelijke ontbinding. Daardoor achtte de Hoge Raad deze contractuele regeling geldig. Bij opzegging ligt dat echter anders.

Een huurovereenkomst met betrekking tot roerende zaken kan buitengerechtelijk worden ontbonden. Indien een huurovereenkomst als gevolg van die buitengerechtelijke ontbinding eindigt, kan de verhuurder aldus een beroep doen op een contractuele schadevergoedingsregeling. Dit leidt bij het faillissement van een huurder van roerende zaken tot een dilemma voor de verhuurder die een contractuele schadevergoedingsregeling heeft bedongen. Indien hij snel buitengerechtelijk ontbindt, kan hij aanspraak maken op de

contractuele schadevergoedingsregeling, maar heeft hij geen boedelvordering. Zegt hij daarentegen op basis van art. 39 Fw op of wacht hij de opzegging door de curator af, dan kan hij geen aanspraak maken op de contractuele schadevergoedingsregeling maar heeft hij wel een boedelvordering (ter hoogte van, afhankelijk van het moment van de opzegging, ca. drie maanden huur). Bij deze afweging is uiteraard met name van belang of de verhuurder een beroep op een garantie kan doen.

Een huurovereenkomst met betrekking tot een gebouwde onroerende zaak kan echter niet buitengerechtelijk door de verhuurder worden ontbonden op grond van verzuim van de huurder. Bij een dergelijke huurovereenkomst kan, zo volgt uit 'Info opleiders', dan ook geen beroep worden gedaan op de leer van 'Baby XL'.

Een in de huurovereenkomst opgenomen schadevergoedingsregeling die verband houdt met een beëindiging als gevolg van opzegging op basis van art. 39 Fw c.q. art. 238 Fw acht de Hoge Raad ongeldig. Onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van art. 39 Fw overweegt de Hoge Raad dat art. 39 Fw het resultaat is van een belangenafweging tussen de boedel en de verhuurder. Ten aanzien daarvan overweegt de Hoge Raad (r.o. 3.5.2. laatste zin):

"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."

Of het argument van de totstandkomingsgeschiedenis nu zo overtuigend is, is overigens de vraag.⁸ Het doet ook wat inconsequent aan dat een dergelijke 'doorbreking', die de Hoge Raad wenst te voorkomen, via de weg van een buitengerechtelijke ontbinding wel is toegelaten. Daarnaast is het onderscheid tussen ontbinding en opzegging bij de verhuur van 7:230a-ruimte wel erg klein. Een dergelijke huurovereenkomst eindigt immers door een rechtmatige opzegging door de verhuurder (zij het dat dan sprake is van ontruimingsbescherming).

3. HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406 met noot van P. van Schilf-gaarde, *LJN* AT2650.
4. Onder meer gepubliceerd in *JOR* 2011, 101 met noot van J.J. van Hees en *NJ* 2011, 114 met noot van P. van Schilf-gaarde.
5. HR 28 november 1929, *NJ* 1930, 668 'Simons/Sluizer', zie voorts r.o. 3.5.1 van het onderhavige arrest.
6. J.H. Meerburg, 'Baby XL and beyond, paritas creditorum versus partij-autonomie', *TvHB* 2010, 4.
7. E.L.A. van Emden in *JOR* 2009, 202 naar aanleiding van het arrest van het gerechtshof en M.A.J.G. Janssen en M.J.W. Schollen in *Journaal IF&Z* 2005, 221 naar aanleiding van HR 'Baby XL'.
8. Van Hees, zie noot 2, meent dat het te ver gaat om aan te nemen dat de wetgever heeft beoogd om verdergaande (contractuele) aanspraken jegens de boedel te ontzeggen.
9. I.W. Wong, 'Huurrechtelijke aspecten van de nieuwe insolventiewet' *TvHB* 2008, 4, p. 141-144 en S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *De Geschiedenis van de Faillissementswet, voorontwerp insolventiewet*, serie Onderneming en Recht deel 2-IV, Deventer: Kluwer 2007, p. 245-249.

Indien het voorontwerp van de nieuwe Faillissementswet wordt ingevoerd, kan de verhuurder in geval van faillissement nu juist wel ontbinden⁹ en verandert de situatie. Na het arrest 'Baby XL' werden met regelmaat boetes in huurovereenkomsten aangaande gebouwde onroerende zaken opgenomen die in werking traden bij een huurbeëindiging in verband met faillissement of surseance. Als gevolg van deze uitspraak is dat niet langer zinvol. De partijautonomie moet hier wijken voor de door de wetgever gemaakte afweging tussen de belangen van de boedel en die van de verhuurder.

Echter: het echte belang van 'Baby XL' en het onderhavige arrest zit hem, zoals al opgemerkt, in de vraag of een verstrekte bankgarantie of concerngarantie kan worden ingeroepen voor huurderingschade. Een schadevergoedingsbeding in de huurovereenkomst is hiervoor dus niet de juiste weg. In de praktijk wordt met regelmaat, buiten de huurovereenkomst om, in een door een derde verleende garantie een beding opgenomen dat ertoe strekt dat die derde een bedrag betaalt dat betrekking heeft op de huurderingschade die ontstaat door de opzegging op basis van art. 39 Fw of art. 238 Fw. Ook in de onderhavige zaak was een dergelijk beding in de bankgarantie opgenomen (r.o. 3.1 onder iv). De Hoge Raad heeft zich in dit arrest over de belangrijke vraag van de geldigheid hiervan helaas niet uitgelaten.¹⁰

Van Hees¹¹ stelt zich de vraag of de gelijkheid van schuldeisers kan worden doorbroken doordat een zekerheid wordt verstrekt. Hij geeft als argument voor de mogelijkheid een dergelijke zekerheid te verstrekken dat de wet geen beperkingen kent. Hij geeft als argument voor het tegenovergestelde standpunt het gegeven dat de wetgever bij de totstandkoming van de Faillissementswet geen rekening met zekerheidsverstrekking heeft gehouden en ervan lijkt te zijn uitgegaan dat voor schadevergoedingsverplichtingen slechts als concurrent schuldeiser kan worden opgekomen.

Mijns inziens moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de garantie, voor zover deze toeziet op het vergoeden van huurderingschade, het boedelactief raakt en de situatie dat dit niet het geval is. Dat een garantie dekking kan verlenen tot de datum waartegen op basis van 39 Fw of 238 Fw is opgezegd, staat niet ter discussie aangezien dit het wettelijk systeem, waaronder voormelde belangenafweging, niet doorbreekt.

Een overeenkomst met een derde die ertoe strekt dat die derde een bepaalde prestatie verricht in geval van de beëindiging van een huurovereenkomst als gevolg van het faillissement (of de surseance) van de huurder is in principe gewoon geldig. Dat die derde meer voldoet dan waartoe de gefailleerde gehouden is, nu de huurovereenkomst is geëindigd, maakt zo'n garantie nog niet ongeldig en kan als een zelfstandige verplichting van die derde overeen worden gekomen. Zolang het boedelactief hierdoor niet wordt aangetast, geldt hiervoor onverkort de contractsvrijheid. Een moeder-vennootschap kan bijvoorbeeld contractueel verplicht worden om een bedrag te voldoen ter hoogte van de huur die zonder de opzegging op basis van art. 39 Fw of art. 238 Fw verschuldigd zou zijn, gedurende de periode dat de huurovereenkomst nog ten minste zou voortduren, al dan niet onder aftrek van de door de verhuurder van een derde gedurende die periode te ontvangen huur.

Hierbij past echter één belangrijke kanttekening. De vraag rijst of een dergelijk beding met een derde door de curator kan worden aangetast indien door deze verstrekte zeker-

heid het boedelactief (direct of indirect) wordt aangetast. In het onderhavige arrest was sprake van een bankgarantie die weliswaar een zelfstandige verplichting van de bank inhield maar welke verplichting via de omweg van een contragarantie leidde tot de vermindering van het boedelactief.

In r.o. 3.5.2 overweegt de Hoge Raad dat hij van oordeel is dat het resultaat van de afweging van de belangen tussen de boedel en de verhuurder niet kan worden doorbroken. Hierbij heeft de Hoge Raad het beding in de huurovereenkomst op het oog. Mede nu de Hoge Raad hier erg stellig is, ben ik van oordeel dat ook een indirecte doorbreking, als gevolg waarvan het boedelactief wordt verminderd, door de curator kan worden aangetast.

De curator kan in een dergelijke situatie mijns inziens het door de verhuurder ontvangen bedrag terugvorderen met inachtneming van twee maxima: deze terugvordering kan plaatsvinden tot ten hoogste het bedrag waarmee het boedelactief is verminderd en tot ten hoogste de uitgekeerde huurderingschade.

Wellicht kan de curator er ook voor kiezen om de bank die een beroep op de contragarantie doet, aan te spreken, eveneens tot voormelde maxima.¹² De grondslag voor deze aanspraak (c.q. aanspraken) van de curator is dat sprake is van een ontoelaatbare doorkruising van de belangenafweging die heeft geleid tot art. 39 Fw respectievelijk art. 238 Fw. In de 'Info-opleiders' zaak is dat het bedrag waarmee de bank onder het bereik van de contragarantie de rekening van de huurder heeft belast met het bedrag dat toeziet op de huurderingschade.¹³

Bij een concerngarantie zal een dergelijke vermindering van het boedelactief zich in de praktijk vermoedelijk niet snel voordoen aangezien een concerngarantie, anders dan een bankgarantie, aanzienlijk minder vaak is gekoppeld aan een contragarantie. Denkbaar is echter dat de partij die de concerngarantie heeft verstrekt, zich beroept op verrekening met een vordering die de gefailleerde huurder op haar heeft. In een dergelijke situatie is ook een concerngarantie mijns inziens niet veilig.

Om dit te voorkomen, kan gedacht worden aan het in de garantie opnemen van een verbod op verrekening, door de garantsteller, met aanspraken van de garantsteller op de huurder. Dit voorkomt dat het boedelactief wordt aangetast. Of garantstellers (met name: banken) hiertoe bereid zullen zijn, is natuurlijk de vraag. Dit doorkruist ook de bancaire prak-

10. Van Schilfgaarde, zie noot 2, wijst erop (onder punt 4 van zijn noot) dat dit komt door de inrichting van de eerste rechtsklacht.

11. Zie noot 4.

12. Verdaas, in zijn noot bij Gerechtshof 's-Gravenhage 30 maart 2007, *JOR* 2007, 133, meent van niet, maar toen was het onderhavige 'Info Opleiders' arrest nog niet geweest. Verder lijkt de mogelijkheid te bestaan dat de bank zich jegens de verhuurder ten aanzien van de uitkering van de huurderingschade die leidt tot een vermindering van het boedelactief op een opschortingrecht beroept totdat komt vast te staan dat de bank niet door de curator kan worden aangesproken.

13. Indien de opgave van Uni-Invest correct is, zie r.o. 3.1 onder vii, zou het om een bedrag ter hoogte van € 19.123,99 gaan.

14. D. van Dijk en R. van de Klift bepleiten dit in het *Financieele Dagblad* van 24 maart 2011.

tijk van de contragaranties. Het door de huurder vooruit laten betalen van de huur¹⁴ (en eventueel door een derde laten bewaren), zodat de curator niet eerder kan opzeggen dan tegen het einde van de vooruitbetaalde periode, zou een oplossing kunnen bieden.¹⁵ Echter: een verhuurder zal dit 'depot' bij een reguliere huurbeëindiging (buiten faillissement of surseance) willen kunnen gebruiken voor mogelijke opleveringsschade. Een verhuurder zal vanuit die optiek verlangen dat de 'vooruitbetaalde huur' pas na de oplevering in goede staat (en zonder huurachterstanden) wordt gerestitueerd. Indien dit contractueel wordt geregeld, bestaat een niet onaanzienlijk risico dat die 'vooruitbetaling' toch als een gewone waarborgsom moet worden aangemerkt. Daarnaast biedt vooruitbetaling van de huur geen alternatief voor een ongelimiteerde concerngarantie.

Verhuurders zullen waarschijnlijk vaker dan voorheen trachten om een garantsteller (in de regel: de moedervernootschap) als huurder of medehuurder in de huurovereenkomst op te nemen of trachten een door de verhuurder inroepbaar huurintredingsrecht, bijvoorbeeld met een concernvernootschap, te bedingen.

Deze uitspraak zal ongetwijfeld nog een vervolg krijgen. Hopelijk wordt dan duidelijkheid verkregen over de vragen die rijzen in verband met bankgaranties en concerngaranties die mede dekking bieden voor huurderingschade.

E.H.H. Schelhaas¹⁶

-
15. Zie R.D. Vriesendorp in *Ars Aequi* 2005, nr. 54, p. 944 die reeds suggereert de uitkering aan te merken als 'vooruitbetaalde huurpenningen' in de zin van art. 39 lid 1, derde zin Fw. Zie hiervoor ook Gerechtshof 's-Gravenhage 30 maart 2007, *LJN* BA1987, *JOR* 2007, 133, waar het gerechtshof onder r.o. 3.4 overweegt dat een restrictie op de inroeping van bankgaranties zal leiden tot huurvooruitbetalingsbedingen. Zie voor de behandeling in eerste aanleg van deze zaak *TvHB* 2005, 1, p. 30-33 met noot van D. van Dijk.
 16. Egbert Schelhaas is werkzaam als advocaat bij BANNING N.V. te 's-Hertogenbosch.