



IF IT AIN'T BROKE, DON'T FIX IT

KIRSTEN HAANSTRA

Sommige dingen in het leven zijn gewoon goed. Die moet je niet veranderen. Neem bijvoorbeeld het traditionele grote bierfeest dat jaarlijks bij onze oosterburen plaatsvindt: sinds 1810 is het Oktoberfest een fenomeen. In een sterk gemoderniseerde wereld straalt dit volksfeest nog steeds traditie uit. Moeiteloos integreert de vastgoedwereld hierin. Het is een van die weinige momenten waarop de zakelijke vastgoedwereld het maat- en mantelpak inwisselt voor traditionele lederhosen en dirndls. Anno 2015 nog steeds een groot succes. De Duitse traditie van pullen bier gecombineerd met schnitzels blijft er een van alle tijden.

Juristen zijn doorgaans traditioneel en risico avers. Daarmee wil ik overigens niet zeggen dat alle juristen van het Oktoberfest houden. Juristen kijken naar uitspraken van rechters in het verleden om het heden te begrijpen. Als de wettekst niet helemaal duidelijk is, dan wordt gekeken wat de wetgever, soms tientallen jaren geleden, zou hebben bedoeld. Daardoor gaan veranderingen in de juridische wereld vaak langzaam. Vaak, maar niet altijd. Soms verandert een uitspraak het juridisch landschap in korte tijd.

Sinds 2011 heeft de Hoge Raad een aantal belangrijke arresten gewezen over de verhaalbaarheid van vorderingen onder bankgaranties bij faillissement. Uit deze Hoge Raad-jurisprudentie volgt kort gezegd dat een opzegging van een huurovereenkomst in faillissement op grond van artikel 39 van de Faillissementswet een regelmatige vorm van beëindiging is. Deze verplicht niet tot het vergoeden van (leegstands)schade (de gederfde toekomstige huurpenningen). Een schadevergoedingsbeding in de huurovereenkomst waarbij een huurder verplicht is deze leegstandsschade te vergoeden, kan daarom die reden niet tegen de failliete boedel worden ingeroepen.

Een dergelijk schadevergoedingsbeding zou in de relatie tussen de verhuurder en de failliete schuldenaar wellicht wel gelding hebben. Dit kan er soms toe leiden dat een derde (een moedermaatschappij, een bank) die zich garant heeft gesteld voor de huurder, wel verplicht is tot uitbetaling aan de verhuurder, maar geen regresvordering op de failliete boedel van de huurder heeft. De mogelijke uitleg van de Hoge Raad-

uitspraken – uitbetaling zonder mogelijkheid tot regres – deed het nodige stof bij (onder meer) banken opwaaien. In de literatuur werd voorspeld dat de bereidheid van banken tot het verstrekken van bankgaranties zou afnemen of dat banken bij het afgeven van bankgaranties zouden anticiperen op de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie. Het stof is inmiddels wat neergedwarreld. Veel juristen zijn inmiddels van mening dat leegstandsschade (de gederfde toekomstige huur) wel onder een concerngarantie kunnen worden verhaald, maar niet onder een bankgarantie.

In de praktijk hanteren sommige banken – soms op lokaal niveau – een eigen standaard bankgarantie, omdat het ROZ-model geen rekening zou houden met de recente Hoge Raad-jurisprudentie. In het bijzonder geldt dat voor het hierboven genoemde risico dat banken geen regresvordering zouden hebben onder de contragaranties, althans dat die vordering beperkt zou zijn tot de huurpenningen tot de einddatum van de huurovereenkomst en de opleverschade.

Het gevolg hiervan is dat er inmiddels verschillende bankgaranties in omloop zijn. De bewoordingen van deze verschillende bankgaranties lopen uiteen. Mijn conclusie is dat deze modellen onduidelijk en dubbelzinnig geformuleerd zijn, afbreuk doen aan het abstracte karakter van een 'on demand'-bankgarantie en doorgaans de verhaalbaarheid van een vordering (zowel in als buiten een faillissement) van een verhuurder nog verder beperken dan de jurisprudentie van de Hoge Raad reeds heeft gedaan. Voor verhuurders en beleggers is deze ontwikkeling op zijn zachtst gezegd onwenselijk. De verschillen in formuleringen komen bovendien de rechtspraktijk niet ten goede.

Het is tijd voor nader overleg tussen ROZ en de banken. De huidige standaard behoeft in mijn ogen niet eens zoveel aanpassing. In veruit de meeste gevallen zal de bankgarantie beperkt zijn tot 3 maanden huur, zodat het door de banken gesignaleerde probleem van het ontbreken van een regresvordering niet aan de orde is. In dat geval zou ik het graag bij het oude willen laten: if it ain't broke, don't fix it.

Kirsten Haanstra is vastgoedadvocaat bij CMS