

zinstation. Bovendien blijkt uit de casus dat de Staat de ambitie had om de vergoeding aanmerkelijk te verhogen ten opzichte van de door de provincie Overijssel gevraagde precariovergoeding.

In publiekrechtelijke zin wordt het gebruik van grond langs rijkswegen voor benzinstations gereguleerd door het Rijkswegenreglement en de daaraan ten grondslag liggende Wet Bepalingen Rijkswaterstaatswerken. Beiden hebben met name de strekking het doelmatig en veilig gebruik van waterstaatswerken te verzekeren.

5 De staat heeft vervolgens zijn toevlucht gezocht tot privaatrechtelijke middelen. Dat was op zichzelf genomen volstrekt begrijpelijk en juist. De Wet Bepalingen Rijkswaterstaatswerken en het Rijkswegenreglement strekken niet (mede) ter bescherming van eigenaarsbelangen en beogen evenmin om in een vergunning de privaatrechtelijke toestemming van de eigenaar te incorporeren. De Staat was derhalve gerechtigd om het privaatrechtelijk deel van zijn rechtsverhouding met de exploitant via een privaatrechtelijke overeenkomst te regelen. Daarvoor gelden in beginsel slechts twee beperkingen. Wanneer het, zoals het in het onderhavige geval, gaat om een openbare zaak dient gezien te worden of het desbetreffende gebruik behoort tot het 'gewone'-gebruik van deze zaak of een 'bijzonder'-gebruik. Voor het gewone gebruik van een openbare zaak is geen privaatrechtelijke toestemming vereist en kan geen privaatrechtelijke vergoeding gevraagd worden. Bijvoorbeeld: het gewone gebruik van een openbare weg is het gebruik door weggebruikers. Zij behoeven geen privaatrechtelijke toestemming van de eigenaar en de eigenaar kan evenmin van hen een privaatrechtelijke vergoeding vragen. Het gebruik van naast een weg gelegen grond ten behoeve van de exploitatie van een tankstation is echter aan te merken als bijzonder gebruik. Ter zake van dergelijk bijzonder gebruik kan wel een privaatrechtelijke toestemmingseis gesteld worden met in het verlengde daarvan de eis van een gebruiksvergoeding.

In de tweede plaats dient gezien te worden of het stellen van een toestemmingseis al dan niet vergezeld van de eis van betaling van een financiële vergoeding, een onaanvaardbare doorkruising oplevert van een toepasselijke publiekrechtelijke regeling. Wanneer dat het geval is, zal de in beginsel bestaande bevoegdheid tot het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst niet kunnen worden toegepast. Dit aspect is in de onderhavige procedure in het midden gebleven. De vraag of de enkele omstandigheid dat er langs een publiekrechtelijke regeling betalingen voor gebruik kunnen worden gevraagd, bijvoorbeeld via precario, al tot een onaanvaardbare doorkruising leidt, is met dit arrest derhalve nog niet beantwoord.

BOUWRECHT

Mr. B.R. van Veen, Houthoff Buruma NV,
Rotterdam

*Recente jurisprudentie inzake
boetematiging en wettelijke
handelsrente*

07-054

Matiging

Veel koop- en/of aannemingsovereenkomsten bevatten een contractuele boete gekoppeld aan correcte (tijdige) nakoming. Een dergelijke boete heeft in beginsel zuiver het karakter van een prikkel tot (tijdige) nakoming. Een percentage van 10% van de koopsom, of 0,5 % van de koop/aanneemsom dan wel - voor zover het bestek niet anders bepaalt - f 75,- per (kalender)dag dat het werk te laat wordt opgeleverd (§ 42 UAV-89), zijn als standaard te beschouwen.

Een ander belangrijke eigenschap van de boete is dat de boete in beginsel in de plaats treedt van het recht op schadevergoeding; een dergelijk recht moet uitdrukkelijk (contractueel) bedongen worden, hetgeen in de praktijk maar al te vaak niet gebeurt. De achterliggende gedachte achter het in de plaats treden van schadevergoeding is overigens om discussie achteraf over de (hoogte van die) schadevergoeding te voorkomen. Dit aspect speelt ook

een belangrijke rol in jurisprudentie over contractuele boetes en het verweer dat daar door de partij die de boete dient te dragen tegen wordt gevoerd.

Bij arrest van 10 april 2007 heeft het Gerechtshof Den Bosch in appel geoordeeld over een kwestie waarin sprake was van matiging van de gevorderde boete ex artikel 6:94 BW¹. In eerste aanleg was door geïntimeerden ten verweer gevoerd dat de gevorderde boete buitensporig was in verhouding tot de door appellanten daadwerkelijk geleden schade van circa € 11.000,-. Bovendien zou geïntimeerde sub 2 geen verhaal bieden, hetgeen geïntimeerde sub 1 ertoe heeft geleid om aan te voeren dat het niet zo kon zijn dat hij alleen het boetebedrag moest dragen. De Rechtbank heeft in deze argumenten aanleiding gezien om de in eerste aanleg gevorderde boete van € 26.350,- (10% van de koopsom) te matigen tot € 14.000,-.

Eisers zijn - mijns inziens terecht - in appel gegaan, en hebben aangevoerd dat, zoals artikel 6:94 BW zelf bepaalt, de boete slechts kan worden gematigd indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist; er moet dus uitdrukkelijk sprake zijn van 'scheve verhoudingen'. Het Gerechtshof vernietigt het vonnis in eerste aanleg. Het Gerechtshof stelt dat het bedingen van een boetebedrag van 10% van de koopsom in koopovereenkomsten met betrekking tot woonhuizen gebruikelijk is, en algemeen aanvaard. Het Gerechtshof voegt daaraan toe dat de aanvaardbaarheid van een dergelijk boetebedrag in het bijzonder berust op de omstandigheid dat partijen in verband met (de gewijzigde voortzetting van) hun woonsituatie er groot belang bij hebben dat een dergelijke overeenkomst wordt nagekomen, zodat een sterke prikkel tot nakoming op zijn plaats is. Bovendien zal ontbinding van de koop als gevolg van het tekortschieten van één van de partijen - normaal gesproken - al snel aanzienlijke schade tot gevolg hebben. Daarnaast moet, aldus het Gerechtshof, niet uit het oog worden verloren dat de boete in beginsel in plaats treedt van het recht op schadevergoeding, waarbij het belang van partijen is gediend dat procedures over het recht op schadevergoeding en de hoogte daarvan zoveel mogelijk worden

voorkomen. Het Gerechtshof oordeelt dat van scheve verhoudingen geen sprake is; overigens is de omstandigheid dat één van beide geïntimeerden geen verhaal biedt geen omstandigheid die ten laste van appellante zou moeten komen aangezien geïntimeerde sub 1 en geïntimeerde sub 2 samen als koper zijn opgetreden en samen zijn tekortgeschoten.

In een (eveneens in appel) gewezen vonnis hebben appellarbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw ('RvA') geoordeeld over een vergelijkbaar geval². In deze zaak geven appellarbiters een aardige opsomming van omstandigheden die, al dan niet in combinatie, onvoldoende zijn om matiging van een bedongen boete te bewerkstelligen. In casu ging het om een boete van € 15.600,-, wederom 10% van de koopprijs. De verbeurte van de boete was gekoppeld aan het verzuim om mee te werken aan de feitelijke en/of juridische levering (overigens naast en onverminderd de verplichting tot schadevergoeding). Arbiters in eerste aanleg hebben geoordeeld dat er termen aanwezig zijn om de boete te matigen omdat in dat geding slechts was komen vast te staan dat de verkoper louter vanwege het niet aanleggen van nutsvoorzieningen niet aan de voorwaarde van de feitelijke levering van de bouwkevel heeft voldaan; naar het oordeel van arbiters in eerste aanleg is overschrijding van één enkele voorwaarde voor feitelijke levering onvoldoende rechtvaardiging voor de boete van € 15.600,-.

Appellarbiters laten dit oordeel echter - mijns inziens terecht - niet in stand. In deze zaak worden vervolgens door verkoper diverse omstandigheden naar voren gebracht, die inmiddels ook prijken in deel 4 van de Hoofdstukken Bouwrecht³. De verkoopster voert aan dat kopers geen schade hebben geleden; dat is op zich geen voldoende grondslag om tot matiging over te gaan, omdat het voor kopers voldoende is dat zij enige schade aannemelijk maken. Uit de jurisprudentie van de RvA blijkt dat hieraan heel gemakkelijk kan worden voldaan omdat schade als gevolg van niet levering of niet tijdige levering veelal voor de hand liggend is, en met het noemen van schadeposten in beginsel reeds kan

worden volstaan. Daarnaast menen appel-arbiters dat, omdat van de bevoegdheid tot matiging spaarzaam gebruik dient te worden gemaakt, reeds het niet nakomen van één van het beperkt in aantal zijnde niet uiteenlopende tekortkomingen, de aanspraak op de totale boete doet ontstaan. Voorts is naar het oordeel van appelarbiters niet relevant dat de kopers die aanspraak maken op de boete onredelijk worden bevoordeeld ten opzichte van andere kopers die geen boeteclaim hebben ingediend; dit is een aardige variant op de ook regelmatig in de jurisprudentie terug te lezen stelling van degene die de boete verschuldigd is dat als aan één koper een boete wordt toegekend, de overige kopers vervolgens ook aan de deur kloppen. Beide argumenten zijn niet steekhoudend. Tot slot voert de verkoopster nog aan dat zij buitengewoon correct gehandeld heeft wegens vermoede bodemvervuiling. Appelarbiters zijn van mening dat de bodemvervuiling (en het in een laat stadium ontdekken daarvan) voor rekening en risico van de verkoopster komen, hetgeen mij juist lijkt. Ik sluit mij derhalve aan bij de analyse van M.A.B. Chao-Duivis behorende bij deze uitspraak⁴. Al zou toch de omstandigheid dat niet slechts sprake is van een boetebeding, maar de verkoopster tevens gehouden is om de daadwerkelijke schade te vergoeden een omstandigheid kunnen zijn om in ieder geval matiging te overwegen; dit speelt vooral in situaties waarin de geleden schade aanmerkelijk minder is dan de boete.

Wettelijke handelsrente

In het rijtje uitspraken over de handelsrente en de UAV-89 kan een nieuwe (appel)uitspraak worden toegevoegd. In een uitspraak van 24 april 2007 hebben appelarbiters uitdrukkelijk gekozen voor toepasselijkheid van artikel 6:119a juncto 6:120 BW, en daarbij de mogelijkheid van het toepassen van de 2% verhoging ex § 45 lid 2 UAV-89 toegelaten⁵. Appelarbiters overwegen dat § 45 UAV-89 slechts verwijst naar 'de wettelijke rente', zodat deze verwijzing kan zien zowel op artikel 6:119 als op 6:119a telkens juncto 6:120 BW. Appelarbiters oordelen dat tussen partijen vaststaat dat de onderhavige overeenkomst te kwalificeren is als een handelsovereenkomst,

zodat artikel 6:119a BW voor de hand ligt. Dat appellant van mening is dat de toepassing van de ophoging van 2% uit § 45 UAV-89 onverenigbaar is met de strekking van de rente conform artikel 6:119a juncto 6:120 lid 2 BW, vindt in het oog van appelarbiters geen genade. Zowel § 45 UAV-89 als artikel 6:119a juncto 6:120 BW bevatten een financiële prikkel tot nakoming, en zijn wat dat betreft dus niet dubbelop. Bovendien, en dat is wel aardig, merken appelarbiters op dat het bestek afkomstig is van appellant, die uiteindelijk de opdracht heeft verstrekt aan geïntimeerde na een aanbesteding. Naar het oordeel van de appelarbiters is het thans niet snel aan de orde dat de appellant (opdrachtgever) zelf een beroep doet op de onredelijkheid van de regeling. Ook het argument van appellant dat artikel 6:120 lid 2 BW van regulerend recht is, en er via § 45 lid 2 UAV-89 en de daarin opgenomen 2% verhoging van dat artikel is afgeweken, is naar het oordeel van appelarbiters onjuist. Het feit dat § 45 lid 2 UAV-89 een 2% verhoging kent, kan niet tot het oordeel leiden dat artikel 6:120 BW in het geheel niet meer van toepassing is. Ook de vaststelling dat, met de lijn van appelarbiters, het totaal rentepercentage 12,58% bedraagt, is niet onredelijk. Bovendien, en hieruit blijkt mijns inziens dat appelarbiters er echt voor zijn gaan zitten, stellen zij - terecht - vast dat de UAV-89 rente op rente uitsluit, daar waar de regeling in het BW dat niet doet. Daarmee kan de regeling uit de UAV-89 uiteindelijk voor een aannemer ongunstiger zijn dan de onverkorte toepassing van artikel 6:119a juncto 6:120 BW.

Als laatste argument voert appellant aan dat een redelijke uitleg van de bedoeling van partijen meebrengt dat zij beoogt hebben de vertragingsschade te vergoeden door middel van de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW met een betalingsprikkel van 2%. Appelarbiters gaan ook met dit argument niet mee, en menen dat met de regeling zoals die is opgenomen in de UAV-89 niet dient te geschieden met wat de partijen er in casu mee bedoeld hebben. Mijns inziens is dat oordeel juist en zeker nu in casu de UAV-89 ongewijzigd van toepassing zijn verklaard, brengt mijns inziens

slechts uitsluitend een uitdrukkelijke afwijking van het in § 45 UAV-89 bepaalde met zich mee dat het standpunt van appellant gevolgd zou kunnen worden.

Het lijkt dat hiermee de strijd ten gunste van artikel 6:119a BW, inclusief verhoging met 2% is beslecht, waarvoor ik reeds eerder op deze plaats heb gepleit⁶

Noten:

1. *Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 april 2007, LJN: BA 3251, n.n.g.*
2. *RvA 23 maart 2006, No. 70.951* (hoger beroep in de zaak *RvA 17 september 2004, No. 25.161*), *Actualiteiten Bouwrecht Online* 16 mei 2007
3. M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, 'Hoofdstukken Bouwrecht' deel 4, W.E.J. Tjeenk Willink, no. 215.
4. *Actualiteiten Bouwrecht Online* 19 april 2006.
5. *RvA 24 april 2007, No. 71.206*, *Actualiteiten Bouwrecht Online* 15 mei 2007.
6. *Juridisch Up to Date* nr. 3, 16 februari 2006. Zie overigens mr. S. Kóneman, 'Wettelijke handelsrechten en de UAV', *BR* 2007, p. 291-296.

FISCAAL RECHT

Mw. mr. T.G. Perié, Loyens & Loeff N.V., Amsterdam

Ontwikkelingen in het fiscale beleggingsfondsenlandschap 07-055

Gastauteur: mr. E.J. Spoelder, Loyens & Loeff N.V., Amsterdam

Inleiding

Als klein kikkerlandje zag Nederland al vroeg het belang in van investeringen in een hoogwaardige dienstenindustrie, in plaats van een focus op terreinvretende industrieën. Het schepte dan ook geen verbazing toen Nederland bij de opkomst van grensoverschrijdend kapitaalverkeer, als eerste in Europa een laagbelast fiscaal regime invoerde voor beleggingsfondsen. Door deze mobiele kapitaalstromen zoveel mogelijk via Nederland te geleiden, kon een positieve impuls gegeven worden aan de met de beleggingsfondsenindustrie samenhangende dienstverlening in de Nederlandse juridische, fiscale en trustsector. Sinds de invoering van dit 'Fiscale Beleggingsinstelling'-regime in 1969 hebben omringende landen als Luxemburg hard en succesvol aan de weg getimmerd in de

strijd om het aanbieden van een aantrekkelijk fiscaal en regulatorisch klimaat voor mobiel kapitaal. Teneinde in de kopgroep te blijven meedraaien zal Nederland medio 2007 een nieuw fiscaal regime introduceren in artikel 6a van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969: de 'Vrijgestelde Beleggingsinstelling' (hierna: 'VBI').

Dit artikel bespreekt kort de voorwaarden van de VBI en analyseert de voor- en nadelen ten opzichte van het bestaande regime van de 'Fiscale Beleggingsinstelling' (hierna: 'FBI').

Analyse

Het VBI-regime beoogt een beleggingsfondsenregime te bieden dat aantrekkelijk is voor een internationaal beleggerspubliek, waarbij beleggers kunnen profiteren van de voordelen van collectief beleggen zonder extra belastingdruk op het niveau van het beleggingsfonds. Hiertoe voorziet het VBI-regime - anders dan het FBI-regime - onder voorwaarden in een volledige vrijstelling van de heffing van vennootschapsbelasting (normaal 25,5%) en dividendbelasting (normaal 15%). Daarbij is in tegenstelling tot het FBI-regime geen sprake van een winstuitdelingsverplichting, aandeelhoudersvereisten en financieringslimieten. Hieronder volgt een overzicht van de belangrijkste voorwaarden van het VBI-regime:

- a. **Rechtsvorm en vestigingsplaats.**
Voor het VBI-regime komt in aanmerking een naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap of fonds voor gemene rekening, alsmede bepaalde hiermee vergelijkbare buitenlandse lichamen. Ook een beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal ex artikel 2:76a Burgerlijk Wetboek zal kwalificeren. De VBI hoeft niet persé feitelijk in Nederland te zijn gevestigd: ook een buitenlands lichaam dat in Nederland belastingplichtig is voor inkomsten uit Nederlandse beleggingen kan in beginsel voor het VBI-regime opteren.