

# Risico's van investeringen en leveranties beperken

In het afgelopen jaar kwamen verschillende ondernemers in financiële problemen door faillissementen van bedrijven waarmee ze zaken deden. In deze bijdrage wordt ingegaan op de mogelijkheden die de wet dergelijke ondernemers biedt om alternatieve zekerheid van de schuldenaar te verlangen teneinde de financiële risico's van omvangrijke investeringen of leveranties te beperken.

Door **mr. Victor Kruit**, advocaat bij Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen, en **mr. Rose Pham**, advocaat bij Wybenga advocaten.

**E**r zijn diverse manieren voor schuldeisers om de financiële risico's van omvangrijke investeringen of leveranties te beperken:

## **Pand- en hypotheekrecht**

Het pandrecht en het hypotheekrecht zijn zekerheidsrechten die de schuldeiser tegen een schuldenaar kan inroepen indien laatstgenoemde tekortschiet in de nakoming van een contractuele betalingsverplichting, zoals het niet of te laat betalen van een aflossingstermijn uit een geldleningsovereenkomst. Een recht van hypotheek kan gevestigd worden op een registergoed (zoals een huis), terwijl een pandrecht kan worden gevestigd op een niet-registergoed (zoals een schilderij). Pand- en hypotheekhouders hebben in een dergelijk geval het recht van parate executie, hetgeen zoveel betekent dat het de pand- of hypotheekhouders vrijstaat om het met pand- of hypotheekrecht bezwaarde goed onder zich te nemen en te verkopen, om zich vervolgens uit de opbrengst van de verkoop te voldoen. De pand- of hypotheekhouder hoeft zich daarbij niets aan te trekken van een faillissement van de schuldenaar, omdat de genoemde zekerheidsrechten voorrang geven bij verhaal op het daaraan verbonden goed.

Rust op een registergoed twee hypotheekrechten, dan heeft de hypotheekhouder wiens recht het eerst is gevestigd voorrang op de tweede hypotheekhouder. De eerste hypotheekhouder mag het goed verkopen en zich uit de opbrengst voldoen. Resteert er daarna nog een bedrag, dan komt dit ten goede aan de tweede hypotheekhouder. Deze regel geldt eveneens voor een pandhouder. Daarnaast maakt men bij

pandrechten onderscheid in twee typen, namelijk stil pand en vuistpand. Bij een stil pandrecht blijft het goed in het vermogen van de pandgever/schuldenaar, zodat voor de buitenwereld niet kenbaar is dat het goed met een pandrecht is bezwaard. In de praktijk zie je veelal dat banken gebruikmaken van stil pandrecht als zekerheid voor de verstrekte financiering aan de schuldenaar. In dergelijke gevallen wordt een stil pandrecht gevestigd op onder meer de voorraden, inventaris, machines en debiteuren van de schuldenaar. Dit in tegenstelling tot een vuistpand, waarbij het goed bij de pandgever wordt weggehaald en in de macht wordt gebracht van de pandhouder. De pandgever kan in een dergelijk geval dus niet meer over het goed beschikken.

## **Retentierecht**

Als een schuldeiser over een zaak van de schuldenaar beschikking heeft, kan er dus sprake zijn van een vuistpand. Maar in een dergelijk geval kan er ook sprake zijn van een retentierecht. Het verschil met pandrecht is dat aan retentierecht geen onderhandse of authentieke akte ten grondslag ligt tussen de schuldeiser en schuldenaar.

Een retentierecht kan op grond van de wet door een schuldeiser (retentor) worden ingeroepen teneinde de verplichting tot afgifte van een zaak aan de schuldenaar op te schorten. Het is daarbij wel van belang dat het retentierecht uitsluitend kan worden ingeroepen voor de periode dat de retentor de feitelijke macht over de zaak uitoefent. Begin 2010 werd één van onze klanten niet meer betaald voor diens werkzaamheden bij de bouw van een (meer dan 75 meter lang) motor-



jacht. In deze zaak hebben we met succes een retentierecht kunnen inroepen door de afgifte van het motorjacht op te schorten. De klant had als retentor feitelijk en wettelijk gezien een sterke positie om betaling af te dwingen, ook in geval van een faillissement van zijn opdrachtgever.

Een eventuele curator in het faillissement van de opdrachtgever, alsmede andere schuldeisers, kunnen namelijk geen gebruikmaken van hun rechten als de vordering van de retentor niet betaald wordt. Aangezien de verwachte opbrengst van het motorjacht aanzienlijk hoger lag dan de vordering van de retentor zullen schuldeisers (of een curator in geval van faillissement) sneller besluiten om de vordering van de retentor te betalen, zodat zij zich daarna zelf op het goed kunnen verhalen. Op deze manier heeft onze klant uiteindelijk zijn openstaande vordering geheel betaald gekregen en had hij feitelijk voorrang op de overige schuldeisers van de opdrachtgever. Deze situatie zou uiteraard anders zijn gelopen als de verwachte opbrengst van het motorjacht gelijk was of lager dan de vordering van de retentor, omdat het in een dergelijk geval voor de andere schuldeisers niet meer interessant is om de vordering van de retentor te betalen. De retentor kan het goed vervolgens niet zomaar verkopen om zijn vordering te verhalen. Anders dan de pand- of hypotheekhouder zal de retentor hiervoor eerst toestemming van de rechter moeten verkrijgen.

#### **Recht van reclame**

In geval van verkoop van niet-registergoederen (zoals schilderijen of auto's) staat het een verkoper of schuldeiser vrij om afgeleverde goederen aan de koper of

schuldenaar terug te vorderen door een beroep te doen op het zogenaamde recht van reclame. Als de afgeleverde goederen niet door de schuldenaar worden betaald, de goederen zich nog in dezelfde staat bevinden als waarin zij werden afgeleverd én de koopprijs reeds opeisbaar is, dan heeft de verkoper op grond van de wet maximaal zes weken de tijd om het reclamerecht in te roepen en de eigendom van de geleverde goederen op te eisen. Tevens staat het reclamerecht open voor de verkoper die goederen verkoopt op krediet en niet gelijk een aanmaning naar de koper zal sturen. Ook in een dergelijk geval kan de verkoper maximaal binnen zestig dagen, te rekenen vanaf de dag dat het goed zich bij de koper bevindt, het recht van reclame inroepen tegen de koper en de eigendom van de goe-

## **De retentor kan het goed niet zomaar verkopen om zijn vordering te verhalen**

deren terug eisen. In principe wordt door het inroepen van het recht van reclame de overeenkomst met de koper ontbonden en zal ook een curator in geval van faillissement van de schuldenaar een recht van reclame tegen zich moeten laten gelden. In veel gevallen zal de curator de keuze hebben om ofwel de koopprijs aan de verkoper te betalen ofwel de afgeleverde goederen aan de verkoper terug te geven.

#### **Eigendomsvoorbehoud**

Nauw verwant aan het recht van reclame ligt het zogenaamde eigendomsvoorbehoud, dat veelal in »

contracten of algemene voorwaarden van leveranciers van goederen is terug te vinden. Evenals bij het recht van reclame staat het de leverancier of de verkoper vrij om de eigendom van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen op te eisen van de koper in geval van niet betalen of faillissement, mits de goederen zich nog in dezelfde staat bevinden als bij levering en niet zijn verwerkt in een nieuw goed. Het eigendomsvoorbehoud verschilt van het reclamerecht doordat een eigendomsvoorbehoud enerzijds contractueel door de leverancier of verkoper moet zijn bedongen, wat bij het recht van reclame niet het geval is, en anderzijds behoeft het eigendomsvoorbehoud niet binnen een fatale termijn van maximaal zestig dagen na levering, dan wel zes weken na het opeis-

## Eigendomsvoorbehoud kan ook gelden voor afgeleverde goederen die reeds door de koper zijn betaald

baar worden van de koopsom door de verkoper te worden ingeroepen. Sterker nog: eigendomsvoorbehoud kan ook gelden voor afgeleverde goederen die reeds door de koper betaald zijn, dit noemt men een verlengd eigendomsvoorbehoud. Indien een verkoper bijvoorbeeld eerst een partij hout levert en op een later moment een partij metaal levert en de koper uitsluitend de partij metaal betaalt, dan kan de verkoper bij een verlengd eigendomsvoorbehoud ook de eigendom van de reeds betaalde partij metaal terugvorderen. Indien op enig moment blijkt dat de geleverde partij hout door de koper is verwerkt tot meubels, dan komt daarmee het eigendomsvoorbehoud te vervallen. Ook een eigendomsvoorbehoud kan dus in faillissement worden ingeroepen tegen een curator.

Hoewel een eigendomsvoorbehoud (en het recht van reclame) sterke voorrangrechten zijn in de relatie koper/verkoper, kunnen dergelijke rechten niet door de verkoper tegen een derde worden ingeroepen. Eén van onze klanten werd afgelopen jaar met een dergelijke situatie geconfronteerd, nadat hij een grote partij kantoormeubilair onder verlengd eigendomsvoorbehoud had geleverd aan een afnemer die deze goederen vrijwel meteen doorverkocht aan een derde partij. Toen de afnemer vervolgens in staat van faillissement geraakte én de derde partij niet op de hoogte bleek te zijn van het eigendomsvoorbehoud van onze klant, werd de derde door de wetgever in bescherming genomen tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de afnemer. Doordat de derde te goeder trouw had gehan-

deld, eindigde het eigendomsvoorbehoud (of in geval van recht van reclame het reclamerecht) van de verkoper/leverancier en werd onze klant alsnog genoodzaakt om deze kosten als verlies te nemen.

### De overeenkomst van borgtocht

In de praktijk speelt ten slotte de borgtocht een belangrijke rol bij de verkrijging van financieringen door de bank. Een overeenkomst van borgtocht kent drie partijen: de hoofdschuldenaar (bijvoorbeeld een onderneming), de schuldeiser (bijvoorbeeld de bank) en de borg (bijvoorbeeld de bestuurder van de onderneming in privé). Feitelijk stelt een borg zich garant voor eventuele verplichtingen van de hoofdschuldenaar, indien laatstgenoemde tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen richting de schuldeiser. De schuldeiser krijgt door de borgstelling extra zekerheid, omdat de schuldeiser naast de hoofdschuldenaar ook de borg kan aanspreken voor eventuele schulden van de hoofdschuldenaar. Hoewel een borg zowel een rechtspersoon (zoals een bv) als een natuurlijk persoon (een zogenaamde particuliere borg) kan zijn, is het van belang voor de rechtsgeldigheid dat bij een particuliere borg ook diens echtgenoot toestemming geeft voor de borgstelling door ondertekening van de borgstellingsakte. Immers, zonder verkregen toestemming kan de echtgenoot achteraf de overeenkomst van borgtocht ongedaan maken. Bij een rechtspersoon die als borg optreedt, geldt dit vereiste niet.

### Conclusie

De wet biedt de schuldeiser diverse mogelijkheden om zijn vordering te kunnen innen. Desondanks komt het in deze tijden geregeld voor dat schuldeisers geconfronteerd worden met niet-betalende schuldenaren die vervolgens in staat van faillissement geraken. Zoals uit dit artikel blijkt, zijn er diverse manieren voor schuldeisers om de financiële risico's van omvangrijke investeringen of leveranties te beperken. Ten eerste kan dat worden bewerkstelligd door aan een omvangrijke financiering zekerheidsrechten te koppelen in de vorm van een hypotheek- of een pandrecht, zodat na uitwinning van de zekerheidsrechten het bedrag van de geldlening kan worden verhaald door de pand- of hypotheekhouder. Ten tweede zie je dat schuldeisers risico's kunnen spreiden door een borgstelling te verlangen van een derde partij die zich feitelijk borg stelt voor de schuld van de schuldenaar. Ook kan door middel van een beroep door de schuldeiser op het retentierecht afgifte van een goed aan de schuldenaar worden opgeschort, teneinde betaling van de facturen te verlangen. Een andere vorm van opschorting vinden we terug bij leveranciers van goederen die de overdracht van de eigendom opschorten door middel van een levering onder eigendomsvoorbehoud, wat vaak wordt

gecombineerd met een tijdig beroep op het recht van reclame. Op een dergelijke wijze trachten leveranciers het eigendom van de geleverde zaken op te eisen in geval van insolventie aan de kant van de schuldenaar.

Ondanks de diverse mogelijkheden die de wet biedt om de risico's van omvangrijke investeringen of leveranties te beperken, blijft er een bepaald risico voor ondernemers bestaan. Het voorbeeld van de leverancier van kantoormeubilair toont dit wel aan. Hoewel deze klant achteraf gezien dit risico had kunnen vermijden door een pandrecht te vestigen op zijn geleverde goederen of door de derde – voor de levering van de goederen door de afnemer – op de hoogte te brengen van zijn eigendomsvoorbehoud (zodat het beroep van de derde op de goede trouw niet zou slagen), vormde geen van deze opties een werkbare situatie voor de klant. De voorgestelde alternatieven beperken dus wel degelijk het risico, maar zijn helaas niet altijd geschikt voor elke situatie. Wij adviseren dan ook om altijd een jurist te raadplegen alvorens voor één van de hiervoor beschreven mogelijkheden wordt gekozen. ■