UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Romania en bankgarantie: een herlezing van de arresten Romania, Aukema en TEP

Jonkers, A.L.

DOI
10.5553/MvV/157457672014012010003

Publication date
2014

Published in
Maandblad voor Vermogensrecht

Link to publication

Citation for published version (APA):
Jonkers, A. L. (2014). Romania en bankgarantie: een herlezing van de arresten Romania, Aukema en TEP. *Maandblad voor Vermogensrecht*, *24*(10), 278-283. https://doi.org/10.5553/MvV/157457672014012010003

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:13 Nov 2026

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor Universiteit van Amsterdam

Romania en bankgarantie

Een herlezing van de arresten Romania, Aukema en TEP

*A.L. Jonkers LLM**

1 Inleiding

De verhuurder heeft in het faillissement van zijn huurder bij een opzegging van de huurovereenkomst op grond van art. 39 van de Faillissementswet (Fw) jegens de boedel geen recht op schadevergoeding voor leegstandsschade, ook niet als dit contractueel bedongen is, zo volgt uit het op 14 januari 2011 gewezen arrest Aukema q.q./Uni-Invest.[1] Als de verhuurder niet in staat is de zaak na een dergelijke opzegging opnieuw te verhuren aan een ander, blijft hij dus met een mogelijk aanzienlijke schadepost zitten. Verhuurders stellen mede daarom vaak als voorwaarde voor het aangaan van de huurovereenkomst dat een derde, zoals een aandeelhouder van de huurder of een bank, zich garant stelt voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst.

Kan de schade die de verhuurder heeft geleden als gevolg van voortijdige beëindiging van de huurovereenkomst wél op een dergelijke garant verhaald worden? In het op 15 november 2013 gewezen arrest Nieuwburen/Romania oordeelt de Hoge Raad kort gezegd dat dit inderdaad kan. Die garant kan op zijn beurt echter geen regresvordering jegens de boedel geldend maken en blijft dus met de rekening zitten.[2] In de arresten Aukema en TEP/Silvius-Steen[3] impliceert de Hoge Raad daarentegen dat de curator het bedrag aan schadevergoeding dat de verhuurder onder een bankgarantie ontving en via de bank ten laste van de boedel was gekomen, van de verhuurder kan terughalen. Daar blijft de verhuurder dus, hoewel hij een bankgarantie had bedongen voor de verplichtingen van de huurder uit de huurovereenkomst, met de rekening zitten. Of dit inderdaad uit deze arresten volgt, is niet helemaal zeker omdat de Hoge Raad niet concreet ingaat op de vraag of de curator in een dergelijk geval daadwerkelijk een vordering op de verhuurder heeft.[4]

De tot nu toe verschenen commentaren lijken er bij de interpretatie van Romania, veelal voorzichtig, van uit te gaan dat uit Romania volgt dat ook in Aukema en TEP de curator geen vordering op de verhuurder geldend kon maken.[5] Deze waarneming lijkt mij terecht. De desbetreffende auteurs maken daarbij (evenals de Hoge Raad) geen onderscheid tussen de bankgarantie en een aandeelhoudersgarantie. Ik denk dat dit onderscheid wel gemaakt moet worden. Naar mijn oordeel kan een verhuurder wel een aandeelhouder die een borgtocht (of daarmee in dit verband gelijk te stellen instrument)[6] heeft afgegeven tot schadevergoeding aanspreken, maar zal hij zichzelf ongerechtvaardigd verrijken wanneer hij een bank onder een bankgarantie aanspreekt tot betaling. In het hiernavolgende ga ik eerst in op de problematiek rond schadevergoeding voor leegstandsschade bij het beëindigen van een huurcontract in het faillissement van de huurder. Daarna ga ik in op het aan te brengen verschil tussen de bankgarantie en de aandeelhoudersgarantie in het kader van deze problematiek.

2 De problematiek rond schadevergoeding voor leegstandsschade bij het beëindigen van een huurcontract in het faillissement van de huurder

Als uitgangspunt van het Nederlands faillissementsrecht wordt, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Fw, vaak genoemd dat het faillissement geen gevolg heeft voor lopende overeenkomsten. Dit beginsel kent vele uitzonderin-

* A.L. Jonkers LLM is promovendus bij het Centre for the Study of European Contract Law van de Universiteit van Amsterdam. Veel dank ben ik verschuldigd aan mr. D.G.J. Heems, advocaat bij Houthoff Buruma, die mij op het idee bracht te schrijven over het veronachtzaamde onderscheid tussen abstracte bankgaranties en aandeelhoudersgaranties in het kader van Romania. Tevens ben ik dank verschuldigd aan dr. R.J. de Weijs, prof. A.F. Salomons en prof. J.J. van Hees voor commentaar op een eerdere versie.

1. HR 14 januari 2011, NJ 2011/114 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2011/101 m.nt. J.J. van Hees (Aukema q.q./Uni-Invest), hierna: Aukema.
2. HR 15 november 2013, NJ 2014/68 m.nt. P. van Schilfgaarde, Ondernemingsrecht 2014/30 m.nt. Van Galen, TvI 2014/12 m.nt. Spinath, JOR 2014/27 m.nt. J.J. van Hees (bij JOR 2014/28), JIN 2014/14 m.nt. Krieckaert (Nieuwburen/Romania), hierna: Romania.
3. HR 22 november 2013, NJ 2014/69 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2014/28 m.nt. J.J. van Hees (TEP/Silvius-Steen), hierna: TEP.
4. Zie daarover verder par. 3.
5. Zie bijv. noot Van Hees bij Romania en TEP (zie noot 2 en 3). In gelijke zin oordelen Spinath en Buchem en Veldman, en zo ook, hoewel veel minder expliciet, Van Schilfgaarde en Van Galen: noot Spinath bij Romania (zie noot 2), F. van Buchem & R.A. Veldman, Schadevorderingen en garanties na einde huur door faillissement, Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk 2014, afl. 2, p. 71-73, noot Van Schilfgaarde bij TEP (zie noot 3), noot Van Galen bij Romania (zie noot 2) en R. Rosbeek, Bankgaranties voor leegstandschade: bankier let op uw zaak!, TvI 2014, afl. 3, p. 90-92.
6. Ik spreek met opzet in wat abstracte zin van een 'daarmee in dit verband gelijk te stellen instrument', nu er bij de kantonrechter en het Hof Amsterdam enige discussie was over de vraag hoe de garantie in Romania gekwalificeerd diende te worden. De kantonrechter sprak van een abstracte garantie, het hof oordeelde dat daar geen sprake van was nu Romania zich 'slechts garant [heeft] gesteld voor de verplichtingen die voor de huurders jegens Nieuwburen voortvloeien uit de huurovereenkomst'.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor Universiteit van Amsterdam

gen, waarvan enkele reeds uit de Fw voortvloeien. Zo bepaalt art. 39 Fw dat de curator in het faillissement van de huurder de mogelijkheid heeft een huurovereenkomst te beëindigen, waarbij een opzegtermijn van drie maanden in elk geval voldoende is.[7] Daar staat tegenover dat de vordering van de verhuurder voor de huurtermijnen na datum faillietverklaring een boedelvordering is. Tot enkele jaren geleden stond de vraag open hoe in het kader van art. 39 Fw moet worden omgegaan met afwijkende of aanvullende contractuele afspraken tussen huurder en verhuurder. In de huurovereenkomst wordt bijvoorbeeld vaak afgesproken dat de verhuurder bij het beëindigen van de huur recht heeft op schadevergoeding ter grootte van het bedrag aan resterende huurtermijnen tot de in het contract overeengekomen einddatum van de huur. Heeft de verhuurder dan, naast een boedelvordering op grond van art. 39 Fw voor de huurtermijnen na datum faillietverklaring tot aan het einde van de opzegtermijn, een concurrente, verifieerbare vordering op grond van een dergelijk beding, of is dit in strijd met (de gedachte achter) art. 39 Fw?

De Hoge Raad beslechtte deze kwestie in Aukema. Hij overweegt in dat arrest dat de opzegging door de curator op grond van art. 39 Fw een regelmatige opzegging is die niet tot schadevergoeding verplicht. Naar het oordeel van de Hoge Raad doorkruist een beding dat de verhuurder wel recht op dergelijke schadevergoeding geeft, de belangenafweging die aan art. 39 Fw ten grondslag ligt. Die belangenafweging leidt de Hoge Raad af uit de wetsgeschiedenis en houdt kort gezegd in dat het voordeel voor de curator is dat hij de mogelijkheid krijgt een overeenkomst die wellicht een veel langere looptijd had op te zeggen, terwijl de verhuurder de huurprijs vanaf de faillietverklaring gepromoveerd ziet tot boedelschuld.[8] Als de verhuurder daarnaast een (mogelijk aanzienlijke) schadepost heeft door bijvoorbeeld leegstandsschade, kan hij die vordering niet ter verificatie indienen.

De verhuurder zal zich veelal willen indekken tegen het blootstaan aan het risico dat hij met een niet-verifieerbare vordering tot schadevergoeding blijft zitten. In Romania komt de vraag aan de orde of de verhuurder een beding dat recht geeft op schadevergoeding wél tegen een *derde*, die zich voor de leegstandsschade garant heeft gesteld, kan inroepen. Ja, oordeelt de Hoge Raad: de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging ziet niet op het belang van de failliete huurder zelf en ook niet op het belang van derden die garant staan. Daarom kan de verhuurder gewoon aanspraak maken op de bedongen schadevergoeding jegens de huurder zelf of jegens een garant. Het beding is dus geldig, maar kan niet tegen de boedel geldend worden gemaakt. In Romania overweegt de Hoge Raad tevens bij *obiter dictum* dat een garant die aangesproken is op grond van dit beding geen regres mag nemen jegens de boedel.[9]

In Romania stond de aandeelhouder van de huurder garant voor de verplichtingen van de huurder. In Aukema en het vlak na Romania gewezen arrest TEP was daarentegen sprake van een bankgarantie. Deze arresten zijn gewezen tussen de verhuurder en de curator(en) in het faillissement van de huurder. De curator was in beide gevallen van mening dat de verhuurder op grond van een contractueel beding in de huurovereenkomst geen recht op de schadevergoeding toekwam wegens strijd van het beding met art. 39 Fw, terwijl de verhuurder die schadevergoeding wel had verkregen via een bankgarantie. De bank had op haar beurt de rekening van de failliete huurder gedebiteerd. In beide gevallen oordeelt de Hoge Raad dat het beding in de verhouding verhuurder-boedel in strijd is met art. 39 Fw. Daarnaast sanctioneert de Hoge Raad impliciet dat de curator het door de verhuurder te veel ontvangene van deze laatste kan terugvorderen. In Aukema blijft de grondslag van die vordering nog wat onduidelijk, in TEP wordt expliciet gesproken van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 van het Burgerlijk Wetboek, BW). Het probleem bij de interpretatie van beide arresten is dat de Hoge Raad niet concreet op de hier besproken kwestie ingaat. In TEP waren de cassatieklachten niet rechtstreeks gericht tegen het oordeel van het hof, dat de verhuurder ongerechtvaardigd verrijkt was door het trekken onder de bankgarantie. Van een expliciet oordeel van de Hoge Raad op dit punt is derhalve geen sprake. In Aukema ligt het iets ingewikkelder. De cassatieklachten gaven daar wel aanleiding in te gaan op de hier besproken kwestie. Uit het feit dat de Hoge Raad niet op de kwestie ingaat, zou mijns inziens kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad niet gemeend heeft dat de curator in dat geval helemaal geen vordering op de verhuurder had.[10] Dat er ruimte is voor een andere interpretatie zal ik echter niet ontkennen.

Uit Romania kan worden afgeleid dat de bank in Aukema en TEP haar contractuele vordering jegens de boedel geldend kon maken. Na Aukema lag de vraag nog open of de verhuurder in verhouding tot de bank wel onder de bankgarantie had mogen claimen. Betoogd werd wel in de literatuur dat dit inderdaad zo is, gezien het onafhankelijke karakter, maar eenstemmig-

7. Ook geeft art. 39 Fw de verhuurder de mogelijkheid te beëindigen, maar dat doet hier verder niet ter zake.
8. Het belang van deze afweging in hedendaagse omstandigheden is in de literatuur in twijfel getrokken, zie T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder, TvI 2011/17; zie ook Van Hees in: Verslag van de conferentie 'Een "gezekerde" huurovereenkomst: zekerheden vanuit een huurrechtelijk perspectief', TvHB 2012, p. 202. Voorlopig lijkt de Hoge Raad daar niet in mee te gaan. Wel moet worden toegegeven dat de Hoge Raad, specifiek in Romania, de invloed van de bedoelde belangenafweging steeds verder lijkt terug te dringen. Daarbij past een restrictieve uitleg van Romania.
9. Zie ook noot Van Schilfgaarde bij Romania (zie noot 2). Deze overweging van de Hoge Raad is een *obiter dictum*, nu van regres op de boedel, voor zover uit het arrest blijkt, geen sprake was en ook niet ter zake doet tussen de partijen bij het geschil, zijnde de verhuurder en de garant.
10. Zie in gelijke zin Van Zanten & Verstijlen 2011, par. 6.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor Universiteit van Amsterdam

heid was er niet.[11] Het antwoord op die vraag is sinds Romania echter niet meer van belang, althans niet voor de hier besproken problematiek. Het beding kan naar het oordeel van de Hoge Raad immers wel jegens de failliete huurder zelf of derden worden ingeroepen. Het stelsel is, in de casus die voorlag in Aukema en TEP, daarmee dat de verhuurder ongerechtvaardigd verrijkt is *jegens de boedel* door het trekken onder de garantie, terwijl de verhuurder *jegens de bank* in zijn recht stond onder de garantie te trekken.[12] Daaruit moet volgen dat de bank in haar recht stond het aan de verhuurder betaalde ten laste van de boedel te brengen via de contragarantie. Zou anders worden geoordeeld, dan is immers niet de boedel maar de bank verarmd door de transactie, nu de boedel in dat geval gecompenseerd zou zijn met een vordering op de bank. De boedel kan immers niet zowel een vordering op de bank hebben als een vordering op de verhuurder op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

Het op het eerste gezicht wat opmerkelijke beeld dat ontstaat uit de arresten is dat in Aukema en TEP de verhuurder door de curator kon worden aangesproken tot terugbetaling van het via de bankgarantie ontvangene, terwijl in Romania de verhuurder zijn geld krijgt en mag houden, terwijl de garant uiteindelijk met een regresvordering blijft zitten die niet ter verificatie kan worden ingediend. Hoe is dit verschil in uitkomst te verklaren? De meeste tot nu toe verschenen commentaren lijken ervan uit te gaan dat uit Romania kan worden afgeleid dat de curatoren in Aukema en TEP bij nader inzien geen vordering op de verhuurder hadden en de verhuurder dus ook in het geval van een bankgarantie zijn geld mag houden, zie bijvoorbeeld Van Hees:

> 'Deze gedachte stelt overigens de concrete uitkomst van zowel het arrest Aukema q.q./Uni-Invest als het TEP-arrest in een ander daglicht. (...) Op grond van het Romania-arrest kan vastgesteld worden dat de bank haar regres jegens de boedel niet had mogen uitoefenen en dat de verhuurders terecht onder de bankgarantie hebben getrokken. Met een vordering van de boedel jegens de verhuurders in beide zaken op één van de aangevoerde grondslagen laat deze conclusie zich slecht rijmen.'[13]

Deze uitleg van Romania, inhoudende dat het *obiter dictum* dat een garant die aangesproken is geen regres mag nemen op de boedel, van overeenkomstige toepassing is op de bank met bankgarantie, lijkt inderdaad uit Romania te volgen.[14] Echter, naast het feit dat deze uitleg moeilijk verenigbaar is met de concrete uitkomst in Aukema en TEP, oordeel ik deze uitleg onwenselijk. Ik betoog in het hiernavolgende een restrictieve uitleg van Romania, waarin de in dat arrest gegeven rechtsregel slechts van toepassing is ten aanzien van aandeelhoudersgaranties. Bankgaranties zouden mijns inziens moeten worden behandeld zoals de Hoge Raad in Aukema en TEP lijkt te doen. Het meest aansprekende argument daarvoor is dat de bankgarantie doorgaans een geheel andere economische functie dient dan de aandeelhoudersgarantie.

3 Het economische verschil tussen de bankgarantie en de aandeelhoudersgarantie

De functie van de bankgarantie is zekerheid te bieden voor de verbintenis van de huurder jegens de verhuurder. Die zekerheid bestaat uit het mogen trekken onder de bankgarantie als aan de voorwaarden daarvan is voldaan. Daarmee kwalificeert de garantie als een onafhankelijke (of: 'abstracte') garantie. Of degene die onder de garantie trekt ook werkelijk recht heeft op het ontvangene is een andere vraag dan die of hij betaling van de bank kan vorderen.[15] Belangrijk is te onderkennen dat de bankgarantie, in tegenstelling tot de aandeelhoudersgarantie, zelden op zich staat. De bank zal afspraken hebben gemaakt met de huurder, vaak aangeduid als een contragarantie. Dit is simpel gezegd een contractuele afspraak tussen bank en huurder inhoudende dat de bank verhaal heeft op de huurder in het geval de verhuurder, overeenkomstig de voorwaarden van de bankgarantie, de bankgarantie aanspreekt. Dit verhaal wordt vrijwel altijd zeker gesteld door de verhuurder reeds een bedrag op een rekening bij de bank te laten parkeren, of door anderszins zekerheid te bedingen.[16] Deze afspraken worden gemaakt om de bank zeker te stellen van een recht op vergoeding van al hetgeen zij onder de garantie voldoet. Immers, als de garantie haar verplicht onafhankelijk van de onderliggende verbintenis (tussen verhuurder en huurder) te betalen, is de kans aanwezig dat zij betaalt terwijl de huurder jegens de verhuurder niet gehouden kon worden te betalen. De huurder zal dit verweer vervolgens ook tegen de bank in kunnen roepen, indien de bank een wettelijk regresrecht inroept (art. 6:11 lid 1 BW).

Met deze constructie wordt doorgaans beoogd risico te verplaatsen van de verhuurder naar de huurder, niet zozeer van de verhuurder naar de bank. Deze risicoverplaatsing kan wel worden vergeleken met vooruitbetaling door de huurder aan de verhuurder, maar dan onder de voorwaarden zoals gesteld

11. Zie Verslag van de conferentie 'Een "gezekerde" huurovereenkomst: zekerheden vanuit een huurrechtelijk perspectief', TvHB 2012, p. 199 e.v., waarin o.a. Schimmelpenninck en Visser betogen dat de bank wel gewoon aangesproken kan worden, terwijl Van Hees daar enige bedenkingen bij heeft, onder verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad waaruit zou blijken dat de bank haar ogen niet geheel mag sluiten voor de achterliggende claim.
12. Zie anders Van Schilfgaarde in zijn noot bij TEP (zie noot 3).
13. Noot Van Hees bij Romania en TEP (zie noot 2 en 3).
14. Zie in gelijke zin Rosbeek 2014 en I. Spinath, Romania Beheer (nog een keer) beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder, TvI 2014, afl. 12, p. 63.
15. Zie ook A. Wijnans, Voorkoming of beperking van schade van de verhuurder bij opzegging van de huurovereenkomst door de curator ex art. 39 Fw, TVHB 2012, p. 207. Zie in gelijke zin ook A.R.J. Croiset van Uchelen, De kracht van de bankgarantie (2), TOP 2009, p. 30 en V.R. Vroom & Y.M. van Beek, Perikelen bij beëindiging huurovereenkomst na faillissement huurder, FIP 2011, afl. 8, p. 218.
16. M. Kolkman, Artikel 39 Fw en ROZ-garantie: water en vuur?, V&O 2005, afl. 3, p. 58; G.C. van Daal & G.H.M. van Berkel, De curator en de bankgarantie, in: J.G. Princen & I. Spinath (red.), Faillissement en vastgoed (Insolad jaarboek 2012), Deventer: Kluwer 2012, p. 93.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor Universiteit van Amsterdam

in de bankgarantie.[17] De verhuurder heeft als begunstigde van de bankgarantie immers een onherroepelijk recht de bank aan te spreken, mits hij aan de voorwaarden zoals in de garantie omschreven voldoet. In die zin heeft hij van de huurder dus al een vorm van betaling ontvangen.[18] Zonder de bankgarantie of ontvangen vooruitbetaling loopt de verhuurder een verhaalsrisico. Na vooruitbetaling of doen stellen van een bankgarantie loopt de huurder een risico, namelijk het risico op opportunistisch gebruik van de bankgarantie door de verhuurder, in plaats van andersom.

De economische ratio achter de bankgarantie is doorgaans dan ook dat deze efficiënt kan zijn voor de partijen als het risico op opportunistisch gebruik van de bankgarantie door de verhuurder op lagere kosten berekend wordt dan het risico dat de huurder, bij afwezigheid van een bankgarantie, opportunistisch handelt.[19] Dit kan bijvoorbeeld zo zijn als de verhuurder een veel betrouwbaardere partij is dan de huurder. Ook moet daarbij worden bedacht dat, door de bankgarantie op een bepaalde manier vorm te geven, misbruik door de verhuurder beperkt kan worden. Dit economische voordeel moet de kosten van de bankgarantie overstijgen om aldus iets op te leveren voor huurder en verhuurder. De bank heeft hierin slechts een dienstverlenende functie. Banken maken liever niet voor elke bankgarantie een uitgebreide risicoanalyse; dat zou de kosten sterk opdrijven en de snelheid van het instrument ondermijnen.[20] Daarom is het van belang de bank zo weinig mogelijk risico te laten lopen.

De aandeelhouder die zich garant stelt met een garantie, zoals een borgtocht voor de verplichtingen van de vennootschap waarin hij aandelen houdt, vervult economisch een andere functie dan de bank die een bankgarantie afgeeft. Die afwijkende functie houdt verband met twee kenmerken van een typische aandeelhoudersgarantie: het afhankelijke karakter van de garantie en het feit dat de garantie door een aandeelhouder is afgegeven.

Dat de garant een groot risico loopt met de afgegeven afhankelijke garantie en wellicht met een onbetaalde regresvordering zal blijven zitten, ligt besloten in de economische opzet van de constructie van een afhankelijke garantie. Zonder de garantie loopt de verhuurder het risico dat de huurder niet zal presteren. In de constructie van een afhankelijke garantie, zoals een borgtocht, loopt de garant het risico dat de huurder niet zal presteren jegens de verhuurder, en de verhuurder slechts het risico dat zowel garant als huurder niet presteert. Het gebruik van een dergelijke garantie kan voor de drie partijen (huurder, verhuurder en aandeelhouder) economisch efficiënt zijn, juist door het risico bij de garant neer te leggen. Dit kan op twee manieren efficiëntievoordelen opleveren. Ten eerste kan de garant wellicht een betere inschatting maken van het risico dat de huurder tekortschiet, en mogelijk tegen lagere kosten toezicht houden op de naleving door de huurder. Om de garant ook daadwerkelijk te motiveren toezicht te houden, moet er risico bij de garant liggen.[21] Ten tweede zal de garant die risico draagt, gemotiveerd zijn zich ervoor in te zetten dat de huurder zich goed gedraagt richting de verhuurder. Als de garant een bepaalde band heeft met de huurder, zoals het geval is bij de aandeelhoudersgarantie, zal de huurder zich tevens uit eigen beweging beter gedragen, omdat een tekortkoming door hem indirect de garant raakt. Daarmee wordt het risico dat de huurder niet presteert tevens kleiner.[22] Ook om dit mechanisme te laten werken is het noodzakelijk risico bij de garant neer te leggen. Hier is dus in de opzet van de constructie economisch sprake van risicoverplaatsing van de verhuurder naar de garant, met een restrisico voor de verhuurder.

De aandeelhoudersgarantie wijkt ook af van de bankgarantie omdat zij afgegeven is door een aandeelhouder. De aandeelhouder heeft een duidelijk belang bij de huurovereenkomst, en tekent daarom de huurovereenkomst mee als garant. De aandeelhouder zal er immers bij gebaat zijn dat de vennootschap waarin hij aandelen houdt een huurovereenkomst kan aangaan. Hij kan daartoe eigen vermogen of een lening verschaffen aan de vennootschap, of de vordering van de verhuurder op de vennootschap garanderen. Door risico op zich te nemen via de aandeelhoudersgarantie financiert de aandeelhouder indirect de vennootschap waar hij aandelen in houdt.[23] Over de vraag of een aandeelhouder voor een vordering die met financiering van de vennootschap samenhangt als gewoon schuldeiser mag opkomen in het faillissement van de vennootschap bestaat discussie.[24] Eenduidige regelgeving en/of jurisprudentie hieromtrent ontbreken vooralsnog. Op deze discussie wordt hier verder niet ingegaan. Opgemerkt wordt slechts dat er argumenten bestaan de regresvordering

17. Van Daal & Van Berkel 2012, p. 85.
18. D.G. Carlson & W.H. Widen, Letters of Credit, Voidable Preferences, and the 'Independence' Principle, The Business Lawyer 1999, afl. 4, p. 1661-1736; Kolkman 2005, p. 59.
19. Daarbij dient uiteraard wel rekening te worden gehouden met de risicovoorkeur van huurder en verhuurder. Zie voor een verdediging van deze klassieke uitleg van efficiënt gebruik van bankgaranties J.I. Corre, Reconciling the Old Theory and the New Evidence: Comments on Ronald Mann's 'The Role of Letters of Credit in Payment Transactions', Michigan Law Review 2000, afl. 8, p. 2548-2553.
20. Uiteraard kan een bankgarantie ook zo worden opgezet dat daadwerkelijk beoogd is risico naar de bank te verplaatsen, maar dit is niet de gangbare vorm van een bankgarantie.
21. A.W. Katz, An Economic Analysis of the Guaranty Contract, The University of Chicago Law Review 1999, afl. 1, p. 68-74; K. Heine & R. Janal, Suretyships and Consumer Protection in the European Union through the Glasses of Law and Economics, in: A. Colombi Ciacchi & S. Weatherill (red.), Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 8-9.
22. R.J. Mann, The Role of Secured Credit in Small-Business Lending, The Georgetown Law Journal 1998, afl. 1, p. 22-26; R.B. Avery, R.W. Bostic & K. Samolyk, The Role of Personal Wealth in Small Business Finance, Journal of Banking & Finance 1998, afl. 6, p. 1022.
23. R.J. de Weijs, Financieren met garanties door aandeelhouders: vergeten problematiek, FIP 2010, afl. 6, p. 160-161.
24. Zie bijv. R.J. Schimmelpenninck, Leningen of schadeclaims van aandeelhouders concurrent?, TvI 2003, p. 239-246 en R.J. de Weijs, Vooruit met de achterstelling: over de positie van aandeelhoudersleningen in én voor faillissement, WPNR (2008) 6751, p. 313-320.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor Universiteit van Amsterdam

van een aandeelhouder anders te behandelen dan die van een willekeurige derde.

De kern van het economische verschil is dus het verschil in risicoverdeling. Bij de bankgarantie is, om een efficiëntievoordeel te bereiken, de constructie zo opgezet dat het risico van de verhuurder naar de huurder verplaatst wordt, terwijl bij een gewone garantie het risico van de verhuurder naar de garant verplaatst wordt. In het geval van de bankgarantie ligt het dan ook veel meer voor de hand het gegeven dat een beding in de huurovereenkomst jegens de boedel ongeldig is, voor rekening en risico van de verhuurder te laten komen dan voor rekening van de bank. Het zou ontwrichtend werken als banken die bankgaranties afgeven en afdekken met dit soort risico's worden opgezadeld. In het geval van de aandeelhoudersgarantie ligt dat anders. De economische ratio achter die verhouding wordt niet ondermijnd door het risico dat een regresvordering niet verifieerbaar is.

4 De bankgarantie en de belangenafweging die ten grondslag ligt aan art. 39 Fw

De Hoge Raad hecht in Aukema en Romania veel waarde aan de belangenafweging die ten grondslag ligt aan art. 39 Fw. Deze belangenafweging en de genoemde arresten zijn hierboven al besproken. Hoe verhoudt het door mij gemaakte onderscheid tussen de aandeelhoudersgarantie en de bankgarantie zich tot deze belangenafweging?

Hoewel de Hoge Raad duidelijk veel waarde hecht aan de belangenafweging die ten grondslag ligt aan art. 39 Fw, lijkt hij niet stil te staan bij de verhouding tussen die belangenafweging en de voor de praktijk belangrijke constructie van de bankgarantie. Ik vergeleek de bankgarantie hiervoor met vooruitbetaling. Art. 39 Fw staat vooruitbetaling van huurtermijnen expliciet toe. Zoals in de literatuur en rechtspraak al vaker opgemerkt, zou hieruit kunnen worden geconcludeerd dat art. 39 Fw niet in de weg staat aan de constructie van de bankgarantie.[25] De Hoge Raad lijkt daar in Aukema echter niet aan te willen: het schadevergoedingsbeding sorteert geen effect. De Hoge Raad lijkt hiermee te zeggen dat het beding dus ook geen effect sorteert via een bankgarantie, want in Aukema gebruikten partijen een bankgarantie. Het is jammer dat de Hoge Raad hier niet expliciet op ingaat. Uiteraard moet men bedacht zijn op constructies die benadelend werken voor de gezamenlijke schuldeisers, maar als vooruitbetaling wel mag, maar een bankgarantie niet, kan de commerciële vastgoedpraktijk zijn toevlucht nemen tot vooruitbetaling.[26] Daarbij is de boedel niet gebaat: de bemiddeling door de bank is immers de reden dat partijen voor een bankgarantie kiezen en niet voor vooruitbetaling. Bij vooruitbetaling staat de huurder, en dus de boedel, zwakker.

Ook in het formuleren van zijn overwegingen in Romania heeft de Hoge Raad mijns inziens niet stilgestaan bij de verhouding tussen de belangenafweging die ten grondslag ligt aan art. 39 Fw en het gebruik van bankgaranties in de commerciële vastgoedpraktijk. De Hoge Raad geeft in Romania geen reden waarom de garant daar geen regres zou mogen nemen jegens de boedel. Te raden valt dat dit, in navolging van A-G Rank-Berenschot,[27] terug te voeren is op een doorkruising van de belangenafweging die ten grondslag ligt aan art. 39 Fw. Verhaal van de bank jegens de boedel hoeft echter helemaal geen doorkruising van deze belangenafweging op te leveren. Als we aannemen dat het Hof Leeuwarden in TEP juist was in zijn oordeel dat de verhuurder die in het licht van art. 39 Fw te veel claimt onder een bankgarantie zich ongerechtvaardigd verrijkt jegens de boedel,[28] kan verhaal van de bank jegens de boedel geen probleem opleveren met art. 39 Fw. De boedel wordt immers gecompenseerd met een claim op de verhuurder.[29]

Zo wordt de vrijheid van partijen de transactie naar eigen inrichting vorm te geven slechts beperkt voor zover de verhuurder zich door trekken onder de bankgarantie bevoordeelt ten opzichte van de boedel.[30] Of de verhuurder zich direct ten opzichte van de boedel bevoordeelt, of via een bankgarantie, maakt daarbij geen verschil, zoals ook A-G Rank-Berenschot in haar conclusie bij Aukema terecht overweegt.[31]

5 Het verschil tussen de aandeelhoudersgarantie en de bankgarantie vanuit het oogpunt van de verhuurder

Een vervolgvraag is of het door mij bepleite verschil in uitkomst tussen de situatie met een contractuele vordering en die met een wettelijke regresvordering te billijken valt vanuit het oogpunt van de verhuurder: in geval van een aandeelhoudersgarantie heeft hij recht het van de aandeelhouder ontvangene te houden, in geval van een bankgarantie met contragarantie niet, voor zover dit ten laste van de boedel komt. De eerste garantie is hier dus, wellicht contra-intuïtief, 'sterker' dan de tweede. Maar is dat zo vreemd? De intuïtie waar ik naar verwijs, wordt mijns inziens gevoed door het onafhankelijke karakter van de bankgarantie, waaraan nog wel eens lijkt toegeschreven te worden dat de verhuurder hiermee een extra 'sterk' middel in handen heeft. Die intuïtie is veelal

25. Zie Kolkman 2005 en Hof Den Haag 30 maart 2007, JOR 2007/133 m.nt. A.J. Verdaas.
26. Hof Den Haag 30 maart 2007, JOR 2007/133 m.nt. A.J. Verdaas; Kolkman 2005, p. 58-59.
27. Zie conclusie A-G Rank-Berenschot bij Romania, par. 2.14 (zie noot 2).
28. Hof Leeuwarden 10 januari 2012, JOR 2012/334. Dit oordeel bleef bij de Hoge Raad in stand, maar er waren dan ook geen cassatieklachten tegen gericht. Van Schilfgaarde noemt deze redenering van het hof niet helemaal zuiver 'wanneer men ervan uitgaat dat de bankgarantie op zichzelf genomen, in de verhouding tussen TEP en de bank, geldig was', zie zijn noot bij de uitspraak van de Hoge Raad in TEP (zie noot 3). Ik kan me daar niet in vinden. Het abstracte karakter van de bankgarantie brengt met zich mee dat de verhuurder – hier TEP – zich ongerechtvaardigd kan verrijken door te trekken onder die garantie, ook als hij jegens de bank wel recht heeft onder de garantie te trekken. Vgl. ook de noot van Verdaas bij Hof Den Haag 30 maart 2007, JOR 2007/133.
29. Zo leek, voor Romania, ook uit Aukema te volgen.
30. Vgl. noot Krieckaert bij Romania; zie ook A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor Romania, par. 2.14 (zie noot 2).
31. Conclusie bij Aukema, par. 2.13 (zie noot 1).

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor Universiteit van Amsterdam

onjuist. De verhuurder staat in verhouding tot de bank sterk omdat hij, afhankelijk van de voorwaarden, naar believen kan trekken onder de garantie. Daarmee kan hij echter niet zijn rechtspositie jegens de boedel beïnvloeden.

6 Conclusie

In het Romania-arrest geeft de Hoge Raad in een *obiter dictum* aan dat in het daar voorliggende geval de garant geen regresvordering jegens de boedel geldend kan maken. Die garant was in Romania de aandeelhouder van de failliet. Ik zie in het economische verschil tussen een aandeelhoudersgarantie en een bankgarantie met contragarantie en zekerheid voldoende reden de bank toe te staan in gevallen zoals zich in de arresten Aukema en TEP voordeden, verhaal te nemen jegens de boedel. De curator kan na verhaal door de bank op de boedel een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking jegens de verhuurder geldend maken. Zo wordt het economisch belangrijke instituut van de bankgarantie geen geweld aangedaan, en wordt de voor de Hoge Raad zo belangrijke belangenafweging die ten grondslag ligt aan art. 39 Fw niet doorkruist.

Uiteindelijk draagt de verhuurder die een bankgarantie heeft bedongen daarmee het risico van het feit dat een schadevergoedingsbeding in de huurovereenkomst niet afdwingbaar is jegens de boedel. Dat is niet zo vreemd. Een andere opvatting zou de snelheid en lage kosten van de bankgarantie onnodig ondergraven.