

Artikel 39 Fw en ROZ-garantie: water en vuur?

Inleiding

Bij verhuur van commercieel vastgoed zal een verhuurder zich wensen in te dekken tegen schade die ontstaat wanneer de huurder zijn verplichtingen niet nakomt. Een van de mogelijkheden daartoe is afgifte van een garantie door (de bank van) de huurder. Verhuurders verlangen vaak dat deze wordt vormgegeven volgens de door de vereniging Raad voor Onroerende Zaken (ROZ) opgestelde modelgarantie (de zogenoemde ROZ-garantie). De ROZ-garantie voorziet in vergoeding aan de verhuurder van alle schade die hij in een faillissementssituatie lijdt door beëindiging van de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Faillissementswet (Fw). Bij de invoering van artikel 39 Fw is nu juist bepaald dat de verhuurder in beginsel aanspraak zal kunnen maken op maximaal drie maanden huur, maar dat de verhuurder daarboven géén aanspraak zal kunnen maken op schadevergoeding jegens de boedel. De vraag is dan ook of (de wijze waarop banken in de praktijk omgaan met) de ROZ-garantie verenigbaar is met artikel 39 Fw.

Om tot een antwoord op die vraag te komen besteed ik hierna achtereenvolgens aandacht aan de tekst van artikel 39 Fw en zijn parlementaire geschiedenis, de tekst en de juridische duiding van de ROZ-garantie en de manier waarop banken daarmee in de praktijk plegen om te gaan. Daarna besteed ik aandacht aan twee niet-gepubliceerde uitspraken over dit onderwerp.

Artikel 39 Fw

Artikel 39 lid 1 Fw luidt als volgt:

‘Indien de gefailleerde huurder is, kan zowel de curator als de verhuurder de huur tusschentijds doen eindigen, mits de opzegging geschiedt tegen een tijdstip, waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen. Bovendien moet bij de opzegging de daarvoor overeengekomen of gebruikelijke termijn in acht genomen worden, met dien verstande dat een termijn van drie maanden in elk geval voldoende zal zijn. Zijn er huurpenningen vooruitbetaald, dan kan de huur niet eerder opgezegd worden, dan tegen den dag, waarop de termijn, waarvoor vooruitbetaling heeft plaats gehad, eindigt. Van den dag der faillietverklaring af is de huurprijs boedelschuld.’

Artikel 238 leden 1 en 2 Fw bevatten een gelijke regeling voor de surseance van betaling. Hoewel de tekst daarvan enigszins afwijkt van die van artikel 39 Fw, is de regeling feitelijk hetzelfde. Hetgeen hierna wordt opgemerkt ten aanzien van artikel 39 Fw, geldt derhalve mutatis mutandis voor artikel 238 Fw.

Uit de tekst van artikel 39 Fw blijkt het volgende. De curator dient de huur op te zeggen tegen het plaatselijk gebrui-

lijke tijdstip. De curator dient daarnaast te letten op de overeengekomen of plaatselijk gebruikelijke opzegtermijn. Te dien aanzien geldt:

- a. Is die opzegtermijn gelijk aan of korter dan drie maanden, dan geldt die opzegtermijn ook voor de curator.
- b. Is die opzegtermijn langer dan drie maanden, dan geldt voor de curator een opzegtermijn van drie maanden (deze situatie zal zich bij bedrijfsruimte altijd voordoen nu daar op grond van art. 7A:1627 BW een minimale opzegtermijn van één jaar geldt).
- c. Zijn er huurtermijnen vooruitbetaald, dan kan niet eerder worden opgezegd dan tegen het einde van de termijn waarvoor vooruitbetaald is.

Indien eerst kan worden opgezegd tegen een datum die na faillissement meer dan drie maanden in de toekomst ligt, hoeft naast de datum waartegen kan worden opgezegd, geen acht te worden geslagen op de maximale opzegtermijn.¹

Het is belangrijk om vast te stellen dat het na een opzegging op grond van artikel 39 Fw mogelijk is dat een verhuurder méér dan drie maanden huur behoudt (mits de huur voorafgaand aan het faillissement over een periode van meer dan drie maanden vooruitbetaald is).

Parlementaire geschiedenis

De tekst van artikel 39 lid 1 Fw is sinds de invoering van de Faillissementswet in 1893 ongewijzigd.² Zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis, is artikel 39 Fw bedoeld als een voor alle partijen billijke regeling. Door de toenmalige Minister van Justitie Smidt wordt gesteld:

‘De geachte spreker uit Zuidholland acht dit eene zeer onrechtvaardige bepaling. Er is echter in het artikel zooveel mogelijk gezorgd voor de belangen zoowel van verhuurder als van huurder. Er is hier zelfs billijkheids-halve aan den verhuurder een recht en eene zekerheid gegeven, die hij buiten het faillissement niet zoude gehad hebben. Aan den curator is het recht gegeven van opzeggen, en wel met het doel om eene vereffening van den boedel mogelijk te maken en schade voor den boedel te voorkomen. Hierbij is dan zoveel mogelijk getracht den verhuurder voor schade te vrijwaren.’³

De ratio van artikel 39 Fw is – zoals blijkt uit de memorie van toelichting – het vrijwaren van de boedel voor ‘het aanhouden van de huur van localiteiten, waaraan de curator geen behoefte heeft’.⁴ Op de vraag of de verhuurder ook recht heeft op schadevergoeding, antwoordt Smidt dat ‘er

1. Zie voor een praktisch voorbeeld Polak/Wessels I, Deventer: Kluwer 2000, nr. 2512.

2. Stb. 1893, 140.

3. Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 427.

4. Kortmann/Faber 1994, p. 419.

niet de minste reden' is 'om den verhuurder ook nog een recht op schadevergoeding te geven'.⁵

Om het vrije actief van de boedel niet onnodig te verminderen kan de curator de huur van zaken waaraan door het faillissement geen behoefte meer bestaat, opzeggen tegen de naar plaatselijk gebruik eerstvolgende mogelijkheid, waarbij in beginsel niet meer dan drie maanden huur ten laste van het vrije actief van de boedel gebracht kunnen worden. De verhuurder kan jegens de boedel geen aanspraak maken op vergoeding van zijn meerdere schade. Hiermee wordt duidelijk het belang van de boedel gediend.

Daar staat tegenover dat de huur na faillissementsdatum kwalificeert als boedelschuld. Daardoor ontvangt een verhuurder van bedrijfsruimte vrijwel altijd drie maanden huur. Hiermee is duidelijk het belang van de verhuurder gediend.

Waarom een verhuurder voor de faillissementsdatum vooruitbetaalde huurtermijnen mag behouden, is slechts af te leiden uit de ratio van artikel 39 Fw. Die is als gezegd dat voorkomen moet worden dat het vrije actief van de boedel vermindert door na de faillissementsdatum onnodig voortdurende huurverplichtingen. Vooruitbetaalde huurtermijnen zijn al voor de faillissementsdatum uit het vermogen van de failliet gevloeid en vallen daarom niet in het vrije actief van de boedel. Het vrije actief van de boedel vermindert niet doordat de verhuurder het vooruitbetaalde mag behouden.

ROZ-garantie

De ROZ is een brancheorganisatie voor verhuurders van onroerend goed. De ROZ heeft voor veelvoorkomende huurvormen standaarddocumentatie opgesteld.⁶ Deze standaarddocumentatie voorziet in afgifte van een bankgarantie aan de verhuurder volgens een vast model. Het bedrag daarvan is naar keuze van de verhuurder, maar dient wel gerelateerd te zijn aan de betalingsverplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst.

Voorzover hier relevant luidt de tekst van de ROZ-garantie:

'Ondergetekende (...) verklaart zich door deze bij wijze van zelfstandige verbintenis tegenover verhuurder (...) garant te stellen voor al hetgeen huurder ingevolge de bovengenoemde huurovereenkomst (...) verschuldigd zal worden. 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 de opzegging door de curator of door huurder en bewindvoerder, tussentijds zal worden beëindigd.
(...)

Ondergetekende verbindt zich op eerste schriftelijk verzoek van verhuurder, zonder opgave 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, met inachtneming van bovenvermeld maximum bedrag.'

De ondergetekende van de garantie, veelal de huisbank van de huurder, neemt twee zelfstandige verbintenissen op zich. De bank verplicht zich om de verhuurder al hetgeen te voldoen wat de huurder ingevolge de huurovereenkomst verschuldigd zal worden. Die verplichting zal hierna verder onbesproken blijven. Door het aangaan van de tweede verbintenis verplicht de bank zich om de schade te vergoeden die ontstaat als gevolg van beëindiging van de huurovereenkomst in een faillissementssituatie van de huurder.

Deze tweede verplichting kwalificeert als een abstracte garantie. Dat betekent dat tussen deze verbintenis en de huurovereenkomst – anders dan bijvoorbeeld bij een borgtocht – geen juridische binding bestaat.⁷ Bij beëindiging van de huurovereenkomst door opzegging op grond van artikel 39 Fw blijft deze verbintenis daarom in stand.⁸ Deze verplichting kan naar haar aard zelfs niet eerder aan de orde zijn dan ná beëindiging van de huurovereenkomst.

Praktijk is dat een bank slechts bereid is tot afgifte van de ROZ-garantie, indien het daaruit voortvloeiende risico te overzien is. De bank verlangt daarom bij afgifte van een ROZ-garantie aan de verhuurder de medewerking van de huurder aan blokkering van een bedrag aan creditgeld ter grootte van het maximaal onder de huurgarantie te claimen bedrag. Deze blokkering wordt bewerkstelligd door verpanding van een creditsaldo van de huurder in combinatie met een door de huurder ondertekende akte waarin hij de bank vrijwaart voor aanspraken uit de ROZ-garantie. Alle betalingen onder de ROZ-garantie worden in beginsel (ook buiten faillissement) ten laste van het geblokkeerde saldo gebracht. Dit geheel zal ik hierna als de 'ROZ-constructie' aanduiden.

Verenigbaarheid ROZ-garantie met artikel 39 Fw

De centrale vraag van deze bijdrage is of de hiervoor beschreven ROZ-constructie verenigbaar is met artikel 39 Fw.

Mijns inziens is de ROZ-constructie niet strijdig met de ratio van artikel 39 Fw. De ratio van artikel 39 Fw is uitsluitend dat het vrije boedelactief niet onnodig verminderd wordt. Artikel 39 Fw staat het toe dat de verhuurder meer dan drie maanden aan huurtermijnen behoudt, wanneer die huurtermijnen maar voor de faillissementsdatum aan de verhuurder zijn vooruitbetaald (en daarom nooit tot het

5. Kortmann/Faber 1994, p. 423.

6. Deze standaarddocumentatie en een toelichting daarop zijn eenvoudig te downloaden via www.roz.nl.

7. H.J. Pabbruwe, *Bankgarantie*, Serie Bank- en Effectenrecht deel 11, Deventer: Kluwer 2000, p. 5.

8. Zie daarover Ktg. Amsterdam 16 maart 1999, NJkort 1999, 41.

vrije boedelactief hebben behoord). Bij de ROZ-constructie kan evenmin worden gezegd dat het vrije boedelactief vermindert. Ook in de ROZ-constructie verliest de huurder al voor de faillissementsdatum de vrije beschikking over een aan toekomstige huurverplichtingen gerelateerd creditsaldo.

Bovendien is het mogelijk om een met de ROZ-constructie vergelijkbare vorm van zekerheid te bedingen, door middel van de expliciet door artikel 39 Fw geboden mogelijkheid om vooruitbetaalde huurtermijnen na faillissement te behouden. De verhuurder kan immers van de huurder verlangen dat deze bij aanvang van de huurovereenkomst huurpenningen voor een bepaalde periode vooruitbetaalt, en daarnaast bedingen dat het vooruitbetaalde bedrag gedurende de gehele looptijd van de huurovereenkomst even hoog blijft. Ter illustratie: X en Y gaan een huurovereenkomst aan, waarbij Y vooruitbetaling verlangt van de huurpenningen voor een periode van een jaar. Wanneer de eerste huurtermijn verstrijkt, zal Y die in beginsel in mindering brengen op het vooruitbetaalde. Y heeft daardoor nog maar elf huurtermijnen onder zich. Niets verzet zich ertegen dat X en Y tevens overeenkomen dat X gehouden is iedere maand alvast de huur voor dezelfde maand van het opvolgende jaar aan Y vooruit te betalen. Aldus wordt bereikt dat de verhuurder permanent een bedrag ter grootte van een jaar aan huurtermijnen onder zich heeft, welk bedrag hij bij een opzegging in faillissement kan behouden.

Ik acht de ROZ-constructie dan ook verenigbaar met artikel 39 Fw. Zoals nog blijkt uit de hierna te bespreken niet-gepubliceerde uitspraken, kan men daar echter verschillend over denken.

Tegen mijn standpunt dat de ROZ-constructie verenigbaar is met artikel 39 Fw, zou men een aantal argumenten kunnen inbrengen.

Een eerste argument is dat vooruitbetaling direct aan de verhuurder plaatsvindt, terwijl in de ROZ-constructie het geblokkeerde bedrag onder de bank blijft totdat de verhuurder daadwerkelijk claimt. Dit verschil vind ik vanwege het abstracte karakter van de ROZ-garantie niet van wezenlijk belang. De bank is hierdoor gehouden om op eerste afroep te betalen, waarna het betaalde bedrag direct ten laste van het geblokkeerde (verpande) creditsaldo zal worden gebracht. De facto leidt dit tot hetzelfde resultaat.

Een tweede argument is dat bij vooruitbetaling duidelijk is voor welke periode vooruitbetaald is, terwijl bij de ROZ-garantie eerst na de opzegging van de huur door de curator duidelijk wordt op welk deel van de overeengekomen huurperiode de te claimen schade betrekking heeft. Ook dit verschil vind ik niet wezenlijk genoeg om te concluderen dat de ROZ-constructie niet verenigbaar zou zijn met (de ratio van) artikel 39 Fw.

Het argument dat de ROZ-constructie het systeem van de Faillissementswet – meer in het bijzonder artikel 39 – door-

kruist, acht ik weinig overtuigend vanwege de hiervoor beschreven mogelijkheid die artikel 39 Fw de verhuurder biedt om door vooruitbetaling een vergelijkbare vorm van zekerheid te verkrijgen.

Een laatste argument tegen mijn standpunt is dat de garant zich via de ROZ-constructie tot meer verbindt dan waartoe de huurder zich kan verbinden in het licht van artikel 39 Fw. Dit argument acht ik evenmin overtuigend, omdat dat nu eenmaal het gevolg is van het accepteren van het karakter van de abstracte garantie in ons rechtstelsel.

Rechtbank Amsterdam 1 november 2000

Deze uitspraak betreft een tussenvonnis, gewezen in hoger beroep van een wel gepubliceerde uitspraak.⁹ De curator vorderde doorbetaling aan de boedel van het op grond van de ROZ-constructie door de bank aan de verhuurder betaalde, omdat de verhuurder volgens de curator – gelet op de ratio van artikel 39 Fw – niet onder de ROZ-garantie had mogen claimen.

In eerste aanleg oordeelde de kantonrechter Amsterdam dat de vraag of onder de ROZ-garantie geclaimd kan worden, geen vraag is tussen verhuurder en curator, maar tussen bank en curator. De kantonrechter voegde daaraan toe dat de stelling van de curator – dat een garant zich in beginsel niet tot meer zal kunnen verplichten dan waartoe zijn opdrachtgever gehouden is – in zijn algemeenheid weliswaar juist is, maar gaf ook aan:

‘Hierop zijn echter uitzonderingen mogelijk, waarin – zoals in deze zaak – de onderliggende overeenkomst bij voortijdige opzegging buiten faillissement wel, maar door de werking van het faillissement van een contractspartij niet verplicht tot het betalen van een schadevergoeding.’

De kantonrechter kwam daarmee mijns inziens tot een bevredigend resultaat.

De Rechtbank Amsterdam oordeelde weliswaar dat sprake was van een abstracte bankgarantie, zodat de bank gehouden was om de claim van de verhuurder te voldoen, maar oordeelde vervolgens dat een verhuurder – in zijn algemeenheid – ‘over de periode na de opzegtermijn in beginsel geen huurpenningen of schadevergoeding in verband met niet-betaling van huurpenningen onder de bankgarantie’ kan ‘claimen omdat zij ter zake geen vordering op de boedel’ heeft.

Deze uitspraak berust mijns inziens op een misslag, omdat hiermee het abstracte karakter van de tweede uit de ROZ-garantie voortvloeiende verplichting wordt miskend. Dit abstracte karakter leidt er niet alleen toe dat de bank gehouden is om te betalen op eerste verzoek van de ver-

9. Zie noot 8.

Vennootschap & Onderneming

huurder (zoals de rechtbank terecht erkent), maar ook dat die verplichting volledig losstaat van de huurovereenkomst. De vraag wat de verhuurder al dan niet op basis van de huurovereenkomst bij de curator kan claimen, is daardoor van geen belang voor de vraag wat de verhuurder in de ROZ-constructie bij de bank kan claimen. Dit wordt in de tekst van de ROZ-garantie tot uiting gebracht doordat gesproken wordt van een ‘eigen schuld’ van de bank.

Rechtbank Den Haag 3 maart 2004¹⁰

In deze zaak werd de bank door de curator aangesproken tot betaling aan de boedel van hetgeen de bank onder de ROZ-garantie aan de verhuurder had betaald en vervolgens had verhaald op het – met het oog op de ROZ-garantie – door de huurder aan de bank verpande creditgeld. Volgens de curator was de ROZ-constructie onverenigbaar met de ratio van artikel 39 Fw en dus nietig op grond van artikel 3:40 BW. De Rechtbank Den Haag oordeelde:

‘Gelet op het abstracte karakter van de onderhavige bankgarantie en de functie die deze in het handelsverkeer heeft, kan het verstrekken van een dergelijke bankgarantie voor een bedrag dat een huur voor drie maanden (de maximale opzegtermijn wanneer er geen vooruitbetaling van huur heeft plaatsgevonden) overschrijdt worden gelijk gesteld met de situatie dat de huur is vooruitbetaald en de huur in verband daarmee eerst kan worden opgezegd tegen de dag waarop de termijn, waarvoor vooruitbetaling heeft plaatsgehad, eindigt.’

Het zal op grond van het vorenstaande niet verbazen dat dit op mij overkomt als een juiste uitspraak. Volledigheids halve wijs ik erop dat de curator tegen deze uitspraak hoger beroep heeft ingesteld.

Conclusie

Naar mijn mening verdraagt de ROZ-constructie zich met (de ratio van) artikel 39 Fw. Een claim onder de ROZ-constructie leidt er namelijk niet toe dat het vrije boedelactief afneemt. Artikel 39 Fw biedt de verhuurder bovendien de mogelijkheid om via vooruitbetaling een soortgelijke vorm van zekerheid te bedingen.

Overigens zal het honoreren van de stelling dat de ROZ-constructie zich niet verdraagt met artikel 39 Fw, de gemiddelde boedel op de lange termijn niet baten. Op korte termijn zal het vrije actief van een aantal boedels toemenen, doordat aanspraak kan worden gemaakt op de geblokkeerde creditgelden. Op de lange termijn zal de ROZ-constructie verdwijnen, omdat verhuurders en banken massaal hun toevlucht zoeken tot andere mogelijkheden, zoals de wel door artikel 39 Fw geboden mogelijkheid van vooruitbetaling.

*Mr. M. Kolkman
NautaDutilh*

10. Voor de goede orde zij vermeld dat de schrijver betrokken is geweest bij de behandeling van de zaak die tot deze uitspraak heeft geleid.