

Het jaar 2012 heeft de eerste weken volbracht. Volgens voorspellingen belooft 2012 een turbulent jaar te worden. De eerste week van januari voldeed daar qua weertype in ieder geval aan. Deze verliep stormachtig en in de noordelijke provincies was hoogwater.



Volgens een persbericht van het CPB verkeert de Nederlandse economie in een recessie. De economie krimpt en de werkloosheid stijgt. In dat opzicht staat het water ook aan de lippen.

Maar het tij kan keren. Vaak heeft u dat zelf in de hand. Ook daarom start Advocatenkantoor DKA met een nieuwsbrief. Het doel van deze nieuwsbrieven is u per kwartaal te informeren over actuele (juridische) onderwerpen.

In deze nieuwsbrief komen de volgende onderwerpen aan de orde:

- Overkreditering;
- Huur en faillissement: geen verplichting tot schadevergoeding;
- Bank en onzekerheid: het verpandingsverbod;
- Bodemvoorrecht fiscus;
- Wetsvoorstellen.

Overkreditering

Overkreditering is hot. Met name in combinatie met zorgplicht. In haar dagelijkse praktijk merkt Advocatenkantoor DKA dat partijen zich steeds vaker op het standpunt stellen dat een verstrekte financiering niet binnen de bandbreedten past. Maar wat is overkreditering?

Een exacte betekenis van overkreditering is niet eenvoudig te geven. Het begrip wordt vaak in verband gebracht met consumptieve kredietverlening. In het algemeen geldt dat van overkreditering sprake is wanneer een zodanige schuldsituatie of schuldsituatie ontstaat dat de geldlener in moeilijkheden komt te verkeren.

In 2007 is door EIM B.V. in opdracht van het Ministerie van Financiën onderzoek gedaan naar overkreditering. Het onderzoek richtte zich primair op het consumptief krediet dat valt onder de Wft. In dit onderzoek gebruikten de onderzoekers de volgende definitie voor overkreditering: "van overkreditering is sprake wanneer een consument niet meer aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen zonder aanspraak te maken op de bestedingsruimte die nodig is om in de kosten voor fundamenteel levensonderhoud te voorzien". Ook deze definitie laat ruimte open voor discussie. Thans zijn in bijvoorbeeld de Wft en in de Gedragscode Hypothecaire Financieringen normen opgenomen om overkreditering te voorkomen.

De gevolgen van overkreditering zijn te splitsen in twee groepen. Publiekrechtelijk (bijvoorbeeld boetes van AFM) en privaatrechtelijk. Degene aan wie een financiering is verstrekt kan alleen een beroep doen op de privaatrechtelijke gevolgen. De gevolgen zijn divers van aard. Te denken valt aan een verzoek tot het betalen van schadevergoeding. Een andere mogelijkheid is het vernietigen van een financieringsovereenkomst. Ongeacht op welke grond een beroep wordt gedaan, dient de rechtzoekende wel aan de eisen van een grondslag te voldoen. In de praktijk komt regelmatig voor dat 'bezint eer ge begint' wordt overgeslagen.

Dat geldt overigens ook voor de kredietverstrekker. Het is van belang om een dossier op te bouwen. Leg vast welke gegevens zijn gebruikt om de hoogte van de financiering te bepalen en welke informatie u de kredietnemer heeft verstrekt. Achteraf blijkt dat het investeren van tijd in dossieropbouw zich terugbetaalt.

Huur en faillissement

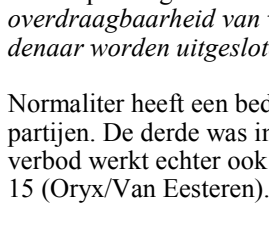
Het verhuren van een onroerende zaak en faillissement. Voor de verhuurder heeft dat tot gevolg dat vaak de huurovereenkomst door de aangestelde curator op de kortst mogelijke termijn wordt opgezegd. Deze termijn bedraagt in beginsel drie maanden. Aan de periode voorafgaand aan het faillissement heeft de huurder zich meestal ook al niet van zijn verplichtingen gekweten. Gedurende de opzegperiode zijn de huurpenningen verschuldigd (boedelschuld). Voor de verhuurder een financiële strop. Heeft de verhuurder recht op schadevergoeding wegens leegstand?



Nee. De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van 14 januari 2011 (LJN: BO3534) dat een opzegging op grond van artikel 39 Faillissementswet een regelmatige beëindiging van de huurovereenkomst is die niet tot schadevergoeding verplicht. De Hoge Raad overwoog: "De opzegging op de voet van art. 39 is een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst, die niet tot schadevergoeding verplicht. Het resultaat van de bedoelde belangenafweging kan niet 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 art. 39 zou zijn beëindigd."

De verhuurder krijgt als zekerheid veelal een bankgarantie. Het arrest van de Hoge Raad ging daar niet expliciet op in. Ook deze weg is afgesloten. Het Gerechtshof te Amsterdam overwoog in een recent arrest (27 december 2011, LJN: BV0061): "De rechtspraak van de Hoge Raad brengt mee dat wat schadevergoedingsbedingen betreft, onderscheid gemaakt moet worden tussen enerzijds de gevallen van opzegging op de voet van artikel 39 Fw waarin de wettelijke regeling een beding tot het vooraf bepalen van de schadevergoeding in geval van opzegging bij faillissement niet toelaat, en anderzijds gevallen waarin de wettelijke regeling (ook artikel 39 Fw) zich niet verzet tegen een contractuele regeling betreffende de vergoeding van schade, zoals bij een tussentijdse ontbinding. Nu [geïntimeerde] haar vordering baseert op een huurovereenkomst die op grond van artikel 39 Fw is beëindigd, brengt dat mee dat haar geen vordering tot schadevergoeding jegens de huurders toekomt. In het voorgaande is reeds overwogen dat de door Romania afgegeven garantie slechts ziet op de verplichting tot schadevergoeding in dit geval niet kan worden aangenomen, kan [geïntimeerde] niet met succes een beroep doen op de garantiebepaling."

Bank en onzekerheid: het verpandingsverbod



Een zekerheid die onzeker is? Dat is (helaas) mogelijk. Partijen komen daardoor voor verrassende situaties te staan die zich niet altijd lenen voor herstel. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien schuldeiser en schuldenaar zijn overeengekomen dat een vordering niet overgedragen kan worden aan een derde. Als gevolg van het systeem van de wet is daardoor een pandrecht op deze vorderingen niet mogelijk.

Het verpandingsverbod vloeit voort uit artikel 3:83 lid 2 BW. Dit artikel luidt als volgt: "De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten."

Normaliter heeft een beding tussen schuldeiser en schuldenaar alleen werking tussen deze twee partijen. De derde was immers niet betrokken bij het maken van deze afspraak. Het verpandingsverbod werkt echter ook jegens derden (absolute werking, zie HR 17 januari 2003, RvdW 2003, 15 (Oryx/Van Eesteren).

De pandhouder is vaak niet op de hoogte van een verpandingsverbod. Pas bij uitwinning van het pandrecht raakt de pandgever bekend met het verbod.

Het leed is dan al geschied. Bijna nooit komt de pandgever bescherming toe. Uit lagere rechtspraak blijkt dat op professionele partijen ter zake een (actieve) onderzoekspllicht rust. De mededeling in de pandakte dat de pandgever bevoegd is tot verpanding, doet daar niet aan af. Rechtbank Utrecht (4 februari 2009, LJN: BH1968) overwoog: "zij [een factoringmaatschappij, toevoeging MHB] is immers een professional op het gebied van factoring en dit brengt mee dat zij moet weten dat het in het handelsverkeer regelmatig voorkomt dat de mogelijkheid van cessie contractueel wordt uitgesloten. Zij heeft verder niet betwist de stelling van DHL dat contractuele cessieverboden in de vervoersbranche veel voorkomen. Gezien deze feiten en omstandigheden mag van een professionele partij als Parkerhouse verwacht worden dat zij voordat zij een overeenkomst tot cessie sluit, nagaat of er een contractueel beletsel bestaat voor overdracht van de vorderingen."

In de praktijk blijkt dat een bank bij de uitwinning van een pandrecht op vorderingen met een verpandingsverbod geconfronteerd wordt. Het verdient daarom aanbeveling om te onderzoeken of sprake is van een verpandingsverbod. In sommige gevallen kan aan een verbod een bepaalde uitleg worden gegeven. Dat is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In veel gevallen wordt het verbod echter niet anders.

Bodemvoorrecht fiscus: showroommodellen

Een pandrecht op inventaris (roerende zaken) is een gebruikelijke zekerheid voor een bank om te zorgen dat de financieringsweegschaal in evenwicht is. In veel gevallen staat dit pandrecht niet ter discussie. In veel gevallen, want er zijn uitzonderingen. Eén van die gevallen is het bodemvoorrecht van de fiscus. Het bodemvoorrecht van de fiscus (artikel 22 lid 3 Invorderingswet 1990) bepaalt dat, indien sprake is van bodemzaken, het fiscale verhaalsrecht van de fiscus geldt. Op grond van artikel 21 lid 2 Invorderingswet 1990 heeft de fiscus dan voorrang bij verhaal op deze goederen.

Van bodemzaken is sprake indien de roerende zaken dienen tot stoffering van een huis of landhoeve. Het gaat veelal om zaken die strekken tot enigszins duurzaam gebruik van het gebouw. Vallen showroommodellen onder het voorrecht?



Op 9 december 2011 wees de Hoge Raad (LJN: BT2700) een belangrijk arrest waarin duidelijkheid werd geschept. In lagere rechtspraak was geen eenduidige lijn waar te nemen. De Hoge Raad oordeelde dat het fiscale verhaalsrecht niet geldt met betrekking tot showroommodellen. Showroommodellen strekken niet tot enigszins duurzaam gebruik van de showroom of de winkel waarin zij zijn opgesteld en dienen niet ter stoffering.

Hoe kwam de Hoge Raad tot deze conclusie? Volgens de Hoge Raad behoren showroommodellen tot de handelswaar voor de verhandeling waarvan het gebouw dient. Los van het antwoord op de vraag of de showroommodellen ooit verkocht worden of niet. Een andere factor van belang is het feit dat showroommodellen met zekere regelmaat vervangen worden door bijvoorbeeld andere mode of gestelde eisen. Geen omstandigheid lijkt te zijn of de zaken bestemd waren of geschikt waren voor verkoop aan het publiek.

Indien wel geoordeeld was dat showroommodellen tot de bodem behoorden? Oplossing was geweest het in vuistpand nemen van de goederen door het toepassen van de bodemverhuurconstructie of het verplaatsen van de goederen. Niet alle goederen lenen zich echter voor eenvoudige verplaatsing. In beide gevallen dient snel gehandeld te worden. Vanwege haar ervaring kan Advocatenkantoor DKA u bij het zetten van deze stappen begeleiden.

Ten aanzien van de bodemverhuurconstructie wordt opgemerkt dat de uitvoering met regelmaat wordt betwist. Op korte termijn laat de Hoge Raad zich uit over de rechtsgeldigheid van de bodemverhuurconstructie.

Wetsvoorstellen

Een tweetal wetsvoorstellen op het gebied van ondernemingsrecht zou in 2011 voor vernieuwing moeten zorgen. Beide hebben dat niet gedaan.

Het Wetsvoorstel Personenvennootschappen is na jaren van voorbereiding alsnog ingetrokken. Minister Opstelten schreef in zijn brief aan de Eerste Kamer: "Het doel van wetgeving op het terrein van het vennootschapsrecht is enerzijds om ondernemers een juridische infrastructuur te bieden waardoor zij in staat worden gesteld hun activiteiten ten volle te ontplooiën en anderzijds om de bij de vennootschap betrokkenen - vennoten respectievelijk aandeelhouders, crediteuren - voldoende bescherming te bieden tegen (machts)misbruik. Tussen beide doelstellingen dient een zeker evenwicht te bestaan."

De nieuwe regeling voor de personenvennootschappen heeft tot op heden weinig steun gekregen van de beoogde gebruikers, met name ondernemers in het midden- en klein bedrijf. Zij hebben geen behoefte aan de nieuwe personenvennootschappen en vrezen de er mee gepaard gaande kosten. VNO-NCW en MKB Nederland hebben dat standpunt recent nogmaals aan mij bevestigd."



De flexibilisering van de B.V. lijkt wel doorgang te vinden. Op 1 juli 2012 wordt de wet 'Vereenvouding en Flexibilisering van het bv-recht' (waarschijnlijk) ingevoerd.

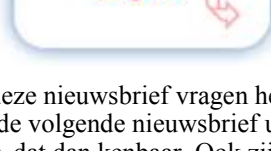
Dit wetsvoorstel heeft onder andere tot gevolg dat bij het oprichten van een B.V. geen kapitaal-eisen meer gelden (thans 'opstartkapitaal' € 18.000,00). De verplichte blokkering van aandelen komt ook te vervallen en de mogelijkheden van besluitvorming buiten de Algemene Vergadering van Aandeelhouders Fw worden verruimd.

De volgende keer...

Met een korte update van wetsvoorstellen is de eerste nieuwsbrief van Advocatenkantoor DKA inhoudelijk ten einde.

In de volgende nieuwsbrief komt aan de orde welke factoren een rol spelen bij het opzeggen van een financieringsrelatie. Een ander onderwerp zal de 'grijze' en 'zwarte'-lijst bij algemene voorwaarden en de gevolgen daarvan zijn.

Bij het versturen van de volgende nieuwsbrief zijn de gipsvluchten afgelopen. Daarom wordt stilgestaan op de positie van de werkgever en werknemer indien de werkdagen in zijn tijd bij sport een ongeluk krijgt waardoor werken tijdelijk niet mogelijk is.



Indien u naar aanleiding van de volgende nieuwsbrief vragen heeft, dan weet u Advocatenkantoor DKA wel te vinden. Meent u dat in de volgende nieuwsbrief uw vraag dient te worden 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.