

Het jaar 2013 is inmiddels twee maanden oud. In deze twee maanden is er veel gebeurd. Niet alleen op economisch gebied, maar ook op juridisch gebied.

In deze nieuwsbrief ontvangt u daarom informatie over:

- wijziging bodemvoorrecht;
- hypotheekakte in beginsel geen executorialie titel voor restantvordering;
- zorgplicht banken verder verscherpt en
- vervolg verzamelpancake-constructie.

Wijziging bodemvoorrecht

De wijzigingen van het bodemvoorrecht houden bij financiële instellingen de gemoederen bezig.

Zekerheidsgerechtigden (meer specifiek: pandhouders) en overige derde gerechtigden dienen vanaf 1 januari 2013 bij de Ontvanger te melden indien zij handelingen verrichten ten aanzien van een bodemzaak.

De Ontvanger dient binnen vier weken kenbaar te maken of zij haar rechten ten aanzien van een bodemzaak wenst uit te oefenen.

Bovenstaande regeling is geformaliseerd in artikel 22bis Invorderingswet 1990.

De redactie van dit wetsartikel is ruim. Het simpelweg toepassen van de bodemverhuurconstructie is niet meer mogelijk. Andere handelingen verrichten lijkt tevens te zijn uitgesloten. Immers, de bepaling komt erop neer dat de kwalificatie 'bodemzaak' niet opeens van kleur mag verschieten.

De wetswijziging (beter is: aanvulling) kent een overgangsbepaling. De wet geldt alleen voor belastingschulden ontstaan na 1 januari 2013. Tevens kunnen pandhouders en overige derden die hun recht verkregen vóór 31 december 2012 hun rechten tot 1 april 2013 uitoefenen 'op de oude manier'. Nadien is het nieuwe regime van toepassing.

Mogelijk (met alle voorbehouden vandiende gezien de tekst van de wet en de parlementaire geschiedenis) is een oplossing te zoeken in de hoedanigheid van degene die grip probeert te krijgen op de bodemzaken, althans door het aannemen van een andere / reeds hebben van een hoedanigheid tevens grip krijgen op de bodemzaken. Het grip krijgen op de bodemzaken zou in dat geval een bijkomstigheid zijn.

Hypotheekakte en restantvordering



In de extra nieuwsbrief van augustus 2012 bent u geïnformeerd over een kort geding tussen een deurwaarder en een financiële instelling.

De rechtsvraag was: *“levert de grosse van de tussen partijen opgemaakte notariële hypotheekakte tevens een executorialie titel op in de zin van artikel 430 Rv, voor de na uitwinning van het hypotheekrecht overgebleven restantvorderingen uit hoofde van de overeenkomsten van geldlening die ten tijde van het verlijden van de hypotheekakte reeds bestonden?”*

Op 8 februari 2013 heeft de Hoge Raad (LJN: BY 4889) arrest gewezen nadat de rechtbank bovengenoemde prejudiciële vraag stelde.

De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.7: *“De Hoge Raad ziet geen aanleiding om thans anders te oordelen dan in de zaak Rabobank/Visser. Daarbij wordt het volgende in aanmerking genomen. De grosse van een notariële akte heeft, evenals een rechterlijk vonnis, executorialie kracht (art. 430 Rv). Die akte geeft de schuldeiser derhalve de bevoegdheid om zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst de in die akte vermelde aanspraak met dwangmiddelen ten uitvoer te leggen op het vermogen van zijn schuldenaar. Bij die dwangmiddelen gaat het in de eerste plaats om de bevoegdheden die de deurwaarder bij de tenuitvoerlegging van een executorialie titel heeft, welke bevoegdheden hij ook tegen de wil van de geëxecuteerde kan uitoefenen, indien nodig met hulp en bijstand van de sterke arm. Gelet op het verstrekkende en ingrijpende karakter van deze bevoegdheden valt het bestaan daarvan alleen te aanvaarden indien de vordering waarvoor deze is verleend met voldoende bepaaldheid in de titel is omschreven. Daarom is in het arrest Rabobank/Visser de eis gesteld dat een notariële akte alleen dan een executorialie titel in de zin van art. 430 Rv oplevert indien deze betrekking heeft op vorderingen die op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaan en in de akte zijn omschreven, of op toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding. Het vorenstaande wordt niet anders door de omstandigheid dat de schuldenaar die de in de executorialie titel omschreven vordering betwist, een executiegeding aanhangig kan maken (art. 438 Rv). Uit de onderhavige akte zelf blijkt niet van het bestaan van enige concrete vordering of enige concrete rechtsverhouding waaruit een vordering kan voortvloeien. De akte voldoet aldus niet aan de eis dat de te executeren vordering daarin met voldoende bepaaldheid is omschreven. De in de akte opgenomen boekenclausule brengt hierin geen verandering, nu die evenmin het bestaan van een concrete vordering in de akte vastlegt, maar het bewijs van het bestaan daarvan afhankelijk maakt van een buiten de akte gelegen bron.”*

Het antwoord op de prejudiciële vraag luidt derhalve ontkennend. Dit heeft tot gevolg dat voor verhaal op het vermogen van een debiteur voor de restantvordering een titel behaald moet worden. Het ligt niet voor de hand dat een debiteur vrijwillig voor de restantvordering een nieuwe notariële akte laat opmaken. Een schuldeiser dient zich door het arrest meer in te spannen (zowel qua tijd als financiële middelen) om zijn restvordering te verhalen.

Zorgplicht verder verscherpt

Zorgplicht is hot. Vaak staat in de krant een bericht over bijvoorbeeld de afwikkeling van het faillissement van DSB Bank. De curatoren ontvangen per week meerdere zorgplichtklachten.

Over zorgplicht is veel geschreven en recht gesproken. Waar relatief weinig aandacht aan werd besteed is het moment van ingaan en eindigen van de zogenaamde klachttermijn. Deze termijn vloeit voort uit artikel 6:89 BW. Dit artikel luidt als volgt: *“De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd.”*

Wederom op 8 februari 2013 heeft de Hoge Raad arrest gewezen over artikel 6:89 BW in combinatie met zorgplicht (LJN: BX 7846, LJN: BX 7195 en LJN: BY 4600). Het antwoord op deze vraag is niet eenvoudig te geven. Immers, wat is 'redelijkerwijs' of 'bekwame tijd'?

Bij de beoordeling van tijdig klagen zijn alle relevante omstandigheden van het geval van belang. Onder andere zijn van belang de aard van de dienstverlening en de hoedanigheid van partijen. Bijvoorbeeld: de bank als een bij uitstek deskundige partij versus een particuliere belegger. Tevens komt waarde toe aan de aard van het gestelde gebrek.

Indien de wederpartij een consument is mag een bank er niet van uitgaan dat de cliënt zonder meer op de hoogte is van het bestaan van een zorgplicht. Het omgekeerde geldt wel: de cliënt mag er in beginsel van uitgaan dat de bank de zorgplicht jegens hem naleeft.

In rechte werd gestreden om een verstrekte financiering in 1998. Gezien het huidige tijdgewricht behoeft het voorgaande oordeel enige nuancering. Thans lijkt zorgplicht ingeburgerd. Voorts is de consument mondiger geworden en heeft deze meer informatiebronnen tot zijn beschikking. Onwetendheid met zorgplicht op dit moment ligt niet zonder meer voor de hand.

Specifiek voor beleggingsproducten is van belang om op te merken dat het enkele feit dat sprake is van kapitaalverlies niet leidt tot het automatisch ingaan van de klachttermijn.

Tot slot is bij beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van artikel 6:89 BW van belang of de schuldenaar nadeel ontdekt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd.

Verzamelpancake-constructie

In het arrest ING Bank / Dix q.q. oordeelde de Hoge Raad (3 februari 2012, LJN: BT 6947) dat de verzamelpancake-constructie is toegestaan. Een van de redenen waarom de Hoge Raad deze constructie toestaat is het economische belang. Het verkrijgen van een pandrecht op de rechten en vordering op derden is een veel voorkomend zekerheidsrecht. Door de verzamelpancake-constructie is de verpanding vereenvoudigd.

Desondanks bestaat in juridisch Nederland discussie over de houdbaarheid van de verzamelpancake-constructie.

Deze discussie heeft met name betrekking op de verleende volmacht. Gesteld wordt dat het verstreken van de volmacht in strijd is met artikel 42 Faillissementswet en artikel 47 Faillissementswet.

De curator stelde in cassatie het volgende aan de orde:

- de vraag of het verlenen van de volmacht tot verpanding dient te worden aangemerkt als een onverplichte rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw (middel 1);
- de vraag of ING wetenschap had van de faillissementsaanvraag dan wel of sprake is geweest van overleg, één en ander in de zin van art. 47 Fw (middel 2) en
- de vraag of de stampandakte en de volmachtverlening dienen te zijn geregistreerd om rechtsgevolg te hebben (middel 4).

De Hoge Raad oordeelde dat de volmachtverlening niet kan worden aangemerkt als een onverplichte rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw, ook al was deze specifieke wijze van uitvoering van de verplichting tot verpanding niet overeengekomen. Deze verplichting vloeide voort uit de stampandakte.

Van samenspanning was ook geen sprake. Artikel 47 Fw miste in dit geval toepassing.

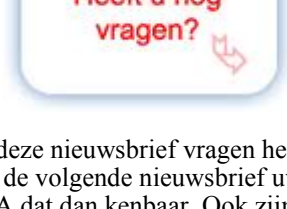
De in middel 4 aangevoerde klacht leidde niet tot cassatie. Desondanks oordeelde de Hoge Raad dat *“mede in verband met de mogelijkheid van antedatering is, wil een verpandingsconstructie als de onderhavige rechtsgevolg hebben, nodig dat de eerdere datering vaststaat van zowel de akte waarin de titel voor de verpanding ligt besloten als de akte waarin de volmacht is verleend. In de zaak Dix/ING was aan die eis voldaan door registratie van de desbetreffende kredietofferte (tevens stampandakte), die ook de volmachtverlening behelsde. Hieruit volgt niet dat alleen op grond van registratie kan worden aangenomen dat de datering van de akten vaststaat. Indien die datering niet betwist, ligt het in beginsel op de weg van de partij die zich op de akte beroept om de juistheid van die datering te bewijzen.”*

Uit het bovenstaande volgt het bewijs van de stampandakte als de volmachtverlening geregistreerd dienen te zijn.

Afsluiting

Bovenstaande onderwerpen zijn overzichten een selectie van de recente ontwikkelingen. Op 1 januari 2013 is bijvoorbeeld ook het wetsvoorstel Bestuur & Toezicht in werking getreden. Voorts staat het onderwerp 'toestemming andere echtgenoot' (artikel 1:88 BW) in de spotlights. Wederom blijken uit rechtspraak strengere eisen. Het criterium 'normale beroeps- of bedrijfsuitoefening' is een lastig te nemen hobbel. Voor wat betreft dit onderwerp geldt 'voorkomen is beter dan genezen'. Het mee laten tekenen van een echtgenoot / geregistreerd partner heeft derhalve de voorkeur. Bijvoorbeeld in geval van aandelentransacties en het verstreken van een financieel. Het is bij een dergelijke transactie van belang dat eerst de aandelentransactie is afgewikkeld en vervolgens de financiering wordt verstrekt. Indien de volgorde andersom is, is in ieder geval artikel 1:88 BW van toepassing.

Uit deze nieuwsbrief blijkt dat het jaar 2013 juridisch knallend is begonnen. Indien u over een onderwerp nadere informatie wenst te ontvangen of in de praktijk tegen een probleem aanloopt, vernemen wij dat graag en zoeken samen met u naar een passende oplossing.



Indien u naar aanleiding van deze nieuwsbrief vragen heeft, dan weet u Advocatenkantoor DKA wel te vinden. Meent u dat in de volgende nieuwsbrief uw vraag wordt in woorden beantwoord? Maak Advocatenkantoor DKA dat dan kenbaar. Ook zijn uw suggesties welkom!

De inhoud van deze nieuwsbrief is dynamisch. Stuur uw vraag daarom naar: berrevoets@dkadvocaat.nl.

Deze informatie is door Advocatenkantoor DKA B.V. met zorg samengesteld, maar voor de juistheid en volledigheid daarvan kan niet worden ingestaan. Advocatenkantoor DKA B.V. aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid voor de juistheid en volledigheid van deze hand-out.