

Advies commissie Gedragscode

Adviesnummer: 2009/02 (tweede hypotheek)

Datum advies: 22/06/2009

Korte inleiding:

Er wordt een dilemma voorgelegd. Het gaat over het verkrijgen van de veelal contractueel vereiste toestemming van de eerste hypotheekhouder voor de vestiging van een tweede hypotheek.

Adviesverloop

Het verloop van de adviesprocedure was als volgt. Bij brief d.d. 24 maart 2009 heeft het bestuur het onderhavige dilemma voorgelegd. Het verzoek is namens het bestuur ingediend door N. Zandvliet (bureau NEPROM).

Projectontwikkelaars geven soms een tweede hypotheek zonder de contractueel vereiste toestemming van de eerste hypotheekhouder te vragen. Notarissen werken hier soms aan mee. De meeste eerste hypotheekhouders hebben aan hun cliënten een verbod opgelegd zonder toestemming van de eerste hypotheekhouder een tweede of verdere hypotheek te vestigen. In veel hypotheekakten en/of de van toepassing zijnde algemene voorwaarden is bepaald dat indien de tweede hypotheek wordt gevestigd zonder toestemming van de eerste hypotheekhouder, de verstrekte lening direct opeisbaar is.

De Commissie Gedragscode heeft het dilemma tijdens haar bijeenkomst d.d. 1 april 2009 besproken in aanwezigheid van Jan Fokkema en Nicolette Zandvliet (bureau NEPROM). Tijdens een bijeenkomst van 22 juni 2009 is het advies vastgesteld.

De toelichting op de adviesaanvraag spitste zich tijdens de behandeling toe op de schending van bovenbedoelde contractuele verplichting.

Feiten

Er zijn geen concrete voorbeelden uit de praktijk besproken.

Overwegingen commissie

Voordat de Commissie concreet ingaat op de voorgelegde situatie over het geven van een tweede hypotheek, merkt zij meer in het algemeen eerst het volgende op. Voor de Commissie is het vanzelfsprekend dat gemaakte afspraken nagekomen worden, ook door NEPROM-leden. Aanknopingspunten voor dit uitgangspunt vindt zij in de geest en de tekst van de Gedragscode die bepaalt (in het hoofdstuk ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’):

“NEPROM-leden zullen zich ervoor inspannen dat de doelstellingen van de (...) door hen zelf met overheidsinstellingen of maatschappelijke organisaties overeengekomen convenanten of afspraken worden nageleefd”.

Het antwoord op de vraag of een toerekenbare tekortkoming in strijd is met de Gedragscode, hangt af van de omstandigheden van het geval.

Daarbij kan bijvoorbeeld gekeken worden naar de aard, de ernst, de oorzaak en de gevolgen van de toerekenbare tekortkoming.

Niet iedere afwijking van een contractuele verplichting is per definitie in strijd met de Gedragscode.

Er zijn situaties denkbaar waarbij het (laten) prevaleren van gezonde bedrijfseconomische randvoorwaarden niet onzorgvuldig, niet maatschappelijk onverantwoord en integer is. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan situaties waarin contractuele verplichtingen uiteindelijk met wederzijds goedvinden en in overleg niet of anders dan oorspronkelijk afgesproken was, nagekomen worden.

Eén en ander hangt nauw samen met de intentie waarmee gehandeld wordt, de mate van openheid die in acht wordt genomen en/of (de wijze waarop) anderen benadeeld worden en/of een NEPROM-lid zich vaker schuldig maakt aan (al dan niet dezelfde) schending van contractuele afspraken.

Schending van een contractuele verplichting is in strijd met de Gedragscode, indien zij een adequate positionering van de projectontwikkelingsbranche in de het maatschappelijk verkeer belemmert of het imago en de belangen van de bedrijfstak en de maatschappij in den brede kunnen schaden.

Specifiek ten aanzien van het vragen van de contractueel vereiste toestemming aan de eerste hypotheekhouder, overweegt de Commissie het volgende.

Vanwege de huidige slechte economische omstandigheden, vragen financiers in deze tijd extra zekerheden. Om het vertrouwen in de beroepsgroep te behouden en te versterken, is het belangrijk dat projectontwikkelaars transparant handelen en (indien mogelijk en wettelijk of contractueel toegestaan) volledig inzicht geven in verplichtingen die aangegaan worden. Het - waar nodig- vragen van toestemming aan de eerste hypotheekhouder valt daaronder. Een eerste hypotheekhouder kan namelijk –specifiek als de tweede hypotheekhouder een beroep wil doen op zijn zekerheidsrecht en tot verkoop van het object over wil gaan- in een ongunstige (verhaals)positie komen te verkeren.

Er komen op dat moment dus belangen in het geding (van de bedrijfstak en de maatschappij in het algemeen) die de Gedragscode raken.

Conclusie en Advies

Een NEPROM-lid handelt zorgvuldig en integer indien hij bij het geven van een tweede hypotheek vooraf de contractueel vereiste toestemming van de eerste hypotheekhouder vraagt. Uitgangspunt daarbij is dat gemaakte afspraken nagekomen worden, ook door NEPROM-leden.

In het algemeen geldt, dat bij beantwoording van de vraag of schending van een contractuele verplichting in strijd met de Gedragscode is, onder andere gekeken kan worden naar de hierboven door de commissie genoemde overwegingen.

De commissie adviseert het bestuur deze zaak met adviesnummer 2009/02 openbaar te maken.