

Column: Zeven zekerheden bij huur

30-11-2015 09:31

Het is een terugkerende vraag bij huurovereenkomsten. Welke zekerheid moet je als verhuurder vragen? Vraag je een bankgarantie? Of is een concerngarantie ook goed? Of kan je misschien genoeg nemen met een 403-verklaring? Hieronder de zeven belangrijkste zekerheden op een rij.

1. Waarborgsom

De eenvoudigste vorm van zekerheid is de ouderwetse waarborgsom: de huurder betaalt bij aanvang van de huurovereenkomst een som bovenop de eerste huurtermijn en als alles goed gaat krijgt hij dat bedrag na afloop van de huurovereenkomst weer terug. Bij de huur van woonruimte komt de waarborgsom veel voor. Bij bedrijfsruimte is hij minder populair. Dat ligt vooral aan het feit dat een waarborgsom beslag legt op de liquiditeit van de huurder en ook een aparte financiële administratie vereist. Het wordt simpeler gevonden om een bankgarantie of een concerngarantie te stellen.

2. 403-verklaring

Een vennootschap die behoort tot een concern is vrijgesteld van de verplichting haar jaarrekening te publiceren als de moedermaatschappij van het concern bij het handelsregister een verklaring deponeert dat zij hoofdelijk instaat voor de schulden van de vrijgestelde dochtervennootschap. Dit noemt men wel een 403-verklaring (naar het wetsartikel waar de regeling is terug te vinden). Huurders proberen wel eens te ontkomen aan het stellen van zekerheid door erop te wijzen dat hun moedermaatschappij een dergelijke 403-verklaring heeft afgegeven. Verhuurders die hiermee te maken krijgen moeten echter een aantal dingen voor ogen houden.

Ten eerste is de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij afhankelijk van de tekst van de gedeponeerde verklaring. Is de verklaring dubbelzinnig, of is de aansprakelijkheid van de moeder daarin beperkt, dan zal de verhuurder zijn vordering mogelijk niet (volledig) op de moeder kunnen verhalen.

Ten tweede geldt de 403-verklaring alleen voor de zogenaamde rechtshandelingen van de dochtervennootschap. Verplichtingen die rechtstreeks uit de wet voortvloeien, zoals belastingschulden of verplichtingen uit onrechtmatige daad, vallen niet onder de 403-verklaring.

En last but not least kan de 403-verklaring op elk moment weer worden ingetrokken. De aansprakelijkheid voor de oude huurschulden blijft dan weliswaar bestaan, maar de betaling van toekomstige huurtermijnen is niet onder alle omstandigheden langer gegarandeerd.

Door de bovenstaande eigenschappen is de 403-verklaring eigenlijk niet geschikt als enige vorm van zekerheid. De verhuurder kan beter een bankgarantie of een goed geformuleerde concerngarantie bedingen. De 403-verklaring kan eventueel wel een goede aanvullende zekerheid zijn.

3. Borgtocht

Borgtocht is de overeenkomst waarbij een derde, de borg, zich tegenover de schuldeiser verbindt tot nakoming van de verplichtingen van de schuldenaar. Vaak zal het een moedermaatschappij zijn die zich tegenover de verhuurder borg stelt voor de verplichtingen van de hurende dochter. Maar het kan ook gaan om een voormalige huurder die zich in het kader van een indeplaatsstelling borg stelt voor de verplichtingen van de opvolgende huurder. Borgtocht kan gelden voor alle verplichtingen van de huurder, maar kan ook beperkt worden tot een bepaald bedrag.

Borgtocht draagt een subsidiair karakter: de borg kan pas worden aangesproken wanneer de huurder in

verzuim is geraakt. Daarnaast is borgtocht afhankelijk: eindigt de betalingsverplichting van de huurder, dan eindigt ook de betalingsverplichting van de borg. Borgtocht is daarom minder geschikt als zekerheid tegen leegstandschade: de huurtermijnen die de verhuurder misloopt doordat de huurovereenkomst voortijdig wordt beëindigd kunnen ook niet bij de borg worden geclaimd.

In de volksmond wordt borgtocht vaak aangeduid als een 'garantie' ('X stelt zich garant voor de betaling van de huur door Y'). Als de overeenkomst in werkelijkheid neerkomt op borgtocht dan zijn de wettelijke bepalingen inzake borgtocht van toepassing. Het is goed om dat voor ogen te houden. Met name de zogenaamde 'particuliere borgtocht' kent een paar lelijke valkuilen.

4. Een medehuurder?

Verhuurders proberen ook wel eens om hun verhaalspositie te versterken door een partij – een bestuurder, of een moedermaatschappij bijvoorbeeld – als hoofdelijk verbonden medehuurder in de huurovereenkomst op te nemen. Wanneer de medehuurders daadwerkelijk allebei van het gehuurde gebruik maken, dan zijn beide huurders hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de huur. Als één huurder failliet gaat, wordt de huurovereenkomst voortgezet door de andere huurder. Als de afspraak echter louter bedoeld is om de verhuurder extra financiële zekerheid te verschaffen – hetgeen bijvoorbeeld kan blijken uit het feit dat de 'medehuurder' nooit daadwerkelijk van het gehuurde gebruik maakt – bestaat de kans dat de afspraak als borgtocht zal worden aangemerkt. Het opnemen van een partij als medehuurder is dus geen waterdichte manier om aan de wettelijke voorschriften van borgtocht te ontkomen.

5. Bankgarantie

De meest gebruikte vorm van zekerheid bij commerciële huurovereenkomsten is zonder twijfel de bankgarantie: de overeenkomst waarbij de bank zich verplicht om een bepaald bedrag aan de verhuurder te betalen in het geval de huurder tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Meestal gaat het daarbij om een garantie met een zogenaamd first demand-karakter, ofwel: eerst betalen en dan praten. Maar partijen kunnen ook afspreken dat de bank niet hoeft te betalen voordat de rechter daar een uitspraak over heeft gedaan.

De bankgarantie heeft voor de verhuurder een aantal belangrijke voordelen. Eén daarvan is dat banken over het algemeen solvabel zijn. Hoewel dit voordeel de laatste jaren enigszins aan betekenis heeft verloren, zal over de solvabiliteit van een bank meestal minder discussie bestaan dan over de solvabiliteit van een willekeurige moedermaatschappij. Een tweede voordeel – vooral ten opzichte van de concerngarantie – is dat banken doorgaans min of meer onpartijdig zijn. Verzoekt de verhuurder om uitbetaling, dan zullen banken in de regel geneigd zijn daar zonder veel discussie gehoor aan te geven.

Een derde voordeel, dat de bankgarantie overigens gemeen heeft met de concerngarantie, is dat de betalingsverplichting onder de garantie zelfstandig is en dus niet afhankelijk van het voortbestaan van de betalingsverplichting van de huurder. De bankgarantie en concerngarantie verschillen daarin van borgtocht, waarbij de verplichtingen van de borg juist wel afhankelijk zijn van de verplichtingen van de huurder. Hoewel daar even onzekerheid over bestond, is in de rechtspraak uitgemaakt dat de bankgarantie in beginsel ook betrekking kan hebben op leegstandschade: de huur die de verhuurder misloopt doordat de huurder failliet wordt verklaard en de curator de huurovereenkomst beëindigt. De bank mag dan echter geen verhaal zoeken op de faillissementsboedel. In de praktijk zal dit er waarschijnlijk toe leiden dat banken de reikwijdte van hun garanties zullen gaan beperken.

6. Concerngarantie

Een populair alternatief voor de bankgarantie is de concerngarantie: de overeenkomst waarbij de moedermaatschappij van de huurder als zelfstandige verplichting op zich neemt om een bepaald bedrag aan

de verhuurder te betalen in het geval de huurder tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Evenals een bankgarantie kan een concerngarantie een first demand-karakter hebben: de moedermaatschappij verplicht zich dan zonder discussie tot betaling over te gaan.

Een voordeel van de concerngarantie ten opzichte van de 403-verklaring is dat de concerngarantie specifiek ten behoeve van de verhuurder wordt afgegeven en dat de verhuurder de garantie niet hoeft te 'delen' met alle andere schuldeisers van de groepsmaatschappijen. Een ander voordeel is dat de concerngarantie in beginsel onherroepelijk zal zijn en dat die zich kan uitstrekken tot alle vormen van aansprakelijkheid. Een belangrijk voordeel ten opzichte van de bankgarantie is dat de concerngarantie in beginsel geen beslag legt op de liquiditeit van de moedermaatschappij en dat de kosten daarvan te verwaarlozen zijn.

Hoewel dit laatste voordeel in de eerste plaats aan de huurder ten goede komt, stelt het de verhuurder in staat om een verdergaande garantie te verkrijgen dan zij bij een bankgarantie had kunnen krijgen. Zo zie je in de praktijk regelmatig concerngaranties die zich uitstrekken over alle verplichtingen van de huurder, terwijl bankgaranties in de regel niet verder gaan dan drie tot zes maanden huur.

7. Pandrecht op inventaris en voorraden

Een laatste vorm van zekerheid, die vooral in de horeca voorkomt maar ook in andere branches relevant kan zijn, is de vestiging van een pandrecht op de inventaris en voorraden van de huurder. Ontstaat er een huurachterstand, dan kan de verhuurder zich verhalen op de inventaris en voorraden. Dit noemt men het recht van parate executie. Gaat de huurder failliet dan hoeft de pandhouder daar in beginsel geen last van te hebben. De pandhouder is dan een zogenaamde separatist: hij kan zijn pandrecht dan uitoefenen alsof er helemaal geen faillissement was.

Dat klinkt allemaal te mooi om waar te zijn en dat is het ook. Er zitten namelijk nogal wat haken en ogen aan de uitoefening van een pandrecht op inventaris en voorraden. Zo geldt het pandrecht bijvoorbeeld niet voor voorraden waar een eigendomsvoorbehoud op rust. Wil de verhuurder een pandrecht op de inventaris, dan moet hij er rekening mee houden dat die inventaris waarschijnlijk al aan de bank is verpand, of aan een andere financier. De verhuurder kan dan hoogstens een tweede pandrecht vestigen, maar daar zal hij in de praktijk weinig aan hebben. Gaat de huurder failliet, dan moet de verhuurder er bovendien rekening mee houden dat de fiscus een bodemrecht heeft, dat weer voorgaat op het pandrecht van de verhuurder.

Is het pandrecht van de verhuurder dan helemaal niets waard? Toch wel. In de eerste plaats omdat niet op alle voorraden steeds een eigendomsvoorbehoud zal rusten en niet alle inventaris steeds aan een ander zal zijn verpand. In de tweede plaats omdat het recht van parate executie in de praktijk een efficiënt drukmiddel kan zijn. Daarnaast gaat de fiscus bij schulden van vóór het faillissement weliswaar voor op de pandhouder, maar kan de verhuurder zijn pandrecht met betrekking tot ná het faillissement vervallen huurtermijnen ongestoord uitoefenen. Bedenkt men ten slotte dat de vestiging van het pandrecht goedkoop en uitermate eenvoudig is, dan is er eigenlijk geen goede reden om geen pandrecht te vestigen.

Een column van Jonathan Gal, vastgoedadvocaat en partner bij [Buren Legal](#).