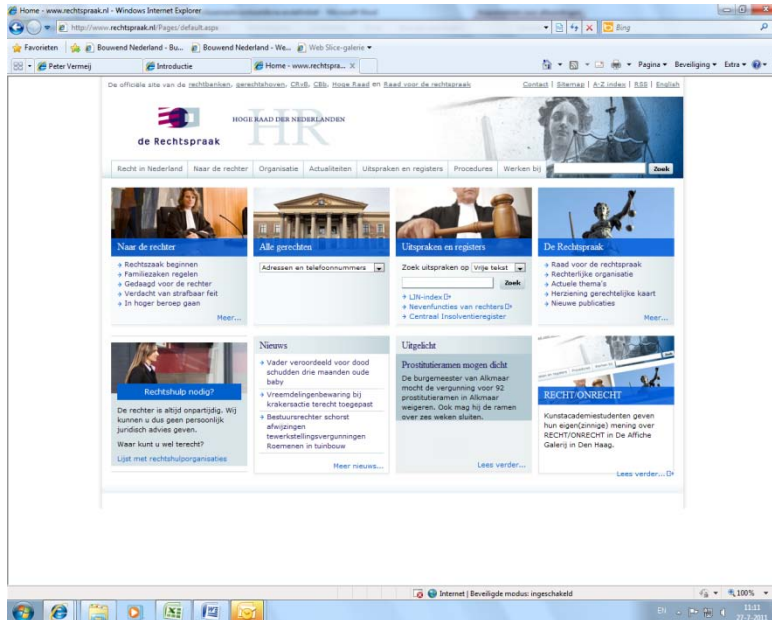


TOELICHTING BIJ DE MODELBRIEVEN (dit gedeelte niet meezenden)

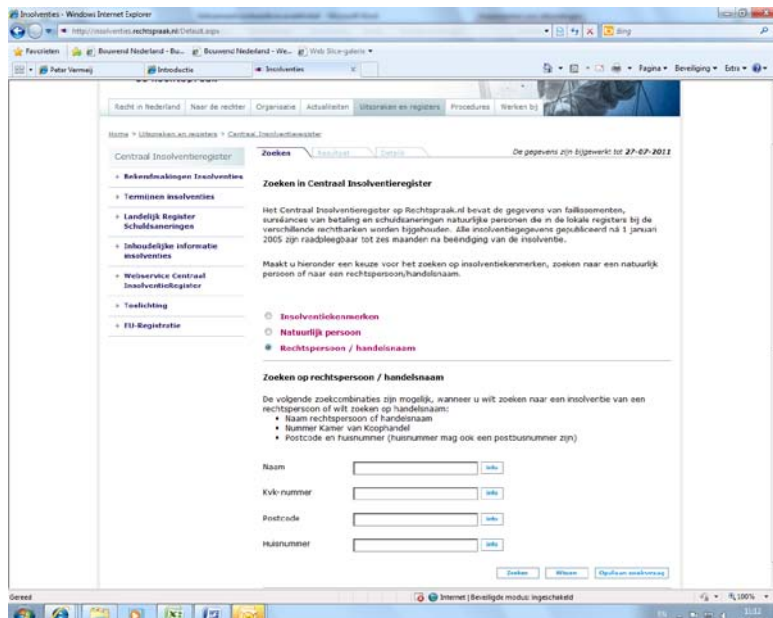
1. Is mijn onderaannemer of leverancier wel failliet?

Op www.rechtspraak.nl bevindt zich het gratis te raadplegen Centraal Insolventieregister. Hierin worden, onder andere, alle uitgesproken faillissementen en schuldsaneringen gepubliceerd met vermelding van de curator en de rechter commissaris. Hoe werkt het?

U gaat naar de site en krijgt dit scherm.



In de derde kolom ziet u de link naar het Centraal Insolventieregister, waar u op klikt. Vervolgens krijgt u onderstaand scherm en kunt u zoeken op naam door de naam bij rechtspersonen/ handelsnamen in te vullen. Ook kan er op andere kenmerken worden gezocht.



2. Het faillissement en de modelbrieven

Een faillissement heeft in beginsel geen gevolgen voor lopende overeenkomsten. De daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen van de gefailleerde onderaannemer/leverancier en de aannemer worden er niet door gewijzigd. Het is van groot belang om de overeenkomst formeel af te wikkelen met de curator. Daarvoor zijn de modelbrieven A tot en met E opgesteld.

Modelbrieven A en C dienen door de aannemer gebruikt te worden in de situatie waarin zowel de aannemer als de onderaannemer/leverancier niet geheel aan hun verplichtingen hebben voldaan.

Modelbrieven B en D dienen door de aannemer gebruikt te worden in de situatie waarin zij volledig aan haar verplichtingen heeft voldaan (alles is betaald), doch de onderaannemer/leverancier niet.

In beide situaties moet eerst duidelijkheid worden verkregen over de afwikkeling van de overeenkomst met de curator alvorens een derde kan worden ingeschakeld en aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van kosten.

De curator kan er vervolgens voor kiezen om:

- 1) De overeenkomst alsnog na te komen (hij of zij moet dan zekerheid stellen).
- 2) Of aan te geven niet te willen nakomen of niet tijdig te reageren. In deze gevallen zal de overeenkomst (gedeeltelijk) worden ontbonden en dient de schade te worden geïnventariseerd om de vordering op te maken. Indien de aannemer volledig aan zijn betalingsverplichtingen heeft voldaan zal haar niets anders resten dan de vordering in te dienen in het faillissement met modelbrief E. Heeft de aannemer de gefailleerde onderaannemer/leverancier niet volledig betaald, dan kan zij haar vordering verrekenen met het openstaande bedrag van de onderaannemer/leverancier. Afhankelijk van de hoogte van de vorderingen dient de aannemer ofwel een bedrag aan de curator te voldoen, ofwel een vordering in te dienen in het faillissement met modelbrief E.

Prijsvermindering en schade, splitsing bij ontbinding

Indien sprake is van een uitblijvende, onvolledige of ondeugdelijke uitvoering/levering moet de aannemer na de gedeeltelijke ontbinding de prijsvermindering bepalen van de overeengekomen aanneemsom of koopprijs. Uitgangspunt daarbij is hetgeen partijen zijn overeengekomen. De schade in de vorm van extra kosten die de aannemer zal moeten maken om alsnog te verkrijgen wat is overeengekomen wordt hierbij niet betrokken, maar moet apart als schade worden opgevoerd. Een voorbeeld:

In de overeenkomst (aanneemsom €100.000) is opgenomen dat er vijf kozijnen worden geleverd en geplaatst voor een prijs van €10.000 en een haard voor €5.000. De onderaannemer gaat failliet, en de aannemer ontbindt vervolgens de aanneemovereenkomst gedeeltelijk. Op het moment van ontbinding staat vast dat de haard niet is geleverd en geplaatst. Tevens moeten er twee kozijnen worden vervangen, waarvoor een offerteprijs door een derde is afgegeven van €6.000.

Simpel gezegd heeft de aannemer dan in totaal te vorderen € 6.000 voor de kozijnen en € 5.000 voor de haard, dus € 11.000. Formeel juridisch wordt dit bedrag opgesplitst in twee delen, namelijk een deel prijsvermindering voor het deel van de aanneemsom dat niet is geleverd of uitgevoerd (punt a in de modelbrieven) en een deel schade (punt b in de modelbrieven).

De prijsvermindering vastgesteld op basis van de aanneemovereenkomst komt in dit geval neer op twee kozijnen a € 2.000 per stuk = € 4.000 plus € 5.000 voor de haard is € 9.000.

Als schade kan € 2.000 worden gevorderd, namelijk de meerkosten verbonden aan het vervangen en plaatsen van twee ondeugdelijke kozijnen, aldus berekend als volgt: herstellkosten opgenomen in de offerte van de derde (€ 6.000) minus de prijs van de twee kozijnen zoals begrepen in de aanneemsom (€ 4.000) = € 2.000.

Uit hoofde van de gedeeltelijke ontbonden aanneemovereenkomst is de aannemer dan verschuldigd het bedrag van € 100.000 minus € 9.000 = € 91.000. Daarnaast kan er € 2.000 aan schade worden verrekend, zodat het totaal uitkomt op een door de aannemer te betalen bedrag van € 89.000. Afhankelijk van het wat de aannemer reeds heeft betaald, resteert dan het indienen van een vordering in het faillissement (indien er teveel is betaald) of betaling aan de curator (indien er te weinig is betaald).

3. Het invullen van modelbrieven A tot en met D

- [1] Omschrijf de niet uitgevoerde werkzaamheden/geleverde zaken.
- [2] Omschrijf de aanwezige gebreken/tekortkomingen aan het werk/geleverde.
- [3] Som de schade op en voeg zo mogelijk een onderbouwing bij middels bijlage(n).
- [4] Vermeld hier de onbetaald gelaten facturen.
- [5] De gestelde termijn moet een redelijke zijn. Een reden om een korte termijn te stellen kan gelegen zijn in afspraken met uw eigen opdrachtgever. Wat zou kunnen worden aangevoerd is dat de voortgang van het werk gewaarborgd moet zijn en vertraging kan resulteren in een kortingsaanspraak van uw opdrachtgever.
- [6] Nadat de prijsvermindering en de schade bekend is, dient u uw vordering in te dienen in het faillissement middels modelbrief E.

4. Het invullen van Modelbrief E

- [1] Bij deze brief dient u een bijlage te voegen waaruit blijkt hoe uw vordering is opgebouwd. Het totaalbedrag onder de streep dient hier vermeld te worden.

5 Tot slot een bijzonder punt van aandacht: vooruitbetalingen aan onderaannemer/leverancier voor te leveren zaken.

Bij een bestellingen bij onderaannemer/leverancier moet soms een substantieel deel worden vooruitbetaald. Deze vooruitbetalingen worden veelal aangewend voor inkopen door de onderaannemer/leverancier bij een derde. Een voorbeeld hiervan is een timmerfabriek welke in opdracht van de aannemer kozijnen in haar werkplaats fabriceert. Vooruitbetalingen dienen voor de inkoop van materialen en als voorschot voor te verrichten arbeid. Stel nu dat de een deel van de kozijnen wel al in de timmerfabriek aanwezig zijn maar nog niet afgeleverd en verwerkt op de bouwplaats. Kunnen deze door de aannemer zonder meer bij de curator worden opgeëist?

Het opeisen van deze zaken is pas mogelijk indien er eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden. Daarvoor is vereist dat er sprake is geweest van een levering. De wet stelt een aantal voorwaarden aan een levering. Eén eis, de overdracht van bezit, levert in de praktijk problemen op. Omdat de zaken zich nog bij de onderaannemer/leverancier bevinden hebben zij, en niet de aannemer, de feitelijke macht over de aanwezige zaken. Van eigendom van de aannemer is geen sprake. Gaat de onderaannemer/leverancier failliet dan kan geen eigendomsoverdracht meer plaatsvinden. Het opeisen van deze zaken met de stelling dat er vooruit is betaald zal dan niet opgaan.

Voor de aannemer is er één mogelijkheid om dit probleem te ondervangen. De aannemer en de onderaannemer/leverancier kunnen afspreken dat de onderaannemer/leverancier de zaken die zich in het kader van de uitvoering van de overeenkomst onder de onderaannemer/leverancier bevinden, of door een derde voor de onderaannemer/leverancier worden gehouden, voortaan voor de aannemer zal worden gehouden. In dat geval zal de eigendom van de aanwezige zaken, en waarvoor de vooruitbetaling is gedaan, bij de aannemer liggen. Het is dan wel noodzakelijk dat de aannemer en de onderaannemer/leverancier dit expliciet overeenkomen. Dat dient te geschieden in de overeenkomst. Is er sprake van een opdrachtbevestiging dan kan niet worden volstaan met een enkele melding. De onderaannemer/leverancier zal dan alsnog moeten tekenen voor akkoord. Een voorbeeld van een clause welke in een contract of aparte afspraak kan worden opgenomen is:

a. met een leverancier

De door de leverancier in het kader van de uitvoering van de overeenkomst te leveren zaken waarover de aannemer niet de feitelijke macht heeft, geschiedt door bezitsverschaffing conform het bepaalde in art. 3:115 sub a BW. De daartoe benodigde tweezijdige verklaring van de leverancier en de aannemer wordt reeds bij deze afgelegd.

De leverancier is gehouden om de zaken welke zij in het kader van de uitvoering van de overeenkomst met de aannemer onder zich heeft, of door een derde namens de leverancier worden gehouden, zodanig af te scheiden en afgescheiden te houden, dat deze zaken op ieder moment individualiseerbaar zijn als zaken die door de leverancier voor de aannemer worden gehouden.

In het geval waarin in de overeenkomst tussen de aannemer en de leverancier een van deze bepaling afwijkende regeling is overeengekomen prevaleert bovenstaande regeling.

b. met de onderaannemer

De door de onderaannemer in het kader van de uitvoering van de overeenkomst te leveren zaken waarover de aannemer niet de feitelijke macht heeft, geschiedt door bezitsverschaffing conform het bepaalde in art. 3:115 sub a BW. De daartoe benodigde tweezijdige verklaring van de onderaannemer en de aannemer wordt reeds bij deze afgelegd.

De onderaannemer is gehouden om de zaken welke zij in het kader van de uitvoering van de overeenkomst met de aannemer onder zich heeft, of door een derde namens de onderaannemer worden gehouden, zodanig af te scheiden en afgescheiden te houden, dat deze zaken op ieder moment individualiseerbaar zijn als zaken die door de onderaannemer voor de aannemer worden gehouden.

In het geval waarin in de overeenkomst tussen de aannemer en de leverancier een van deze bepaling afwijkende regeling is overeengekomen prevaleert bovenstaande regeling.

Indien u een dergelijke clause bent overeengekomen kunt u de zaken, ook zonder gebruikmaking van een van de brieven, bij de curator opeisen.

Het hanteren van deze clause geeft overigens geen absolute garantie. Het kan namelijk zijn dat een toeleverancier van de onderaannemer/leverancier op haar beurt niet betaald heeft gekregen, omdat de onderaannemer/leverancier de vooruitbetaling voor andere zaken heeft aangewend. Indien deze toeleverancier een eigendomsvoorbehoudclause heeft opgenomen in de overeenkomst met de onderaannemer/leverancier kunnen er toch problemen ontstaan.