

‘Artikel 39 Fw en het trekken van de bankgarantie; een nieuwe episode’

Noot bij HR 17 februari 2017, nr. 15/04256

TvI 2017/26

De Hoge Raad heeft op 17 februari 2017² weer een belangrijk arrest gewezen (“Hansteen / Verwiel q.q.”) in de serie over leegstandschade als gevolg van het faillissement van de huurder en de rol van een (bank) garantie. Het zou de laatste aflevering kunnen zijn, maar dat hoeft niet. In deze bijdrage wordt een beschouwing gegeven bij het arrest Hansteen/Verwiel q.q. Eerst wordt stilgestaan bij de daaraan vooraf gaande arresten.

1. Leegstandschade en artikel 39 Fw

Al in 1929 heeft de Hoge Raad moeten oordelen in een situatie waarin de verhuurder, na faillissement van huurder en opzegging door de curator, een schadevergoeding vorderde van de borg voor gemiste huurpenningen als gevolg van de voortijdige beëindiging van de huurovereenkomst, hierna “leegstandschade” genoemd.

De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat de grondslag van dergelijke vorderingen niet kan worden gevonden in artikel 39 Fw noch in een ander wettelijk voorschrift. Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

“Dat, waar noch krachtens de huurovereenkomst, noch krachtens de wet op De Union (huurder) op den boedel in haar faillissement enige verplichting rustte tot vergoeding van de door Simons (verhuurder) gestelde schade, ook geen sprake kan zijn van zodanige verplichting ten laste van Sluizer (borg), die zich, gelijk Simons zelf stelde, borg heeft gesteld alleen voor de uit kracht der huurovereenkomst of krachtens de wet op de huurster rustende verplichtingen.”³

Het arrest leek de mogelijkheid te bieden dat in de huurovereenkomst rechtsgeldig wordt bepaald dat de huurder (en daarmee de garant) de verplichting heeft tot vergoeding van de schade van de verhuurder. Dat kan worden afgeleid uit de zinsnede ‘noch krachtens de huurovereenkomst, noch krachtens de wet’.

Vanaf 1929 is het vervolgens stil geweest als het ging om leegstandschade, tot 2011. De praktijk werd in 2011 ‘opge-

schrikt’ door het arrest *Aukema q.q./Uni-Invest* van 14 januari 2011⁴ (“Aukema q.q. / Uni-invest”).

De casus die heeft geleid tot *Aukema q.q./Uni-invest* lijkt in grote lijnen op de casus die ten grondslag lag aan het hierna te behandelen arrest inzake *Hansteen/Verwiel q.q.* Huurder gaat failliet, curator zegt huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw en verhuurder trekt onder de bankgarantie, onder andere ter zake op basis van een in de huurovereenkomst opgenomen insolventieclausule te vergoeden leegstandschade. De bank keert uit onder de bankgarantie en neemt verhaal op de boedel door te trekken onder de contra-garantie, waarna de curator een procedure start tegen de verhuurder.

In *Aukema q.q./Uni-invest* heeft het hof⁵ niet de vraag beantwoord of een bedrag onder de bankgarantie kon worden getrokken, maar een veel breder oordeel gegeven over een schadevergoedingsbeding in een huurovereenkomst. Het hof oordeelt in r.o. 3.2:

“Weliswaar heeft de wetgever bij de totstandkoming van de artikelen 39 en 238 Fw geen aanleiding gezien de verhuurder bij tussentijdse beëindiging door opzegging als in die bepalingen bedoeld een wettelijk recht op schadevergoeding toe te kennen, maar daaruit kan niet worden afgeleid, net zo min als uit de tekst van die bepalingen, dat de wetgever een tevoren gemaakte afspraak, die de verhuurder voor dat geval een contractuele aanspraak op schadevergoeding toekent, heeft willen verbieden. (...)”

Dat betaling heeft plaatsgevonden via de band van de bankgarantie wordt wel genoemd, maar de nadruk lag op het schadevergoedingsbeding in de huurovereenkomst. Dit zien we ook in de conclusie van A-G mr. Rank-Berenschot die onder 2.13 overweegt:

“Voor de beoordeling van de onderhavige vordering van de curator jegens de verhuurder tot (terug)betaling van het bedrag dat door de bank ten laste van de boedel aan de verhuurder is uitgekeerd, kan de bankgarantie buiten beschouwing blijven. Deze dient slechts tot waarborg van de verplichtingen van de huurder uit de huurovereenkomst (artikel 8.1 AV). Centraal staat de vraag of de verhuurder in zijn verhouding tot de huurder/boedel na opzegging door de curator een bedongen recht op vergoeding van gederfde huurtermijnen kan toekomen (...)”

Dit verklaart in enige mate dat de Hoge Raad in het arrest uit 2011 niet ingaat op de bankgarantie, maar zich heeft beperkt tot het principiële oordeel dat een opzegging op de voet van

¹ Gelieve dit artikel aan te halen als: J.A. van Strijen, ‘Artikel 39 Fw en het trekken van de bankgarantie; een nieuwe episode. Noot bij HR 17 februari 2017 (*Hansteen/Verwiel q.q.*)’, *TvI* 2017/26. J.A. van Strijen is advocaat bij Nautadutilh.

² HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278 o.a. ook gepubliceerd in *WR* 2017/55, m.nt. mr J.K. Six-Hummel, *NJ* 2017/142, m.nt. mr F.M.J. Verstijlen en *JOR* 2017/117, m.nt. prof. Mr. J.J. van Hees.

³ HR 28 november 1929, W 12071, toevoegingen tussen haakjes door auteur.

⁴ HR 14 januari 2011, BO3534, *NJ* 2011/114.

⁵ Hof’s-Den Haag 7 april 2009, BI9039, *WR* 2009/64.

artikel 39 Fw een regelmatige wijze van beëindiging van een huurovereenkomst is en dat jegens de boedel geen recht op schadevergoeding kan ontstaan wegens gemiste huurpenningen na de datum waartegen op grond van artikel 39 Fw is opgezegd. Ook niet indien een dergelijk recht op schadevergoeding in de huurovereenkomst is opgenomen. Voor de rechtspraak was na het arrest van de Hoge Raad uit 2011 onduidelijk hoe ver de bescherming van artikel 39 Fw strekt.

Ruim twee jaar later volgde het arrest inzake Nieuwburen/Romania, Romania Beheer⁶, (“Romania”). In deze procedure was niet uitgekeerd op grond van een bankgarantie, maar was de vraag aan de orde of een “moeder” moest uitkeren op grond van een concerngarantie. In dit arrest verduidelijkte de Hoge Raad dat het bepaalde in het arrest van 2011 slechts betrekking heeft op de verhouding tussen de verhuurder en de boedel. Een opzegging ex artikel 39 Fw heeft dus tot gevolg dat de in de huurovereenkomst overeengekomen vergoeding van leegstandschade geen effect jegens de boedel heeft. Leegstandschade kan niet ter verificatie worden ingediend of op enige andere wijze ten laste van de boedel worden gebracht. De contractuele bepaling is echter niet nietig jegens de gefailleerde huurder zelf. Een derde die zich zonder enig voorbehoud garant heeft gesteld voor al hetgeen huurder ingevolge de huurovereenkomst – en daarmee dus de nakoming van de contractuele bepaling tot vergoeding van leegstandschade – verschuldigd is, moet in beginsel dan ook gewoon uitkeren op eerste verzoek van de verhuurder, tenzij nadrukkelijk anders is overeengekomen.

Deze laatste toevoeging achter de komma heeft ertoe geleid dat sommige verhuurders verlangden dat in garanties expliciet werd opgenomen dat de garant geen verhaal kon nemen op de boedel. Naar nu blijkt is deze toevoeging niet nodig. Een week na het Romania-arrest volgde het arrest *TEP/ Curatoren Autodrôme*⁷, (“TEP”). Het hof was in het arrest dat aanleiding was voor het geschil bij de Hoge Raad vanuit gegaan dat verhuurder TEP, in lijn met het bepaalde in *Aukema q.q./Uni-Invest* de bankgarantie ten onrechte had ingeroepen voor leegstandschade en daarmee ongerechtvaardigd was verrijkt. In die procedure heeft TEP het standpunt ingenomen dat de – destijds aangenomen – rechtsregel van *Aukema q.q./Uni-Invest* niet van toepassing zou moeten zijn in de omstandigheid dat de huurovereenkomst onderdeel uitmaakt van een in het kader van een herfinanciering opgezette sale-and-lease-backtransactie. Het hof is hier niet in meegegaan en heeft geoordeeld dat *Aukema q.q./Uni-invest* van toepassing is op alle huurovereenkomsten en dat geen uitzondering moet worden gemaakt. Uitsluitend deze overweging is in cassatie aan de Hoge Raad voorgelegd. De Hoge Raad heeft het standpunt van de verhuurder verworpen. Ook in het kader van een sale-and-lease-backtransactie heeft de verhuurder jegens de *faillissementsboedel* geen recht op schadevergoeding. Zowel voor de aan de Hoge Raad voorgelegde casus uit 2011 als voor de casus die aanleiding was voor het arrest TEP uit

2013 vormde het trekken van een bankgarantie (en daarmee samenhangend het gebruikmaken door de bank van een contra-garantie) de aanleiding van het geschil, maar kwam de positie van de garant niet expliciet aan de orde.

Na Romania en TEP was het de vraag of de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen bankgaranties en andere garanties. Bij bankgaranties is algemeen bekend dat de bank op enige wijze zorgt voor een contra-garantie, maar betekende dit dan ook dat de bankgarantie per definitie een aparte positie zou hebben, en zo ja, op grond waarvan? Het wachten was op een vervolg in de serie. Dat is gekomen.

2. Arrest Hansteen/Verwiel q.q.

2.1 Casus

Op 1 oktober 2008 heeft Bouwgros Holding B.V., de moedermaatschappij van Bouwgros B.V. (hierna Bouwgros), een bedrijfspand gelegen te Raamsdonksveer verkocht aan Hansteen. Bouwgros heeft de huur van het bedrijfspand voortgezet. De huurovereenkomst is aangegaan voor een periode van 10 jaar. Het bedrag van de bankgarantie is tussen huurder en verhuurder vastgesteld op € 881.932,80 (zijnde 12 maanden huur inclusief BTW).

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

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

Ondergetekende verplicht zich voorts om als eigen schuld aan verhuurder (...) te zullen vergoeden alle schade, door hem te lijden, doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement, of aan huurder verleende surseance van betaling, ingevolge opzegging door de curator of door huurder en de bewindvoerder tussentijds zal worden beëindigd.(...).

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

Bij vonnis van 3 juni 2009 is Bouwgros in staat van faillissement verklaard. Bouwgros heeft tot 1 juni 2009 de huur volledig voldaan aan Hansteen. Bij brief van 16 juni 2009 heeft de curator de huur opgezegd op grond van artikel 39 Fw met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden. De curator heeft het bedrijfspand op 8 oktober 2009 opgeleverd aan Hansteen.

Op 6 juli 2009 heeft ABN AMRO een bedrag van € 881.832,80 aan Hansteen betaald op grond van de bankgarantie. ABN AMRO heeft haar vordering uit hoofde van de door Bouwgros

⁶ HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68.

⁷ HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1381, NJ 2014/69.

aan haar verstrekte contra-garantie van € 881.832,80 verrekend met het op een bankrekening van Bouwgros bij ABN AMRO geblokkeerde creditsaldo.

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

De curator heeft onder andere een verklaring voor recht gevorderd dat Hansteen niet gerechtigd was ter zake door haar geclaimde schade de door ABN AMRO gestelde bankgarantie te trekken voor een hoger bedrag dan € 57.150,30, althans, subsidiair, dat Hansteen niet gerechtigd was ter zake door haar geclaimde schade de door ABN AMRO gestelde bankgarantie te trekken voor een hoger bedrag dan krachtens artikel 39 Fw in aanmerking mag worden genomen, zijnde de huurpenningen verschuldigd vanaf faillissementsdatum tot aan de dag dat de huurovereenkomst is geëindigd.

Tussen partijen bestaat discussie over de vraag voor welke vorderingen de bankgarantie precies is getrokken en of de verhuurder daarin achteraf wijziging kan aanbrengen. In het kader van dit artikel ga ik daar verder niet op in en beperk ik mij tot de juridische discussie over de leegstandschade.

De rechtbank heeft de vorderingen voor zover relevant afgewezen. Het hof heeft een tussenarrest gewezen. Daarin heeft het ten aanzien van de bankgarantie overwogen dat de Hoge Raad in zijn arrest *Aukema q.q./Uni-invest* heeft geoordeeld, dat artikel 39 Fw berust op een afweging van enerzijds het belang van de boedel tot voorkoming van het oplopen van boedelschulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs en dat het resultaat van deze belangenafweging niet kan worden doorbroken door het bedingen van een recht op schadevergoeding ter zake van de huur die verschuldigd zou zijn geworden indien de huurovereenkomst niet tussentijds op de voet van artikel 39 Fw zou zijn beëindigd. Het resultaat van de bedoelde belangenafweging kan naar het oordeel van het hof evenmin worden doorbroken door het bedingen van een zodanig recht op schadevergoeding over de band van een bankgarantie waarmee een derde zich verbindt tot betaling van die schadevergoeding als een eigen schuld en de betaling door die derde (ingevolge een contra-garantie) vervolgens geschiedt ten laste van de faillissementsboedel. Naar het oordeel van het hof heeft Hansteen betaling verkregen ten laste van de faillissementsboedel krachtens een met doel en de strekking van artikel 39 Fw strijdige transactie. Hansteen is hierdoor naar het oordeel van het hof ongerechtvaardigd verrijkt. Hansteen heeft cassatie ingesteld bij de Hoge Raad.

2.2 Hoge Raad

De Hoge Raad is het niet eens met het oordeel van het hof. De Hoge Raad zet in r.o. 4.1 van het arrest eerst de lijn uiteen van de eerdere arresten. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad in r.o. 4.2:

“Hansteen heeft gesteld dat zij gerechtigd was de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen. Het hof is in zijn rov. 3.3 (zie hiervoor in 3.2.3) van de juistheid van deze stelling uitgegaan, zodat deze ook in cassatie tot

uitgangspunt dient. Gegeven dit uitgangspunt, brengt de omstandigheid dat ABN AMRO, nadat zij aan haar betalingsverplichting ter zake had voldaan, verhaal heeft genomen op de boedel van Bouwgros – dit in weerwil van hetgeen hiervoor in 4.1 is overwogen – en dat de curator zich hiertegen niet heeft verzet, niet mee dat Hansteen ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel. De ontvangst van een betaling waarop Hansteen (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.”

Uit het arrest volgt dat de verhuurder niet ongerechtvaardigd wordt verrijkt door te claimen onder een bankgarantie waarin de bank zich jegens de verhuurder heeft verbonden om als eigen schuld (onder meer) de schade te voldoen die verhuurder lijdt doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement tussentijds door de curator wordt opgezegd. Zelfs – of ook – niet, nu de bank verhaal heeft kunnen halen op de boedel via een contra-garantie. Dit is niet in strijd met de eerdere arresten van de Hoge Raad, aangezien de Hoge Raad eerder niet heeft geoordeeld over de vraag of de verhuurder ongerechtvaardigd is verrijkt. De curator zal zich tot de bank/garant moeten wenden die zich ten onrechte verhaalt op de boedel. Dat had de curator inzake *Hansteen/Verwiel q.q.* blijkbaar nagelaten.

3. (Bank)garantie

Betekent dit nu dat een verhuurder altijd kan claimen onder een bankgarantie? Nee, deze zekerheid valt aan de hand van het arrest van de Hoge Raad (nog) niet te geven. De Hoge Raad moest bij de beoordeling van de casus uitgaan van de veronderstelling dat verhuurder gerechtigd was de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen. De Hoge Raad laat deze aanname op verschillende plaatsen in het arrest blijken. Onder andere aan het begin van r.o. 4.2.

Of de bank/garant daadwerkelijk moet uitkeren hangt onder andere af van de tekst van de (bank)garantie en van de huurovereenkomst. In de huurovereenkomst of in de garantie moet een verplichting tot vergoeding van leegstandschade zijn neergelegd. Deze aansprakelijkheid volgt immers niet uit artikel 39 Fw.

Daarnaast moet de (bank)garantie geen zogenoemde “uitsluitingen” of voorwaarden bevatten. Het model dat is opgesteld door de Raad voor Onroerende Zaken, hierna: “ROZ”, bevat deze uitsluitingen of voorwaarden niet. Naar aanleiding van de arresten *Aukema q.q./Uni-invest* en *Romania* is discussie ontstaan over de (model)tekst van de bankgarantie. Veel banken bleken niet meer bereid een bankgarantie af te geven volgens het ROZ-model. Het is de banken en de ROZ vooralsnog niet gelukt gezamenlijk een nieuwe modeltekst vast te stellen, waardoor verschillende banken hun eigen “model” zijn gaan hanteren. In de praktijk zien wij dan ook verschillende varianten voorbijkomen van garantieteksten. Over het algemeen bevatten dergelijke bankgaranties “uitsluitingen”. Daarmee bedoel ik een clause inhoudende

dat van de garantie zijn uitgesloten vorderingen van verhuurder uit hoofde van schadevergoeding voor gederfde huurtermijnen, of andere vorderingen van verhuurder die niet in aanmerking komen voor verificatie, die het gevolg zijn van tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst op de voet van artikelen 39, 238 of 305 Fw of een andere insolventieregeling.

Daarnaast is naar aanleiding van Romania in garanties regelmatig een bepaling opgenomen dat de garant geen regres mag nemen op de boedel. Naar nu blijkt is een dergelijke bepaling niet nodig in de garantie. Dat neemt niet weg dat de garant aan uitkering onder de garantie de voorwaarde zou kunnen verbinden dat de garant alleen bedragen hoeft uit te keren die vatbaar zijn voor regres en die de garant dus kan indienen in het faillissement. Vergoeding van leegstandschade kan door de garant met een beroep op zo'n voorwaarde worden geweigerd.

4. Gevolgen vastgoedpraktijk

Voor de vastgoedpraktijk is het lastig dat geen sprake meer is van een standaard model bankgarantie. Het verstrekken van de bankgarantie is over het algemeen een sluitstuk van het ondertekenen van de huurovereenkomst. In veel gevallen staat in de huurovereenkomst nog dat de huurder een bankgarantie moet verstrekken volgens het door verhuurder voorgeschreven (ROZ) model. De modeltekst van de bankgarantie wordt vaak al als bijlage bij de huurovereenkomst gevoegd. Huurder, niet gehinderd door kennis over deze discussie, komt er vervolgens bij het aanvragen van de bankgarantie pas achter dat de bank niet bereid is een bankgarantie te verstrekken volgens het door de verhuurder voorgeschreven model. In verschillende situaties heb ik gezien dat dit ertoe heeft geleid dat naast de bankgarantie een aanvullende concerngarantie moest worden verstrekt voor vorderingen die niet werden gedekt onder de bankgarantie, of alsnog werd gekozen voor het storten van een waarborgsom.

5. Positie verhuurders

Verhuurders met een goede garantie komen gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad goed weg. Door banken en curatoren wordt wel gesteld dat dit onredelijk is en dat verhuurders zo onder hun – door de wetgever beoogde – risico uitkomen. Artikel 39 Fw is immers de resultante van een afweging van belangen, waarbij het feit dat de huur boedelschuld is vanaf de datum van faillissement gezien kan worden als compensatie voor het feit dat de curator en de verhuurder de huurovereenkomst tussentijds kunnen beëindigen.

Vanuit de vastgoedpraktijk wil ik daar een kanttekening bij plaatsen. In de meeste huurovereenkomsten wordt een bankgarantie overeengekomen ter hoogte van 3 maanden huur. Deze bankgarantie gaat veelal "op" aan huurachterstand ten tijde van de faillietverklaring (dus geen leegstandschade) en opleveringsschade. In die zaken vindt dus geen discussie plaats over leegstandschade.

Het zijn de bijzondere huurovereenkomsten, zoals huurovereenkomsten die worden gesloten in het kader van sale-and-lease-backtransacties, waar een relatief grote garantie wordt overeengekomen of, zoals vaak het geval is bij concerngaranties, zelfs een onbeperkte garantie (inzake *Hansteen/Verwiel q.q.* was de bankgarantie verstrekt voor een bedrag gelijk aan één jaar huur).

Dit is niet vreemd. Huurder, of een aan huurder gelieerde partij, heeft in deze zaken het vastgoed verkocht aan de partij die vervolgens verhuurder wordt. De huurovereenkomst maakt onderdeel uit van deze vastgoedtransactie. De door de verhuurder betaalde koopsom is afhankelijk van de verwachte huuropbrengsten. Is de huur hoger, dan moet de koper/verhuurder dus een hogere koopprijs betalen. De koper/verhuurder gaat de transactie aan op basis van informatie van de huurder/verkoper. De huurder/verkoper ontvangt in het kader van de transactie een (aanzienlijke) koopsom, die dus gebaseerd is op de overeengekomen huurprijs en de verwachting dat minimaal 10, meestal 15, jaar wordt gehuurd en wel door deze specifieke huurder. Het gaat soms ook om incurante objecten. Het is begrijpelijk dat de koper/verhuurder deze transactie alleen aan wil gaan als er enige mate van zekerheid is. Een garantie ter hoogte van één jaar huur is in die zaken heel gebruikelijk. Kijken we naar de procedure *Hansteen/Verwiel q.q.*, dan is dat terecht. Het faillissement is uitgesproken binnen één jaar na het aangaan van de sale-and-lease-backtransactie. De huurder – althans de aan huurder gelieerde verkoper – heeft de koopsom van de verhuurder ontvangen op basis van het vooruitzicht dat de huurovereenkomst gedurende de overeengekomen termijn zou lopen. Een garantie voor een bedrag gelijk aan één jaar huur is in zo'n geval een doekje voor het bloeden.

Moet het risico dan bij de banken worden gelegd? De bank bedingt over het algemeen een contra-garantie. Dit kan een garantie zijn van de huurder, maar dat hoeft niet. In het kader van een groepsfinanciering wordt vaak een garantie door een ander concernonderdeel gegeven. Dit voltrekt zich buiten het beeld van de verhuurder. Wil de bank niet het risico lopen dat de curator bij haar aan kan kloppen, dan zal de bank de contra-garantie goed in moeten steken en bijvoorbeeld een contra-garantie moeten bedingen van een andere entiteit binnen de groep. Dit heeft de bank bij het aangaan van de garantie al in de hand.

Daarnaast zal de vastgoedpraktijk na moeten denken over alternatieven voor de bankgarantie als banken het risico te groot vinden.

6. Conclusie

Het heeft even geduurd, maar nu heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de verhuurder niet ongerechtvaardigd wordt verrijkt door het trekken van een (bank)garantie voor leegstandschade. Of de verhuurder daadwerkelijk gebruik kan maken van de (bank)garantie hangt van de tekst van de garantie af, maar de verhuurder wordt niet belemmerd door artikel 39 Fw. Volledige zekerheid op alle punten is er nog niet, maar het beeld wordt met ieder arrest van de Hoge Raad een stukje scherper.