

Eerste hulp  
bij kredietcrisis



## Toolbox kredietcrisis

De media staan er vol van: ons land is na drie kwartalen van economische achteruitgang in een recessie beland. Ook de actoren op de vastgoedmarkt worden met deze verslechterde situatie geconfronteerd.

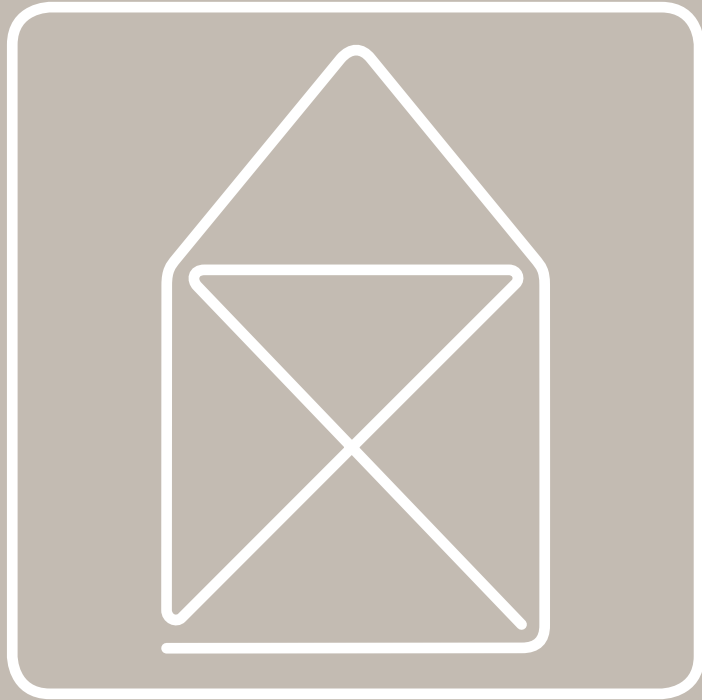
Met name aannemers en opdrachtgevers in de bouw worden geconfronteerd met een veranderende economische situatie en een als gevolg daarvan gewijzigde markt. Dit heeft ook de nodige juridische complicaties. Niet alleen krijgen actoren op de vastgoedmarkt te maken met langere betalingstermijnen en hogere eisen aan te stellen zekerheden, ook retentierecht en faillissementssituaties komen steeds meer voor. Sleutels Advocaten heeft op basis van haar praktijkervaring een inventarisatie opgesteld van de meest voorkomende juridische aandachtspunten als gevolg van deze recessie. Deze toolbox is een handleiding met daarbij per onderwerp een toelichting en enkele praktische tips. Sleutels Advocaten hoopt hiermee een bijdrage te leveren om ook uw organisatie beter bestand te maken tegen de gevolgen van de recessie.

### **Sleutels Advocaten**

mr. R.G.M. Sleutels

mr. M.J.J. Nijenhof

mw. mr. E.C.P.M. Kok



## Inhoud

Inleiding	3
Inhoudsopgave	5
Betaling en afbouwgarantie	4
Opschorting, voortijdige beëindiging, retentierecht	11
Incasso, beslag en executie	19
Eigendomsvoorbehoud en afstandsverklaring	23
Faillissement! En nu?	29

## Betaling en afbouwgarantie

De crisis in het kredietwezen en de daaruit voortvloeiende recessie heeft onzekerheid met zich gebracht bij factoren op de vastgoedmarkt en de bouw omtrent hun financiële positie. Opdrachtgevers (principalen) dekken zich in tegen schade die onvermijdelijk geleden zal worden als de ingeschakelde aannemer het werk als gevolg van (bijvoorbeeld) faillissement gedurende de bouw niet zou kunnen voltooien. De bouwers (aannemers) hebben als gevolg van de creditcrisis met name te maken met een debiteurenrisico als gevolg van de meer beperkte financiële goedheid van hun principalen.

### **Termijnschema, betalingstermijn en bankgarantie bepalen omvang risico**

De prestatieschema's, betalingstermijnen en de bankgarantie(s) bepalen voor een groot deel de omvang van het risico. Voorfinanciering door de aannemer is een veel voorkomend gegeven. De principaal betaalt eerst nadat de overeengekomen prestatie is geleverd.

Ook de tijdstippen waarop door de principaal be-

taald moet worden zijn op deze werkwijze gebaseerd: betaling vindt plaats in vooraf overeengekomen termijnen afhankelijk van te leveren prestaties (begane grond vloer, wind- en waterdicht, (enzovoort). Zelden zijn betalingen gelijk aan de stand van de bouw. Voordat een betalingstermijn verschuldigd (en dus opeisbaar) is, geldt in de meeste gevallen nog een formeel vereiste van goedkeuring van de prestatie.

Ook moet gedacht worden aan de eisen die aan een factuur worden gesteld, bijvoorbeeld omdat een deel van het verschuldigde bedrag op de G-rekening moet worden bijgeschreven. Vaak behoeft het werk nog goedkeuring van de directie voordat de betreffende termijn opeisbaar is/wordt. Op grond van de Uniforme Administratieve Voorwaarden (UAV) vindt eerst eenopneming van de prestatie (het uitgevoerde gedeelte van het werk) plaats. Pas dan begint de overeengekomen betalingstermijn te lopen. De UAV gaat uit van vier (4) weken.

Pas als de overeengekomen betalingstermijn voorbij is zonder dat betaling is geschied, is er sprake van een (toerekenbare) tekortkoming aan de zijde van de principaal. Bij grotere projecten wordt door de uitvoerend

principaal een bankgarantie gevraagd (afbouwgarantie) van de aannemer. Dit om de principaal meer zekerheid te geven voor eventueel te lijden schade.

Het is van groot belang goede afspraken te maken omtrent de termijnregeling en de betalingstermijn. Hoe beter de verhouding is tussen de stand van het werk ten opzichte van de gedane betalingen en de omvang

van de bankgarantie, hoe meer zekerheid de principaal heeft.

De UAV verbiedt de principaal overigens om een bankgarantie te vragen als de aanneemsom geheel of gedeeltelijk wordt ingehouden, in bijvoorbeeld het geval dat bij oplevering nog een deel van de aanneemsom niet wordt voldaan. >

## Praktijkvoorbeeld

Bij oplevering van het werk is de voorlaatste termijn van 10% van de aanneemsom betaalbaar. In totaal is daarmee 95% van de aanneemsom uitgedeclareerd door de aannemer. De vorige termijn (ook weer 10%) is niet erg vlot ingediend. De betalingstermijn daarvan is ten tijde van de oplevering (nog) niet verstreken. Betaling heeft dan ook niet plaatsgevonden. De laatste termijn (5% van de aanneemsom) is pas aan het einde van de onderhoudstermijn (zes (6) maanden) verschuldigd. Tot die tijd blijft de bankgarantie van kracht. Ook deze bankgarantie bedraagt 5% van de aanneemsom.

Enkele dagen voor de oplevering is de waarde van de bouw 15% hoger dan is gefactureerd. Nu gegeven is dat ook de vorige factuur (nog) niet is voldaan, betekent dit dat de aannemer 25% heeft voorgefinancierd. Samen met de bankgarantie bedraagt het totale beslag op het vermogen van dit werk zelfs 30% van de aanneemsom. De combinatie van de termijnregeling en de looptijd van de bankgarantie resulteert in een zekerheid ter grootte van 10% van de aanneemsom voor de nakoming van de opleveringspunten en de onderhoudsgebreken. Voor de aannemer staat hier zes (6) maanden lang een vermogensbeslag van 10% van de aanneemsom tegenover, ongeacht de aard en omvang van de restpunten en ongeacht of zich – mogelijk in de toekomst – nog onderhoudsgebreken zullen aandienen.



## Bankgaranties

**Er** bestaan meerdere soorten bankgaranties. Meestal is er sprake van een ‘on demand’-garantie of een afroepgarantie. Voornoemde garanties verplichten de bank tot (uit)betaling op het moment dat bericht binnenkomt van de garantiehouders dat de debiteur zijn verplichtingen niet nakomt. Betaling zal moeten plaatsvinden, zelfs in het geval als de debiteur de vordering heeft betwist.

**De** UAV heeft dit systeem bijgeschaafd. In paragraaf 43a van de UAV is bepaald dat een principaal eerst (schriftelijk) mededeling moet doen aan de aannemer van zijn voornemen de bankgarantie in te roepen. De aannemer kan dan binnen tien (tien) werkdagen in een spoedprocedure een verbod op inroeping van de afgegeven bankgarantie vragen. Zodoende kan een (initiële) beoordeling van de (rechts)grond waarop de principaal zich beroept kan dan plaatsvinden.

**Overigens** zal ook de aannemer de zekerheid willen dat de bouw wordt voltooid en dat daarvoor betaald wordt. Op basis van de UAV is het ook mogelijk dat de aannemer een bankgarantie vraagt. Gegeven is echter wel dat dit eerst aan de orde kan komen als de principaal niet tijdig voorziet in

betaling of als de aannemer in kwestie (gegronde) redenen heeft om aan de toekomstige betaling van de facturen te twijfelen.

## Rente

**Bij** niet tijdige betaling wordt de bedrijfsvoering direct aangetast omdat de liquiditeit van de onderneming wordt belemmerd/afneemt. Het spreekt welhaast voor zich dat het onbetaald blijven van facturen (juridische) consequenties zal hebben. Er is dan namelijk sprake van een wanprestatie (toerekenbare tekortkoming in de nakoming).

**Een** en ander uiteraard onder het voorbehoud dat er gegronde redenen zouden bestaan om niet tot betaling over te gaan. Toerekenbare tekortkoming leidt tot schadelijking van de niet betalende partij. De wet voorziet – behoudens tussen partijen daarover andersluidende gemaakte afspraken – in deze schade en heeft deze schade vastgesteld op de wettelijke rente. Deze wettelijke rente valt uiteen in een tweetal varianten. Bij bedrijven onderling en tussen bedrijven en overheden is handelsvertragsrente (6:119a BW) van toepassing. Deze is aanzienlijk hoger dan de (reguliere) wettelijke rente (6:119 BW). Bij de wettelijke rente is het mogelijk om rente



op rente te krijgen.

Op grond van de UAV is dit niet mogelijk. De UAV voorziet echter wel in de mogelijkheid dat de wettelijke rente met twee (2) procent wordt verhoogd. Dit is mogelijk indien twee (2) weken na het vervallen van de betalingstermijn een schriftelijke aanmaning

wordt verzonden. Blijft betaling nog uit in de twee (2) daarop volgende weken dan wordt de verschuldigde rente met twee (2) procent verhoogd. <

## Praktijkvoorbeeld

Op 12 februari 2009 verstuurt een aannemer een factuur aan de gemeente Nijmegen voor in opdracht van die gemeente verrichte werkzaamheden. Het werk is uitgevoerd aan de hand van een RAW-bestek. Dit betekent dat de UAV van toepassing is. De werkzaamheden zijn door de directie goedgekeurd en de factuur is in overeenstemming met het termijnschema.

Toch wordt er niet betaald. De aannemer stuurt op 15 maart 2009 en op 15 april 2009 een aanmaning naar de gemeente Nijmegen. Ook hierop blijft betaling uit. De aannemer ziet zich genoodzaakt de gemeente tot betaling te moeten bewegen en start een incassoprocedure. In deze procedure kan aanspraak gemaakt worden op de wettelijke rente vanaf de vervaldatum van de factuur. De UAV bepaalt deze termijn op vier (4) weken nadat de factuur in goede orde is ontvangen, dus vanaf 13 maart 2009. Een aanspraak op vergoeding van de verhoogde wettelijke rente behoort voor de aannemer tot de mogelijkheden vanaf 29 april 2009.

## Samenvatting en tips

- Stem als principaal de termijnregeling, de betalings-termijn en de bankgarantie op elkaar af. Dit geeft u als principaal gedurende de bouw meer zekerheid.
- Een goede combinatie van het bovenstaande leidt tot vermogensbeslag voor de aannemer.
- De termijnregeling en de betalingstermijn bepalende mate van voorfinanciering van de aannemer endus de omvang van het insolventierisico van de principaal.
- Kleinere en dus meer betalingstermijnen kunnen leiden tot een geringe voorfinanciering en dus minder risico.
- Zorg ervoor dat de betalingstermijnen en de daadwerkelijke voortgang van de bouw met elkaar synchroon lopen. Zo financiert de aannemer minder voor.
- Zorg voor een snelle en correcte indiening van de facturen. Een snelle goedkeuring is immers bepalend voor de ingangsdatum van de betalingstermijn.
- Verstuur op het juiste moment de aanmaning. Dit leidt immers tot de twee (2) procent verhoging als opgenomen in de UAV van de verschuldigde rente.

## UAV-praktijk

- § 40 lid 6: betaling binnen vier weken na opname van werk of indiening declaratie bij directie
- § 43a lid 4: bankgarantie voor opdrachtgever pas inroepbaar na mededeling en eventueel spoedprocedure
- § 43a lid 7: verbod op combinatie bankgarantie en inhouding betalingstermijn
- § 43a lid 8: mogelijkheid om garantie van opdrachtgever te vragen
- § 45 lid 2: verhoging wettelijke rente afhankelijk van aanmaning
- § 45 lid 2: schorsing van het werk mogelijk bij uitblijven betaling

zie ook

- *Opschorting, voortijdige beëindiging en retentierecht p. 12*
- *Incasso, beslag en executie p. 18*

# Opschorting, voortijdige beëindiging, retentierecht

## Opschorting

Als de principaal niet aan de op hem rustende verplichtingen voldoet heeft de aannemer de mogelijkheid onder bepaalde omstandigheden de uitvoering van het werk te schorsen. Hiervoor is vereist dat er sprake is van een opeisbare vordering op de wederpartij (in dit geval de principaal). De verzonden declaratie en de daarin opgenomen termijn moet verstreken zijn. Als de wederpartij (principaal) alsnog zijn verplichtingen nakomt, of zekerheid stelt voor de nakoming, dan vervalt de opschortingsbevoegdheid en moet (!) het werk worden hervat.

## Voortijdige beëindiging

Naast het opschortingsrecht geeft een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst ook de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden. Ontbinding is in beginsel altijd

mogelijk mits de aard en omvang van de tekortkoming ontbinding rechtvaardigt. Of dit het geval is moet telkens naar de omstandigheden van het geval worden bepaald. Ontbinding moet schriftelijk worden ingeroepen.

Dit kan per brief (liefst aangetekend met handtekening retour) maar ook per e-mail met verzend- en ontvangstbevestiging. Als de overeenkomst tussen partijen wordt ontbonden, dan hoeven de overeengekomen prestaties niet meer te worden verricht. Wel ontstaan er zogenaamde ongedaanmakingsverplichtingen. Dit hoeft alleen niet als ongedaanmaking niet mogelijk is. Bijvoorbeeld in het geval dat de aannemer een gebouw al heeft gerealiseerd. In een dergelijk geval moet de waarde van de verrichte prestaties worden vergoed.

Ook kan er dan aanspraak gemaakt worden op aanvullende schadevergoeding. Deze aanvullende schadevergoeding kan bijvoorbeeld betrekking hebben op de als gevolg van het ontbinden gederfde winst van de aannemer.

## **uav en het recht van de aannemer op schorsing en voortijdige beëindiging van het werk**

De UAV geeft aan dat er pas een recht op opschorting van de werkzaamheden en voortijdige beëindiging van het werk mogelijk is nadat een aanmaning is verzonden door de aannemer waarin – expliciet – is aangegeven dat de werkzaamheden zullen worden opgeschort opdat het werk in onvoltooide staat zal worden beëindigd. Er is hier door de UAV ook een termijn van veertien (14) dagen gesteld voor de betaling die verschuldigd is. Voornoemde aanmaning kan pas twee (2) weken na het verstrijken van de betalingstermijn worden verzonden. Opschorting en/of ontbinding kan op grond van de UAV dus pas na vier (4) weken nadat de betalingstermijn is verstreken.

De aannemer komt niet het recht toe om het werk te schorsen of het werk in onvoltooide staat te eindigen als de principaal een spoedprocedure start bij de Raad van Arbitrage. De Raad zal zich in dat geval over de voorgenomen schorsing of beëindiging van het werk een oordeel vormen. Dit oordeel moet worden afgewacht. De aannemer is overigens gedurende de schorsing krachtens de UAV wel verplicht om schade aan het werk te voorkomen.

De hiermee gepaard gaande kosten en de overige door

de schorsing geleden schade moeten wel aan de aannemer worden vergoed. De aannemer kan overgaan tot ontbinding indien het werk langer dan twee (2) maanden is geschorst en deze schorsing is veroorzaakt door toedoen van de principaal, bijvoorbeeld bij het uitblijven van verschuldigde betalingen. Bij beëindiging van het werk in onvoltooide staat heeft de aannemer op grond van de UAV recht op volledige betaling van de aanneemsom vermeerderd met de kosten die hij als gevolg van deze niet voltooiing heeft moeten maken en verminderd met de door de beëindiging bespaarde kosten.

## **UAV en het recht van de opdrachtgever bij toerekenbare tekortkoming door de aannemer**

De opdrachtgever heeft – in het geval de aannemer zijn verplichtingen niet nakomt – op grond van de UAV de mogelijkheid de aannemer schriftelijk in gebreke te stellen met aanzegging van een redelijke termijn om alsnog na te komen. Blijft de aannemer in gebreke dan is de principaal gerechtigd om het werk voor rekening van de aannemer te (laten) voltooien. De principaal mag dan gebruik maken van hulpmiddelen van de aannemer. De principaal mag de betalingen aan de aannemer schorsen als de aannemer tekortschiet en de opdrachtgever genooddaakt is het werk zelf te laten >

voltooien. Bovendien mag de principaal – de aannemer gehoord hebbende – de onderaannemers en leveranciers die onbetaald zijn gebleven rechtstreeks voldoen. Zo kan de principaal ervoor zorgen dat de onderaannemers en leveranciers doorwerken in een situatie waarin de aannemer deze onderaannemers en leveranciers als gevolg van financiële problemen onbetaald heeft gelaten.

Ook voor de nakoming van de garantieverplichtingen zal de opdrachtgever er belang bij hebben om de onderaannemers en leveranciers te voldoen. Gebeurt dit niet dan zullen zij, als zij nog onbetaald gelaten facturen hebben, de garantieverplichtingen kunnen opschorten. Dit is niet in het belang van de principaal.

## Retentierecht

Ook het retentierecht behoort tot de mogelijkheden die kunnen worden ingeroepen tegen de principaal als deze zijn verplichtingen niet (volledig) nakomt. Het retentierecht is een in de wet geregeld recht dat de bevoegdheid geeft voor een schuldeiser een zaak die hij onder zich heeft niet af te geven totdat zijn vordering is voldaan. Retentierecht kan ook worden uitgeoefend op onroerende zaken.

Het retentierecht is ook een sterk wapen in het geval de principaal failliet gaat. Indien de onroerende

zaak, waarop het retentierecht rust, wordt geveild dan heeft degene die terecht het retentierecht heeft ingeroepen tevens het recht van voorrang op de opbrengst van verkoop van het object.

## Vereisten voor uitoefenen retentierecht

Van essentieel belang bij het uitoefenen van een retentierecht is de eis dat de schuldeiser de feitelijke macht heeft (en houdt!) over een bepaalde zaak. Bij een bouwplaats betekent dit dat de betreffende partij de toegang tot de bouwplaats controleert. In de regel zal dit de hoofdaannemer zijn. Het is van essentieel belang dat de controle op de toegang strikt gehandhaafd wordt. Het is niet zo dat als de (hoofd)aannemer de bouwplaats openstelt, zodat derden werkzaamheden kunnen verrichten, dat de feitelijke macht en dus het retentierecht wordt prijsgegeven.

Krijgt echter de eigenaar de sleutels tot de bouwplaats en bepaalt deze wie wanneer toegang heeft tot de bouwplaats, zal dit in de regel wel leiden tot verlies van de voor in retentierecht vereiste feitelijke macht. Het retentierecht is dan tenietgegaan.

Uitoefening van het retentierecht is ook niet meer mogelijk als de aannemer zich opnieuw de feitelijke macht over het werk verschaft door nieuwe hekken en

sloten te plaatsen. Het is van essentieel belang dat het retentierecht wordt uitgeoefend en dat dit voldoende duidelijk is. Het is daarom aan te raden te voorzien in borden aan de hekken rondom de bouwplaats met daarop de tekst dat een retentierecht wordt uitgeoefend, door wie en dat toegang verboden is.

**Zorg** ook voor foto's van deze hekken en borden voor bewijs in een eventuele procedure. Aan te bevelen is ook dat het retentierecht wordt ingeschreven bij het Kadaster. Inschrijving in deze Openbare Registers waarborgt dat het retentierecht wordt behouden. Ook

indien anderen (derden) een later recht op de onroerende zaak verkrijgen.

**Heeft** degene die het retentierecht uitoefent een vermoeden dat een derde een recht op de desbetreffende onroerende zaak zal verkrijgen dan is het aanbevelingswaardig die derde rechtstreeks van het retentierecht op de hoogte te stellen.

**Als** laatste is nog belangrijk om op te merken dat onterechte uitoefening van het retentierecht kan leiden tot schade-plichtigheid. Toetsing vooraf aan alle vereisten is daarom essentieel. <

## Praktijkvoorbeeld

A&B bouwt in opdracht van VS een kantoorgebouw. Het kantoorgebouw kan bijna worden opgeleverd als VS failliet wordt verklaard. A&B verzoekt de curator of hij de overeenkomst gestand zal doen. De curator geeft aan dat hij dit niet zal doen.

A&B kan de overeenkomst ontbinden en een vordering tot schadevergoeding indienen bij de curator. A&B vreest echter dat deze concurrente vordering niet kan worden voldaan uit de boedel en is daarom voornemens om het retentierecht uit te oefenen op het in aanbouw zijnde kantoorgebouw. A&B sluit de bouwplaats af en plaatst op de bouwhekken borden met de tekst: "Hier wordt door A&B het retentierecht uitgeoefend. Toegang verboden".

De bank van VS heeft een hypotheekrecht op het in aanbouw zijnde kantoorgebouw. Omdat VS ook zijn betalingsverplichtingen jegens de bank niet voldoet, wil de bank het in aanbouw zijnde kantoorgebouw verkopen. A&B kan zich vanwege haar retentierecht met voorrang boven de bank en andere schuldeisers verhalen op de opbrengst van de executieverkoop van het kantoorgebouw.

## Samenvatting en tips

- Wordt er niet betaald dan kan het werk worden opgeschort. Let daarbij op de formele eisen die van toepassing zijn als de UAV aan de orde is.
- Blijft de aannemer in gebreke dan mag de principaal zijn betalingsverplichting opschorten.
- De opschorting moet in verhouding staan tot de uitgebleven prestatie van de aannemer.
- Het retentierecht is een zeer sterk recht om betaling af te dwingen en biedt – ook bij faillissement – veel mogelijkheden.
- Toets vooraf de vereisten om een retentierecht te kunnen uitoefenen. Feitelijke macht en kenbaarheid van het retentierecht zijn daarbij van essentieel belang.
- In bepaalde gevallen is het ook mogelijk dat een onderaannemer zich op een retentierecht beroept.
- Deze onderaannemer moet dan wel de feitelijke macht over het werk hebben en houden.



## UAV-praktijk

- § 43a lid 8: bij uitblijven betaling of gegronde redenen daartoe kan de aannemer zekerheid verlangen van de opdrachtgever. Het uitblijven daarvan geeft de bevoegdheid om het werk te schorsen of voortijdig te beëindigen.
  - § 45 lid 2: schorsing of voortijdige beëindiging van het werk is mogelijk nadat aanmaning is verzonden en daarin schorsing is aangekondigd. Aanmaning kan pas twee weken na verstrijken betalingstermijn.
  - § 14 lid 4: gevolgen schorsing: vergoeding van in verband met schorsing te treffen voorzieningen en van daardoor te lijden schade.
  - § 14 lid 10: gevolgen voortijdige beëindiging: aanspraak op betaling aanneemsom minus bespaarde kosten.
  - § 40 lid 13: als aannemer tekortschiet mag opdrachtgever – nadat hij aannemer daarover heeft gehoord – rechtstreeks onbetaald gebleven onderaannemers en leveranciers voldoen.
  - § 46 lid 1, 2, 3 en 7: als aannemer tekortschiet is opdrachtgever gerechtigd voor rekening van aannemer maatregelen te nemen om werk te voltooiën. Hij mag daarbij gebruik maken van hulpmiddelen van aannemer.
- zie in verband met opschorting voor de opeisbaarheid van betalingen*
- *Betaling en afbouwgarantie p. 6*
- zie ook*
- *Eigendomsvoorbehoud en afstandverklaring p. 22*
  - *Faillissement!: en nu? p. 28*

# Incasso, beslag en executie

## Procederen

**Blijft** betaling ondanks alles uit dan zal – noodgedwongen – een procedure moeten worden gestart om zo betaling af te dwingen. Pas nadat een titel (vonnis) is verkregen, waarin uw wederpartij tot betaling is veroordeeld, kan overgegaan worden tot daadwerkelijke executie.

**De** kosten en de duur van een procedure verschillen per zaak en hangen met name af van de mate waarin door de wederpartij verweer wordt gevoerd tegen de door u ingestelde vordering. In sommige (beperkte) gevallen is een incassoprocedure door middel van een kort geding mogelijk. In zijn algemeenheid zal echter een bodemprocedure moeten worden gevoerd. Bodemprocedures duren langer. Zeker in het geval in de bodemprocedure bewijsopdrachten aan de partijen worden verstrekt, en er daardoor getuigen en/of deskundigen moeten worden gehoord, dan zal de procedure aanzienlijk langer duren.

**De** kosten van een procedure bestaan uit verschuldigd vastrecht (griffierecht) dat aan de rechtbank of

het arbitrageinstituut is verschuldigd, de kosten van een deurwaarder voor betekening van de dagvaarding en eventuele overige exploitatie en de kosten van (verplichte) bijstand door een advocaat. Weliswaar is het zo dat de verliezende partij wordt veroordeeld in de gerechtelijke kosten van de winnende partij, maar gegeven is ook dat deze veroordeling zelden de daadwerkelijke kosten dekt. De kostenveroordeling wordt op basis van een puntensysteem, dat gekoppeld is aan forfaitaire vergoedingen, berekend.

**Met** andere woorden: procederen kost altijd geld dat niet volledig is te verhalen op de wederpartij.

## Beslag

**In** bepaalde gevallen kan het raadzaam zijn te zorgen voor (conservatoire) beslaglegging om er zo zeker van te zijn dat de wederpartij niet tijdens een procedure verhaalsobjecten aan zijn vermogen onttrekt. Door deze conservatoire beslaglegging blijven de vermogensbestanddelen gedurende de procedure beschikbaar voor executie (en dus ver-

haal). Beslaglegging wordt daarnaast ook vaak als pressiemiddel gebruikt om betaling af te dwingen. Beslaglegging op bijvoorbeeld handelsvoorraad of de bedrijfsrekening kan namelijk zeer belastend zijn voor de bedrijfsvoering.

Het verkrijgen van verlof om beslag te leggen is redelijk eenvoudig. De rechtbank toetst niet voor de beslaglegging of de vordering terecht is. Is degene onder wie beslag wordt gelegd het niet eens, dan kan in kort geding opheffing van het beslag worden verkregen. Dit moet dan zonder uitgebreide bewijsvoering gebeuren en alsdan moet evident zijn dat de vordering, waarvoor beslag is gelegd, ongegrond is. Ook als door de beslagene vervangende zekerheid (bankgarantie) wordt gesteld dan moet het beslag worden opgeheven.

## Verhaalsobjecten

Beslaglegging is mogelijk op alle vermogensbestanddelen van de debiteur, zoals op:

- banksaldi;
- onroerend goed;
- gelden die derden nog aan de debiteur dienen te
- voldoen;
- aandelen;
- roerende zaken, zoals auto's, materiaal en

- materieel,
- inventaris.

- *NB: beslaglegging op kredietruimte op een betaalrekening is niet mogelijk!*

## Kanttekeningen

Ondanks dat beslaglegging een reële mogelijkheid is om verhaalsmogelijkheden te verzekeren en/of om betaling af te dwingen, is het van groot belang zich te realiseren dat onterechte beslaglegging kan leiden tot schadeplichtigheid en dat met beslaglegging de nodige kosten zijn gemoeid, met name in verband met het verkrijgen van verlof tot het leggen van beslag en het inschakelen van een deurwaarder die de daadwerkelijke beslaglegging verzorgt. Ook is het niet altijd zeker dat beslag doel treft. Vaak wordt aan het verkrijgen van het verlof tot het leggen van beslag de voorwaarde gesteld dat binnen veertien (14) dagen een (bodem)procedure aanhangig moet worden gemaakt. Als laatste, maar daarom zeker niet minder belangrijk, is het goed zich te realiseren dat beslaglegging op een specifieke vordering opgaat in het algehele faillissementsbeslag.

len verkoopt. Uit de opbrengst wordt het te betalen bedrag voldaan.

## Executie

Is de procedure met succes gevoerd dan geeft het vonnis een titel om tot executie te kunnen overgaan. Blijkt de debiteur weigerachtig te betalen dan kan een deurwaarder worden ingeschakeld die door middel van inbeslagname en vervolgens executie (veiling) bij de debiteur de aanwezige vermogensbestandde-

### Praktijkvoorbeeld

W. Berger levert bakstenen aan Fischer aannemersbedrijf voor de bouw van 36 vrijstaande woningen. Na levering blijft W. Berger onbetaald.

Daarop aangesproken verklaart Fischer aannemersbedrijf dat hij zelf in afwachting is van betaling door zijn opdrachtgever. W. Berger besluit daarop beslag te leggen onder de opdrachtgever van Fischer aannemersbedrijf op alle bedragen die de opdrachtgever nog aan Fischer aannemersbedrijf dient te voldoen. Dit leidt ertoe dat de opdrachtgever geen betalingen meer kan doen aan Fischer aannemersbedrijf.

Die vindt dit dermate bezwaarlijk, dat hij per omgaande het openstaande bedrag aan W. Berger voldoet.

## Samenvatting en tips

- Vóór een procedure kan (conservatoire) beslaglegging overwogen worden. Ook tijdens een procedure is dit mogelijk.
- Zorg ervoor dat u tijdig onderzoek doet naar mogelijke verhaalsobjecten/vermogensbestanddelen. Dit verhoogt de kans op succes.

# Eigendomsvoorbehoud en afstandsverklaring

## Eigendomsvoorbehoud

Het eigendomsvoorbehoud is vooral relevant in relatie tot leveranciers en aannemers die met prefab-systemen werken. In de regel worden deze pas na levering van de prefab-onderdelen of de goederen betaald. Daarmee is een risico gegeven. Immers als hun opdrachtgever na levering, maar voor de betaling failliet gaat, dan zijn de geleverde zaken eigendom van de failliete opdrachtgever. De goederen vallen dus in de failliete boedel. In de regel zal de curator dan de betreffende zaken verkopen en de opbrengsten zullen worden aangewend om alle schuldeisers zoveel mogelijk te voldoen. De leverancier en de prefab-aannemer zullen in de regel dus niet de volledige rekeningenbetaald krijgen.

De onbetaald gebleven koopsom kan bij de curator worden ingediend als concurrente vordering. In de regel betekent dit dat verdere betaling uitblijft. De leverancier kan tot meerdere zekerheid van betaling voor de geleverde zaken een eigendomsvoorbehoud bedingen, zodat dit eigendomsvoorbehoud zal inhouden dat de

geleverde zaken in eigendom blijven toebehoren aan de leverancier totdat volledige betaling heeft plaatsgevonden. Door betaling verkrijgt de opdrachtgever alsnog de eigendom. Is de opdrachtgever failliet gegaan voor de betaling en na de levering, dan is de leverancier gerechtigd de door hem geleverde goederen terug te nemen.

De combinatie van aanbetaling en eigendomsvoorbehoud behelst uiteraard wel een risico voor de opdrachtgever. Gaat de leverancier immers failliet dan zijn de geleverde goederen nog eigendom van de failliete leverancier en behoren de betreffende goederen dus tot de failliete boedel. Dit ondanks het gegeven dat er al is aanbetaald. De opdrachtgever kan dan – eveneens als concurrent schuldeiser – zijn vordering bij de curator indienen.

## Doorbreking eigendomsvoorbehoud: natrekking van bestanddelen

Het eigendomsvoorbehoud biedt evenwel een

beperkte uitkomst. Het eigendomsvoorbehoud vervalt namelijk zodra de bouwstoffen worden verwerkt in een bouwwerk. De bouwstoffen worden dan doorgaans bestanddeel van het in aanbouw zijnde werk. De eigenaar van het in aanbouw zijnde werk wordt door natrekking ook eigenaar van de bouwstoffen die daarin verwerkt zijn. Het eigendomsvoorbehoud gaat dan teniet. Alleen als de betreffende bouwstoffen

niet als een bestanddeel zijn aan te merken van het in aanbouw zijnde werk, kan het eigendomsvoorbehoud blijven bestaan. Een bestanddeel die heeft alles wat niet zonder beschadiging van enig omvang kan worden afgescheiden van het in aanbouw zijnde werk. Ook alles wat naar verkeersopvattingen onderdeel uitmaakt van het in aanbouw zijnde werk, wordt als een bestanddeel daarvan aangemerkt.

## Praktijkvoorbeeld

Sunair heeft in opdracht van aannemer Niehuis in een appartementencomplex airconditioning aangebracht in de woonkamers en buitenzonwering aan de serres, die op het zuiden zijn georiënteerd. Sunair heeft alle airconditioning aangebracht en is bezig met de montage van de zonwering als Niehuis failliet gaat. Op dat moment is alle zonwering al door Sunair geleverd en op het werk aanwezig. Bij twintig (20) woningen is de zonwering ook al aangebracht. Sunair heeft haar eerste termijnfactuur betaald gekregen en inmiddels een tweede termijnfactuur ingediend voor de gemonteerde airconditioning. De zonwering heeft zij nog niet uitgedeclareerd. Sunair geeft onmiddellijk opdracht om de verdere werkzaamheden te staken.

Sunair krijgt niet meer betaald voor de verrichte werkzaamheden en de geleverde materialen. De airconditioning is een bestanddeel van de appartementen en is daarmee eigendom geworden van de eigenaar van de woning, ondanks een eventueel eigendomsvoorbehoud. De zonwering is gekocht door Niehuis en aan Niehuis geleverd. Niehuis is daarvan eigenaar, tenzij Sunair heeft geleverd met een eigendomsvoorbehoud zolang niet is betaald. In dat geval is Sunair nog eigenaar en is zij gerechtigd om de zonwering weer mee te nemen. Dat geldt ook voor de zonwering die al is aangebracht. Buitenzonwering is geen bestanddeel van de appartementen. Dit blijven zelfstandige zaken, die desnoods door dit materiaal te demonteren door Sunair mogen worden meegenomen. Het is uiteraard praktischer om te trachten deze zonwering alsnog rechtstreeks aan de bewoners te verkopen.

## UAV Bouwstoffenregeling

In de UAV is in paragraaf 19 een speciale regeling met betrekking tot het eigendom van bouwstoffen opgenomen. Deze bepalingen brengen met zich dat de bouwstoffen eigendom worden van de opdrachtgever zodra de betreffende opdrachtgever de bouwstoffen goedkeurt. Deze bepaling heeft betrekking op de relatie tussen de opdrachtgever en de aannemer. De leveranciers staan buiten deze afspraak. Levert de leverancier de zaken met een eigendomsvoorbehoud aan de aannemer, dan kan de aannemer geen eigendom van de geleverde materialen overdragen aan de opdrachtgever. Om die reden is in paragraaf 19 UAV bepaald dat overgang van het eigendom alleen plaatsvindt als de aannemer aantoonbaar afstand doet van zijn aanspraak op de geleverde bouwstoffen. Bij de UAV is een zogenaamde afstandsverklaring gevoegd (formulier B). De leverancier kan daarmee afstand doen van zijn aanspraak op de door hem geleverde bouwstoffen.

Ook biedt de UAV bescherming aan de aannemer. Gedurende de tijd dat betaling uitblijft voor de betreffende materialen, leidt beslaglegging op de materialen door een schuldeiser van de principaal of faillissement van de principaal ertoe dat het eigen-

dom alsnog niet is overgegaan op de opdrachtgever. Daarbij wordt opgemerkt dat de UAV er overigens van uitgaat dat bij de termijnbetalingen niet alleen rekening wordt gehouden met het verrichte werk maar ook met de geleverde bouwstoffen die op grond van paragraaf 19 UAV eigendom van de principaal zijn geworden. Zodoende wordt bij de bepaling van de stand van het werk rekening gehouden met de geleverde materialen, waarvan de opdrachtgever eigenaar is geworden, maar anderzijds wordt ervan uitgegaan dat de betaling van de termijn vervolgens ook leidt tot betaling van materialen die inmiddels eigendom zijn geworden van de principaal. Goede afspraken daaromtrent zijn daarbij essentieel.



## Vervolg praktijkvoorbeeld

Niehuis bouwt het appartementencomplex in opdracht van woningcorporatie Morgenstond. Op de opdracht aan Niehuis is de UAV van toepassing. Morgenstond heeft de zonwering goedgekeurd, Niehuis heeft de zonwering aan Sunair betaald. Sunair had er dan ook geen bezwaar tegen om afstand te doen van haar aanspraken op de zonwering. Vervolgens gaat Morgenstond failliet, voordat zij de factuur aan Niehuis heeft voldaan waarin de prijs voor de zonwering was opgenomen.

Vanwege het faillissement wordt de onbetaalde zonwering geacht alsnog geen eigendom te zijn geworden van Morgenstond. Omdat de zonwering wel aan Niehuis is geleverd en Sunair afstand heeft gedaan van haar eigendomsvoorbehoud is Niehuis nu eigenaar van de zonwering.

### Tegenhanger: overdracht eigendom vóór levering

**Met** een eigendomsvoorbehoud verkleint de leverancier de risico's van zijn levering zonder voorafgaande betaling. Een tegenovergestelde situatie bestaat natuurlijk ook. In dit geval wordt eerst voorzien in een aanbetaling en pas dan worden de materialen geleverd. Een dergelijke situatie doet zich met name voor bij grootschalige nieuwbouwprojecten waar gewerkt wordt met prefab-leveringen. In een dergelijke situatie kan voor de levering eigendom worden verkregen van de te leveren materialen.

**Het** is daarbij van essentieel belang dat de in eigendom over te dragen materialen voldoende bepaalbaar en dus individualiseerbaar zijn. Welke materialen zijn voor wie bestemd. Het is niet voldoende dat bijvoorbeeld wordt aangegeven dat men recht heeft op tien (10) prefab-delen uit een bestaande voorraad.

**Het** verkrijgen van het eigendom voor levering geschiedt door een verklaring van de verkrijgende aannemer en de leverancier dat de leverancier de betreffende materialen op moment X voor de aannemer onder zich heeft. Gaat de leverancier failliet dan kan de verkrijgende aannemer de betreffende mate-

rialen ophalen. Ook in het geval dat de betreffende materialen nog bij de leverancier staan, gaan, zijn de betreffende materialen eigendom van de verkrijgende aannemer, ook al bevinden ze zich nog op het terrein van de leverancier.

## Samenvatting en tips

- Zorg voor afstemming van de betaling en de overdracht van het eigendom.
- Bedingen van een eigendomsvoorbehoud tot aan het moment van betaling kan uitkomst bieden.
- Is er sprake van een faillissement van een leverancier dan is de combinatie van een aanbetaling met een eigendomsvoorbehoud een (reëel) risico.
- Het eigendomsvoorbehoud heeft een beperkte waarde als de bouwstoffen worden verwerkt.
- Het is aan te raden te zorgen voor overdracht van het eigendom voordat wordt geleverd als er een (aan)betaling van de geproduceerde materialen plaatsvindt.

## UAV-praktijk

- § 19 lid 1: eigendomsovergang bouwstoffen na goedkeuring en overlegging afstandsverklaring leverancier.
- § 19 lid 2: alsnog geen eigendomsovergang bouwstoffen in geval van beslaglegging door schuldeisers opdrachtgever of faillissement opdrachtgever.

*zie verder over betalingsonmacht en faillissementssituaties*

• *Betaling en afbouwgarantie p. 6*

• *Faillissement! En nu? p. 28*

## Faillissement! En nu?

### **Gevolgen voor de overeenkomst afhankelijk van de curator**

In beginsel heeft een faillissement geen invloed op de overeenkomst die voorafgaand aan het faillissement is aangegaan. De contractspartner van de failliet blijft – in beginsel althans – gehouden zijn verplichtingen na te komen. Gegeven is echter ook dat in geval van het faillissement de overeengekomen tegenprestatie – en meer in het bijzonder de voldoening daarvan – uitermate onzeker is. De Faillissementswet geeft de mogelijkheid dat aan de curator een termijn wordt gesteld, waarbinnen deze aangeeft of de overeenkomst moet worden nagekomen. De curator kan niet worden gedwongen de overeenkomst na te komen. Laat de curator na zich over het voorgaande uit te laten, dan kan de overeenkomst worden ontbonden. Nakoming van de overeenkomst door de curator zal enkel plaatsvinden in het geval dit voor de failliete boedel een voordeel oplevert. De curator is dan gehouden zekerheid te stellen voor de juiste nakoming van de overeenkomst.

In de UAV is een gelijkkluidende regeling opgenomen met betrekking tot faillissementen.

### **Schade**

Komt de curator de overeenkomst niet na, dan zal het faillissement zeker tot schade leiden. Ook dit recht op schadevergoeding is een concurrente vordering in het faillissement en geen boedelschuld of vordering met preferentie. Voorbeelden van een boedelschuld zijn bijvoorbeeld salarissen van werknemers en een preferente vordering is bijvoorbeeld een vordering van de Belastingdienst. Het gegeven dat deze concurrente vordering tot schadevergoeding laatste in rang staat, brengt met zich dat er – in de regel – geen reële kans op voldoening van deze concurrente vordering bestaat.

### **Contractuele bepalingen**

Vaak is in de overeenkomst opgenomen dat in

het voorkomende geval één van de partijen failliet wordt verklaard, de overeenkomst van rechtswege is ontbonden als de andere partij gerechtigd is om tot ontbinding over te gaan.

In dit geval is de contractspartij niet afhankelijk van de curator. De contractspartij verkeert na het faillissement dan ook niet in onzekerheid over de bedoelingen van de curator met de overeenkomst. Het is aan te raden een dergelijke bepaling op te nemen in een nieuw te sluiten overeenkomst.

## Verrekeningsmogelijkheden

Op het moment dat een contractspartij failliet is worden minder strenge eisen gesteld aan het verrekenen van over en weer bestaande vorderingen. De vorderingen hoeven namelijk niet opeisbaar te zijn. Voldoende is dat de schuld en de vordering beide al bestonden op het moment van faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring zijn verricht. Verrekening als vorm van betaling is dus een interessante mogelijkheid. Feit is echter ook dat in veel overeenkomsten de mogelijkheid om te verrekenen contractueel wordt uitgesloten. Deze bepaling geldt dan dus ook bij faillissement. Een bepaling met voornoemde strekking kan zeer nadelig zijn. Gaat immers een contractspartij

failliet dan kan – als gevolg van deze bepaling – de wederpartij niet overgaan tot verrekening.

Zijn vordering(en) zijn dus concurrent met de overige schuldeisers. Faillissement doet niets af aan bestaande mogelijkheden om het retentierecht uit te oefenen.

## Praktijkvoorbeeld

ABC BOUW bouwt in opdracht van River Ltd. een kantoorgebouw en heeft hiervoor een aantal onderaannemers ingeschakeld. Het kantoorgebouw is voor de helft gerealiseerd als River Ltd. failliet wordt verklaard. ABC BOUW heeft in zijn overeenkomst met River Ltd. opgenomen dat de overeenkomst van rechtswege is ontbonden bij faillissement van de opdrachtgever, onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor de schade die ABC BOUW in dat geval lijdt. De overeenkomst tussen ABC BOUW en River Ltd. is dan ook per direct geëindigd door het faillissement van River Ltd. De curator kan ABC BOUW niet verplichten om de overeenkomst na te komen en het kantoorgebouw af te bouwen.

ABC BOUW heeft in de overeenkomsten met zijn onderaannemers geen ontbindende voorwaarde opgenomen voor het geval de opdrachtgever van ABC BOUW failliet gaat. In principe is ABC BOUW daarom verplicht de overeenkomsten met de onderaannemers na te komen. Omdat de opdracht met River Ltd. is geëindigd zal ABC BOUW geen belang meer hebben bij uitvoering van de werkzaamheden van haar onderaannemers. ABC BOUW zal deze overeenkomsten dan ook beëindigen. Zij wordt daardoor echter schadeplichtig jegens de betreffende onderaannemers.

Indien ABC BOUW door de ontbinding van de overeenkomst met River Ltd. schade lijdt, kan zij een vordering indienen bij de curator. Of deze vordering kan worden voldaan, hangt af van hetgeen in de boedel zit en wat de hoogte van de preferente vorderingen en de boedelschulden is, die voorgaan op de concurrente schuldeisers.

ABC BOUW heeft nog bouwhekken staan om het werk. Zij besluit daarom retentierecht uit te oefenen op het in aanbouw zijnde werk. Als de curator het werk te gelde wil maken, zal hij een regeling moeten treffen met ABC BOUW, die niet verplicht kan worden om het werk vrij te geven, zolang haar vorderingen niet zijn voldaan en die haar vordering met voorrang kan verhalen op de opbrengst in geval van executieverkoop.

## De faillissementsprocedure

**Een** faillissement kan worden uitgesproken, indien er sprake is van ten minste twee (2) schuldeisers met vorderingen waarvan er tenminste één opeisbaar is en degene die de vorderingen dient te voldoen is opgehouden met betalen. Indien door de rechtbank op het faillissementsrekest is beslist wordt door de rechter een curator en een rechter-commissaris benoemd.

**De** rechter-commissaris houdt toezicht op de curator, die op zijn beurt de failliete boedel beheert en probeert de schulden te vereffenen. De curator behartigt daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Zoals eerder aangegeven rust er vanaf het moment dat een partij failliet is verklaard een faillissementsbeslag op het volledige vermogen van de failliet en verliest hij dus de beschikking en het beheer over zijn eigen vermogen. De curator neemt deze bevoegdheden over. De curator kan – met machtiging van de rechter-commissaris – het bedrijf van de failliet voortzetten.

**De** schuldeisers kunnen hun vorderingen indienen bij de curator. Deze zal daarvan dan een lijst opmaken met voorlopig erkende en voorlopig betwiste vorderingen. De rechter-commissaris zal dan vervolgens een verificatievergadering (vergadering waarin

de vorderingen worden besproken) bepalen op het moment dat blijkt dat er voldoende baten zijn om naast de boedelschulden en preferente vorderingen ook de concurrente vorderingen op zijn minst gedeeltelijk te voldoen.

**Schuldeisers** kunnen bij deze verificatievergadering aanwezig zijn. Zijn er geen baten in de boedel om (ook maar een deel van) de concurrente vorderingen te voldoen, dan blijft afwikkeling van deze vorderingen achterwege en wordt er dus ook geen verificatievergadering gehouden.

## Faillissement als pressiemiddel

**Net** als het leggen van (conservatoir) beslag kan – in het geval de vordering niet wordt voldaan – een faillissementsaanvraag een effectief incassomiddel zijn. De schuldenaar zal in veel gevallen proberen het faillissement af te wenden door de schuldeiser alsnog te betalen.

## GIW-garantie

**Een** garantie van het Garantie Instituut Woningbouw (GIW) zorgt ervoor dat het risico van een faillissement van de aannemer wordt afgedekt door

een afbouwgarantie. Een bij het GIW aangesloten ondernemer die failliet gaat en – als gevolg van dat faillissement – de bouw stil komt te liggen, dan wordt zonder meerkosten voor de principaal een andere aannemer belast met de afbouw van de woning.

**Deze** afbouwgarantie van het GIW vindt enkel plaats wanneer een overeenkomst tussen de aannemer en de principaal is gesloten volgens een model koop-aannemingsovereenkomst dat door het GIW en de aangesloten organisaties wordt voorgeschreven. Zulks is met name aan de orde bij seriematig bouwen van met name grotere nieuwbouwprojecten.



## Samenvatting en tips

- Kijk in faillissementssituaties de overeenkomst met de failliet na op specifieke bepalingen in verband met faillissementssituaties. Deze bepalingen zijn vaak gericht op beëindiging van de tussen de contractspartijen gesloten overeenkomst.
- Bevat de overeenkomst geen speciale regeling dan dient de curator zich uit te laten over nakoming of beëindiging van de overeenkomst.
- Verlangt de curator nakoming dan dient deze zekerheid te verstrekken voor de nakoming van de te verrichten prestaties.
- In een faillissementssituatie is het ook van belang dat concern- en bankgaranties kunnen worden ingeroepen na faillissement. Dit dient expliciet in de concern- en bankgaranties te worden opgenomen en dat deze ook dienen ter dekking van de schade die wordt geleden als gevolg van de voortijdige beëindiging van de overeenkomst bij faillissement.
- Controleer of voldoening van de openstaande vordering inmiddels voor verrekening mogelijk is.
- Retentierecht kan ook in faillissementssituaties worden uitgeoefend.

## UAV-praktijk

- § 45 lid 4: bij faillissement opdrachtgever kan aannemer curator sommeren zich uit te laten over voortzetting werk. Indien gewenst: zekerheidstelling. Anders beëindigingsmogelijkheid aannemer.
- § 14 lid 10: bij beëindiging op grond van § 45 lid 4 heeft de aannemer recht op de aannemingsom (inclusief winst) vermeerderd met de kosten die zijn gemaakt in verband met de niet-voltooiing en verminderd met bespaarde kosten.
- § 46 lid 3: bij faillissement aannemer kan de opdrachtgever de curator sommeren zich uit te laten over voortzetting werk. Indien gewenst: zekerheidstelling. Anders beëindigingsmogelijkheid opdrachtgever, met recht op schadevergoeding.

*zie verder over de werking van het retentierecht in faillissementssituaties:*

• *Opschorting, voortijdige beëindiging, retentierecht; p. 12*



sleutels  
advocaten

**Bezoekadres**

Mariënburg 67  
6511 PS Nijmegen

**Postadres**

Postbus 1190  
6501 BD Nijmegen

**E-mail**

[informatie@sleutels.com](mailto:informatie@sleutels.com)

**[www.sleutels.com](http://www.sleutels.com)**

**Telefoon**

(024) 324 47 79

**Fax**

(024) 324 49 10

[www.sleutels.com](http://www.sleutels.com)