

De curator van de huurder dient bij de bank aan te kloppen voor het verhaal van het in strijd met art. 39 Fw toegepaste regres op een – als (contra)z...

HR 17-02-2017, ECLI:NL:HR:2017:278, m.nt. mr. L.E.Q. Smits van Oyen (Bouwgros)

Instantie

Hoge Raad (Civiele kamer)

Datum

17 februari 2017

Zaaknummer

15/04256

Noot

mr. L.E.Q. Smits van Oyen & mr. M. Windt

Roepnaam

Bouwgros

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Huurrecht (V)

Insolventierecht (V)

Verbintenissenrecht (V)

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2017:278, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 17-02-2017

ECLI:NL:PHR:2016:1078, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 28-10-2016

Beroepschrift, Hoge Raad, 31-08-2015

Essentie

De curator van de huurder dient bij de bank aan te kloppen voor het verhaal van het in strijd met art. 39 Fw toegepaste regres op een – als (contra)zekerheid – bij de bank aangehouden creditsaldo.

Partij(en)

Hansteen/Verwiel q.q.

Uitspraak

1. Feiten

Bouwgros Holding B.V. ("Holding"), de moedermaatschappij van Bouwgros B.V. ("Bouwgros" of "Huurder"), heeft op 1 oktober 2008 een bedrijfspand verkocht aan Hansteen B.V. ("Hansteen" of "Verhuurder"). Vervolgens heeft Hansteen het bedrijfspand aan Bouwgros verhuurd voor de duur van 10 jaar.

ABN AMRO Bank N.V. ("ABN AMRO") heeft, op verzoek van Bouwgros, aan Hansteen een bankgarantie verstrekt ter grootte van een jaar huur (ad € 881.932,89), waarin zij zich – tot dat bedrag – heeft verbonden om als *eigen schuld* aan Hansteen onder meer te voldoen de schade die Hansteen lijdt doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement tussentijds door de curator zal worden beëindigd (de "Leegstandschade"). De werkelijke Leegstandschade kan uiteraard véél groter zijn dan één jaar huur.

Bij vonnis van 3 juni 2009 is Bouwgros failliet verklaard. Bouwgros heeft de huur tot 1 juni 2009 voldaan aan Hansteen. De curator heeft de huur op 16 juni 2009 opgezegd ex art. 39 Fw met inachtneming van de opzegtermijn van drie maanden. Hiermee wordt de oorspronkelijke looptijd van de huur met negen jaar bekort. Het bedrijfspand is op 8 oktober 2009 opgeleverd. Hansteen heeft een concurrente vordering voor de huur over de periode van 1 tot 3 juni 2009 (de "Achterstand") en een boedelvordering voor de huur over de periode van 3 juni 2009 tot 8 oktober 2009 (de "Boedelschuld").

Hansteen heeft de bankgarantie ingeroepen voor het volledige verschuldigde bedrag. ABN AMRO heeft op 6 juli 2009 aan dit verzoek voldaan en dienovereenkomstig de Achterstand, Boedelschuld en Leegstandschade aan Hansteen betaald. Vervolgens heeft de ABN AMRO haar vordering uit hoofde van de door Bouwgrosgros aan haar verstrekte contragarantie verrekend met het op een bankrekening van Bouwgrosgros bij ABN AMRO geblokkeerde creditsaldo. De curator vordert de Leegstandschade terug bij Hansteen als Verhuurder.

2. Beslissing

De rechtbank wijst de vordering af. Het hof haalt het arrest *Aukema q.q./Uni-Invest* aan van 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, om aan het doel en de strekking van art. 39 Fw te herinneren. Het gaat blijkens de wetsgeschiedenis om een afweging van het belang van de boedel tot voorkoming van oplopende huurschuld enerzijds en het belang van de verhuurder bij betaling van de huur anderzijds (de "Belangenafweging"). In hoger beroep acht het hof voldoening van de Leegstandschade ten laste van het bij de bank aangehouden saldo in strijd met het doel en de strekking van art. 39 Fw en wijst het hof de terugvordering van de Leegstandschade toe op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof. Hij geeft daarbij aan dat art. 39 Fw niet in de weg staat aan het geldig contracteren omtrent (verhaal van) Leegstandschade in de relatie tussen de verschillende partijen, te weten de huurder, de verhuurder en de bank als garant. De Hoge Raad bepaalt vervolgens dat het beding tot vergoeding van Leegstandschade alléén geen effect heeft jegens de boedel. De daaruit resulterende vordering komt, aldus de Hoge Raad, niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder en kan evenmin op andere wijze ten laste van de boedel worden gebracht. Vervolgens komt de Hoge Raad tot verwerping van de opvatting van het hof met de volgende overweging:

"De ontvangst van een betaling waarop [eisers] (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."^[1]

De Hoge Raad verwijst de curator in feite naar de bank voor het redres van het in strijd met art. 39 Fw toegepaste regres op het creditsaldo.

Noot

Auteur: mr. L.E.Q. Smits van Oyen & mr. M. Windt^[2]

3. Commentaar

Sinds 2011 zijn bank- en/of concerngaranties ter afdekking van Leegstandschade, onderwerp geweest van een reeks uitspraken.^[3] Centraal hierbij staat steeds art. 39 Fw, op grond van welk artikel zowel de verhuurder als de curator van een gefailleerde huurder de huurovereenkomst mag beëindigen met inachtneming van een opzegtermijn van (in beginsel) maximaal drie maanden. De kernvraag die hierbij naar voren komt is of, en zo ja op welke wijze, de verhuurder via een garantie aanspraak kan maken op vergoeding van de Leegstandschade.

In het arrest *Aukema q.q./Uni-Invest* was, net als in het hier te bespreken arrest, sprake van een huurovereenkomst die – ná het faillissement van de huurder – door de curator op grond van art. 39 Fw werd opgezegd, ruim vóór het verstrijken van de contractueel bepaalde duur. De huurovereenkomst bevatte een beding waarin de huurder zich verplicht had gesteld tot vergoeding van de Leegstandschade. De huurder had hiervoor een bankgarantie gesteld ten gunste van de verhuurder. Tussen de bank en de huurder was een contragarantie bedongen. De verhuurder had vervolgens het volledige bedrag van de bankgarantie getrokken en de bank had regres genomen op het creditsaldo van de huurder. De curator sprak de verhuurder aan tot terugbetaling van de Leegstandschade. De Hoge Raad oordeelde dat een opzegging 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. Deze beslissing is, zoals hiervoor reeds aangehaald, gebaseerd op het feit dat art. 39 Fw, blijkens de totstandkomingsgeschiedenis daarvan, berust op de Belangenafweging, die niet kan worden doorkruist door een andersluidend beding. Uit het arrest *Aukema q.q./Uni-Invest* werd niet aanstonds duidelijk of een schadevergoedingsbeding voor Leegstandschade in zijn geheel niet geldig is (absolute nietigheid) of de daaruit vloeiende vorderingen alléén niet geldend gemaakt kunnen worden jegens de boedel (relatieve nietigheid).

In het arrest *Romania Beheer*^[4] heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een schadevergoedingsbeding niet absoluut nietig is, maar relatief nietig. In de casus van dit arrest was sprake van een aandeelhouder van de huurder, in plaats van een bank, die zich jegens de verhuurder garant had gesteld voor de nakoming van de verplichtingen voortvloeiende uit de

huurovereenkomst. Ook in deze casus failliede de huurder en had de curator op grond van art. 39 Fw de huurovereenkomst opgezegd ruim voor het verstrijken van de contractueel bepaalde duur. De verhuurder sprak vervolgens de garant aan tot betaling van de Leegstandschade. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat een schadevergoedingsbeding in de huurovereenkomst niet nietig is, maar alleen geen effect sorteert jegens de boedel. Met andere woorden: art. 39 Fw doet niet af aan de geldigheid van een contractueel schadevergoedingsbeding of aan de geldigheid van de gegeven garantie. Een daaruit voortvloeiende regresvordering kan echter niet worden uitgeoefend jegens de failliete boedel en kan niet ter verificatie in het faillissement worden ingediend. Uit deze uitspraak (meer in het bijzonder het overwogene onder 3.3.4 van dat arrest) volgde ook al dat de curator niet – zoals nog wel werd gehonoreerd bij *Aukema q.q./Uni-Invest* – de verhuurder, maar de garant dient aan te spreken die ten onrechte regres heeft uitgeoefend (of dreigt uit te oefenen) ten laste van de boedel.

Slechts één week na het wijzen van het arrest *Romania Beheer* wees de Hoge Raad het arrest *TEP/Curatoren Autodrome*, waarin de Hoge Raad in lijn met *Aukema q.q./Uni-Invest* oordeelde en verder geen verwijzing maakte naar *Romania Beheer*. In dit arrest waren de feiten nagenoeg hetzelfde als voorgaande casus en koos de curator ervoor om de verhuurder aan te spreken, nadat deze de bankgarantie had getrokken en de bank een contragarantie had ingeroepen ten laste van de boedel. Het hof overwoog dat, doordat de verhuurder de bankgarantie had ingeroepen voor de Leegstandschade en de bank had betaald, de verhuurder verrijkt was, terwijl de boedel was verarmd als gevolg van de door de bank ingeroepen contragarantie. Deze verrijking van de verhuurder is naar het oordeel van het hof ongerechtvaardigd. De verhuurder had in cassatie geen middel gericht tegen het oordeel van het hof dat sprake was van ongerechtvaardigde verrijking. De Hoge Raad was hiermee aan dit oordeel gebonden. De uitkomst is opvallend, gelet op het feit dat de Hoge Raad één week daarvoor nog had geoordeeld dat de aanspraak van de verhuurder wel degelijk bestaat en geldend gemaakt kan worden jegens de garant, maar dat de garant (slechts) geen regres kan nemen op de boedel. De Verhuurder kan dus – naar onze mening – op geen enkele wijze ongerechtvaardigd zijn verrijkt. Wij komen hier later op terug in par. 3.6.

In de conclusie bij het arrest *Hansteen/Verwiel q.q.* merkt de A-G heel terecht op dat na de recente rechtspraak over Leegstandschade nog steeds onduidelijkheid heerst over de betekenis van deze jurisprudentie. In de onderhavige zaak komt dit naar voren doordat de rechtbank de vordering van de curator die was gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking afwees (op basis van het *Romania Beheer*-arrest), terwijl het hof de terugvordering van de Leegstandschade toewijst op grond van ongerechtvaardigde verrijking (op basis van *Aukema q.q./Uni-Invest*).^[9] Duidelijk is in ieder geval dat de kern van de recente rechtspraak is dat de boedel, in geval van opzegging van de huurovereenkomst door de curator op grond van art. 39 Fw, niet mag worden belast met Leegstandschade.^[7] De onduidelijkheid rijst pas bij de vraag op welke grondslag dit gebaseerd dient te worden: ongerechtvaardigde verrijking of de Belangenafweging ex art. 39 Fw? De onduidelijkheid blijkt ook uit het feit dat de A-G en het oordeel van de Hoge Raad niet met elkaar in overeenstemming zijn. De A-G concludeert dat de bankgarantie weliswaar op zichzelf rechtsgeldig is, maar dat de Verhuurder wel ongerechtvaardigd is verrijkt ten opzichte van de boedel.^[8] Volgens de A-G is het dus mogelijk dat indien de bank heeft verrekend, de curator bij de bank het betreffende bedrag kan terugvorderen, maar alsnog óók het bedrag van de Verhuurder kan terugvorderen op grond van ongerechtvaardigde verrijking.^[9]

Wij menen dat deze visie van de A-G niet juist is en sluiten ons aan bij het oordeel van de Hoge Raad. In *Aukema q.q./Uni-Invest* heeft de Hoge Raad geen aandacht besteed aan het feit dat de verhuurder de vergoeding voor Leegstandschade had ontvangen door het inroepen van de bankgarantie, maar uitsluitend aandacht besteed aan de Belangenafweging.^[10] Dat is jammer, want dan was er waarschijnlijk geen onduidelijkheid geweest over de verhouding tussen de (bank)garantie, art. 39 Fw en vergoeding van de Leegstandschade. Desalniettemin volgt uit zowel *Aukema q.q./Uni-Invest* als uit *TEP/Curatoren Autodrome* dat de curator de verhuurder kan aanspreken tot terugbetaling van het via de (bank)garantie ontvangene, terwijl na *Romania Beheer* kan worden vastgesteld dat de garant haar regres niet jegens de boedel had mogen uitoefenen, maar dat de verhuurder wel rechtsgeldig onder de garantie mocht trekken. Het arrest *Romania Beheer* heeft tot gevolg dat de garant met haar regresvordering blijft zitten en die uiteindelijk niet ter verificatie kan worden ingediend. Een vordering van de curator jegens de verhuurder op grond van ongerechtvaardigde verrijking is hiermee slecht te rijmen. Er is namelijk pas sprake van ongerechtvaardigde verrijking indien de Verhuurder is verrijkt ten koste van een ander en daarvoor geen redelijke grond aanwezig was.^[11] Met andere woorden: een aan de verrijking ten grondslag liggende overeenkomst tussen de verrijkte en de verarmde rechtvaardigt in beginsel die verrijking.^[12] Nu geen twijfel bestaat over het feit dat een Leegstandschadebeding niet nietig is, rechtvaardigt een dergelijk beding de verrijking van de Verhuurder. De A-G haalt nog aan dat een verrijking van een contractspartij ten koste van een derde door die overeenkomst niet steeds en zonder meer wordt gerechtvaardigd.^[13] Met de uitspraak van de Hoge Raad kan de verrijking van de Verhuurder echter niet ten laste van de boedel (de derde) worden gebracht. De bank heeft zich bovendien als eigen schuld verbonden aan Verhuurder om onder meer de Leegstandschade te voldoen.^[14] Er zal uitsluitend sprake zijn van ongerechtvaardigde verrijking als de Verhuurder de boedel direct zal aanspreken tot vergoeding van de Leegstandschade. De curator zou echter wél de bank kunnen aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Als gevolg van de Belangenafweging is er namelijk geen rechtsgeldige grondslag voor verrekening.

Dat in het arrest *TEP/Curatoren Autodrôme* nog wel is geoordeeld dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking is te verklaren omdat, zoals reeds eerder aangehaald, in cassatie geen middel is gericht tegen het oordeel van het hof dat sprake was van ongerechtvaardigde verrijking. Kortom, het oordeel van de Hoge Raad in onderhavige zaak dat de omstandigheid dat de bank, nadat zij aan haar betalingsverplichting ter zake had voldaan, verhaal heeft genomen op de boedel van de gefailleerde huurder, niet met zich brengt dat de Verhuurder zich ongerechtvaardigd heeft verrijkt, valt te onderschrijven.

Voor de praktijk heeft het arrest *Hansteen/Verwiel q.q.* belangrijke gevolgen.^[15] De positie van de verhuurders lijkt met onderhavig arrest op het eerste oog te zijn verbeterd nu duidelijk is dat een schadevergoedingsbeding in faillissement jegens de failliete huurder in beginsel geldig is, maar alleen geen effect sorteert jegens de boedel. Het ligt echter voor de hand dat de garant in zijn geheel niet (meer) bereid zal zijn een dergelijke garantie te verstrekken dan wel dat (professionele) garanten (met name banken) de inhoud van hun garanties hierop zullen aanpassen. De garantie zal bij verstandig contracteren niet verder dienen te strekken dan het bedrag waarvoor de bank haar regresrechten zal kunnen uitoefenen, ook ten laste van de boedel. Met andere woorden; garanten zullen alleen overgaan tot het borgen van de verplichtingen van de huurder indien zij effectief regres kunnen nemen. Het gevolg treft de verhuurder in het algemeen dan wel degelijk. Door de aanspraak onder de garantie geldig te achten, maar de garant de mogelijkheid te ontzeggen regres te nemen, zal Leegstandschade in de praktijk lastig nog langer afgedekt kunnen worden. Overigens geldt voor reeds afgegeven garanties dat de garant wél aan het kortste eind trekt. De verhuurder behoudt immers haar volledige aanspraak, maar de garant mag geen regres nemen jegens de boedel. Dit vraagt echter wel om een actieve houding van de curator, die op basis van het onderhavige arrest dient te verhinderen dat de garant verhaal neemt op de boedel. De vraag rijst vervolgens of de garant die wel al uitbetaald heeft, met lege handen achterblijft; daar lijkt het wel op.

Kan een bank die een garantie heeft verstrekt het via de weg van zekerheden proberen of anders gezegd: is het verhalen door een separatist van de Leegstandschade onder de zekerheden te zien als 'verhaal op de boedel'? En zal dit dan betekenen dat een eventueel verstrekte zekerheid voor een dergelijke schadevordering wel ten gelde gemaakt kan worden in faillissement? Dit zou mogelijk kunnen zijn indien de bank die op grond van een garantie aan de verhuurder heeft uitbetaald, haar daaruit vloeiende vordering uit hoofde van de contragarantie op de huurder zou mogen verrekenen of verhalen via een zekerheidsrecht. Verificatie is dan immers niet aan de orde. Zij staat als separatist buiten het faillissement en kan haar rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is. Na het arrest *Romania Beheer* stond deze mogelijkheid wellicht nog open^[16], maar in het *Bouwgros*-arrest heeft de Hoge Raad deze weg expliciet afgesloten door het volgende te oordelen:

"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 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 ontlenuen jegens de verhuurder."^[17] (cursivering auteurs)

De Hoge Raad lijkt met zijn zinsnede omtrent de verschillende wijzen van verhaal de verhaalsonmogelijkheid uit te willen breiden van gevallen van verrekening, zijnde een feitelijke vorm van voorrang (zoals bij *Aukema q.q./Uni-Invest* én in deze *Bouwgros* casus), tot gevallen van verhaal onder gevestigde zekerheden, dus contractueel gecreëerde voorrangrechten. Het lijkt – volgens de Hoge Raad – niet uit te maken. Het ziet ernaar uit dat de garant die wel al heeft uitbetaald, toch echt met lege handen achterblijft.

Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt dat het echter wel mogelijk blijft om contractueel te bedingen dat de (gefailleerde) huurder zelf schadeplichtig is voor de Leegstandschade, indien de huurovereenkomst in geval van faillissement tussentijds wordt opgezegd.^[18] De Hoge Raad oordeelt namelijk:

"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."^[19]

Uit dit citaat volgt dat de vordering uit hoofde van het schadevergoedingsbeding uitsluitend niet geldig is jegens de boedel, maar wel jegens de failliet zelf. Hiermee valt zij onder de zogeheten 'niet-verifieerbare vorderingen'. In de literatuur is al meerdere malen aandacht besteed aan de vraag of een dergelijke vordering wel in lijn is met de strekking van art. 39 Fw.^[20] Deze vraag wordt ook in onderhavig arrest niet beantwoord. De Hoge Raad laat met zijn oordeel echter wel de mogelijkheid open een dergelijke vordering uit hoofde van Leegstandschade jegens de gefailleerde huurder in te roepen. Dat is op zich begrijpelijk, aangezien de Belangenafweging van art. 39 Fw is gericht op de verhouding tussen verhuurder en boedel c.q. de faillissementscrediteuren. Toch zijn vorderingen die zien op Leegstandschade vaak aanzienlijk in omvang en kunnen na het faillissement een enorme impact op de positie van de voormalig gefailleerde hebben. Men kan zich afvragen of dat nou de bedoeling kan zijn van deze uitspraak. Als een garant haar vordering jegens de failliet zelf

inroept, zal een dergelijke vordering bij beëindiging van het faillissement weer volledig herleven. De verhuurder zal na afloop van het faillissement een vordering op de failliet overhouden en indien de failliete huurder een natuurlijk persoon is, dan zal zij deze schuld met zich dragen totdat de schuld volledig is afbetaald. Uiteindelijk zal dit in de praktijk weinig problemen opleveren indien wordt gekozen voor een schuldsanering natuurlijke personen in plaats van voor een faillissement. Als de schuldenaar een rechtspersoon betreft, zal deze ophouden te bestaan nadat het faillissement is afgewikkeld, tenzij na vernietiging of indien een akkoord is aangenomen. In de gevallen van een geëindigde rechtspersoon heeft de verhuurder niets aan zijn verhaalrecht.

Wat wel zuur is voor deze curator is dat de aanspraken van andere curatoren in de genoemde vergelijkbare gevallen, althans in elk geval van mr. Aukema in *Aukema q.q./Uni-Invest*, richting de verhuurder zijn toegewezen en de curator van Bouwgros bij de verhuurder bot vangt en naar de bank wordt (terug)verwezen voor het redresseren van het verhaal van Leegstandschade dat dateert van vóór al deze arresten, namelijk teruggaat naar de zomer van 2009. Het is ernstig de vraag of deze curator daar na al die jaren nog wat mee kan.

Voetnoten "Uitspraak"

[1]

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, r.o. 4.2.

Voetnoten "Noot"

[2]

Lisette Smits van Oyen en Marcel Windt zijn beiden advocaat te Rotterdam.

[3]

HR 24 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534 (*Aukema q.q./Uni-Invest*), HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244 (*Romania Beheer*); HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1381 (*TEP/Curatoren Autodrome*). Een bespreking van deze jurisprudentie is ook te vinden in o.a.: I. Spinath, 'Romania Beheer: (nog een keer) beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder', *Tvl* 2014/12; A. van der Hilst & N. Amiel, *TvHB* 2015/16, nr. 4; C. Dullaart, 'Geldigheid schadevergoedingsbeding in huurovereenkomst na faillissement: (persoonlijke) zekerheden, bankgaranties en regres', *Bb* 2014/22; J.J. van Hees in zijn noot bij HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, *JOR* 2014/27 (*Romania Beheer*); A.L. Jonkers, 'Romania en bankgarantie, een herlezing van de arresten Romania, Aukema en TEP', *MvV* 2014/10; R. Rosbeek, 'Bankgaranties voor leegstandschade: bankier let op uw zaak!', *Tvl* 2014/17.

[4]

HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244 (*Romania Beheer*).

[5]

HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1381 (*TEP/Curatoren Autodrome*).

[6]

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2016:1078, r.o. 4.12.

[7]

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2016:1078, r.o. 4.14.

[8]

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2016:1078, r.o. 4.21, 4.22 en 4.25.

[9]

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2016:1078, r.o. 4.25.

[10]

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2016:1078, r.o. 4.7.; HR 24 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, *NJ* 2011/114, m.nt. P. van Schilfgaarde, punt 4 (*Aukema q.q./Uni-Invest*); concl. A-G Rank-Berenschot 5 november 2010, ECLI:NL:PHR:2011:BO3534, par. 2.13 (*Aukema q.q./Uni-Invest*).

[11]

Art. 6:212 lid 1 BW; J. Hijma, *T&C BW*, commentaar op art. 6:212 BW, aant. D.

[12]

J. Hijma, *T&C BW*, commentaar op art. 6:212 BW, aant. D.

[13]

J. Hijma, *T&C BW*, commentaar op art. 6:212 BW, aant. D.; HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986 (*Ponzi scheme*).

[14]

In de arresten *Aukema q.q./Uni-Invest* en *Romania Beheer* is sprake van een beding waarbij de Huurder zich als *eigen schuld* verplicht tot vergoeding van de Leegstandschade. Dit heeft echter geen gevolgen voor onze uiteenzetting dat de curator de Verhuurder niet kan aanspraken op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

[15]

Zie voor een bespreking van de gevolgen voor de praktijk na het arrest Romania Beheer het volgende artikel: I. Spinath, 'Romania Beheer: (nog een keer) beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder', *Tvl* 2014/12.

[16]

Uit onder meer de volgende artikelen volgt dat men speculeerde over de vraag of het mogelijk is om als separatist de Leegstandschade onder de zekerheden te verhalen: HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, m.nt. J.J. van Hees, punt 6-7 (*Romania Beheer*): met woorden als 'lijkt' en 'het is niet waarschijnlijk dat'. R. Rosbeek, 'Bankgaranties voor leegstandschade: bankier let op uw zaak!', *Tvl* 2014/17: ook Rosbeek haalt deze mogelijkheid aan in zijn artikel, maar ook daar blijft het speculeren: "*lijkt er naar mijn mening op te duiden dat Hoge Raad vindt dat zo'n regresvordering op geen enkele wijze tegen de boedel kan worden uitgeoefend.*"

[17]

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, r.o. 4.1.

[18]

Zie hierover ook: R. Rosbeek, 'Bankgaranties over leegstandschade: bankier let op uw zaak!', *Tvl* 2014/17.

[19]

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, r.o. 4.1.

[20]

Zie o.m.: R.J. van Galen, commentaar op HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, *Ondernemingsrecht* 2014/30, par. 3-5; I. Spinath, 'Romania Beheer: (nog een keer) beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder', *Tvl* 2014/12; R. Rosbeek, 'Bankgaranties voor leegstandschade: bankier let op uw zaak!', *Tvl* 2014/17.