

VESTIGING VAN ZEKERHEDEN OP BASIS VAN DE FINANCIERING



Mr. drs. M.J. van Paridon is 20 jaar werkzaam als advocaat, sinds 2009 bij RWV Advocaten te Leiden.¹

Standaard is financiering met zekerheden. De financieringsdocumentatie bepaalt welke zekerheden gevestigd moeten worden en schrijft voor wat te doen indien de waarde van het onderpand bepaalde ondergrenzen overschrijft. In onderhavig artikel beschrijf ik de wijze waarop en de voorwaarden waaronder zekerheden gevestigd kunnen worden.

Voordat ik inhoudelijk inga op de vestiging van zekerheden is het verstandig om die vooraf in hun (juridische) kader te plaatsen. Vervolgens geef ik aan hoe die zekerheden gevestigd worden en aan welke voorwaarden voldaan moet zijn, maar ook waar (en wanneer) onderhandelingsmogelijkheden liggen. Daarna sta ik stil bij mogelijke beperkingen die kleven aan de bevoegdheid om zekerheden te vestigen en in de afronding vat ik mijn adviezen samen.

Achtereenvolgens komen aan de orde:

1. hypotheek en pandrecht (openbaar en stil);
2. hoofdelijkheid: borgtocht, medeschuldenaarschap, (bank) garantie en 403-verklaring;
3. bevoegdheid om zekerheden te vestigen;
4. afronding.

JURIDISCH KADER VAN ZEKERHEIDSRECHTEN

Ongeacht waarvoor financiering wordt aangetrokken wil de financier/investeerder zekerheid dat niet alleen het geïnvesteerde geld wordt terugbetaald, maar dat daarop ook een bepaald rendement gemaakt wordt. Daartoe worden zekerheidsrechten gevestigd. De rechten van pand en hypotheek worden aangeduid als goederenrechtelijke zekerheidsrechten, die als zodanig tevens beperkte rechten zijn. Met 'beperkt recht' doelt men dan overeenkomstig art. 3:8 BW op een recht dat is afgeleid uit een meeromvattend recht, zoals eigendom of een ander beperkt recht. De term 'goederen-

rechtelijk zekerheidsrecht' ziet toe op het feit dat de crediteur zijn zekerheid vindt in het object van zijn recht, zodat de aard van dit object dan ook bepalend is voor het onderscheid tussen de verschillende soorten goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Deze rechten zijn naar hun aard tegenover iedereen te handhaven en hebben 'droit de suite' (zaaksgevolg). Laatstgenoemde zekerheidsrechten kunnen worden onderscheiden van persoonlijke zekerheidsrechten. Zekerheid wordt hier gevonden in een derde die medeaansprakelijk is voor de voldoening van een vordering. Onder deze categorie vallen de zekerheidsrechten van hoofdelijkheid, borgtocht en garantie. Deze rechten hebben geen zaaksgevolg en hebben alleen rechtskracht jegens een bepaalde (rechts)persoon. Gezien de diversiteit tussen de verschillende zekerheidsrechten, zullen deze juridische constructies onderstaand afzonderlijk worden geanalyseerd.

HET RECHT VAN HYPOTHEEK EN HET PANDRECHT

Indien het recht rust op een registergoed, is het een recht van hypotheek; rust het op een ander goed, dan betreft het een pandrecht (art. 3:227 lid 1 BW). Binnen deze context definieert art. 3:10 BW registergoederen als goederen voor welke overdracht of vestiging inschrijving in de daartoe bestemde openbare registers noodzakelijk is (waaronder onroerende zaken en te boekstaande schepen en luchtvaartuigen worden gerekend).

Op grond van art. 3:228 BW kunnen de rechten van pand en hypotheek alleen worden gevestigd op goederen die voor overdracht vatbaar zijn. Uit art. 3:83 BW volgen criteria waaruit volgt hoe een goed overdraagbaar is. Zo kan de aard van het goed aan de overdraagbaarheid ervan in de weg staan (bijvoorbeeld bij afhankelijke rechten en persoonsgebonden prestaties).

Het onderscheid tussen de goederen waarop beide rechten kunnen worden gevestigd is bepalend voor de wijze van vestiging van beide rechten. Inzake beide rechten geldt krachtens art. 3:98 jo. 3:84 BW dat ze worden gevestigd op een wijze die gelijk is aan de overdracht van een goed. De vestiging van het recht van hypotheek vindt altijd op dezelfde wijze plaats (hierna zal volgen dat voor het pandrecht niet hetzelfde geldt), namelijk op een gefaseerde wijze. Ten eerste vindt er een hypotheekbelofte plaats: op grond van een overeenkomst ontstaat een obligatoire verplichting om de hypotheek te vestigen. Het betreft een overeenkomst waarbij de debiteur jegens een hypotheekhouder (= geldgever) de verbintenis aangaat dat tot zekerheid van de nakoming van zijn verplichtingen enig goed met hypotheek zal worden bezwaard. Vervolgens vindt de hypotheekverlening plaats, waarbij ter uitvoering van de zojuist genoemde verplichting een notariële akte wordt opgemaakt tussen de hypotheekgever en hypotheekhouder. Ten slotte wordt het hypotheekrecht daadwerkelijk gevestigd naar aanleiding van de inschrijving van een afschrift of uittreksel van de akte. In deze akte verleent de hypotheekgever aan de hypotheekhouder hypotheek op een registergoed. Afwijking van de in de wet vastgelegde notariële vorm leidt krachtens art. 3:39 BW tot nietigheid van de hypotheek.

Zo gezien is de vestiging van het recht van hypotheek uniform van aard. Relevant voor de geldgever, maar ook voor de geldnemer is de verhouding tussen het uitstaande bedrag en de waarde van het registergoed. Talrijk zijn en talrijker worden de berichten over financieringen die 'onder water staan'. Financiers maken melding van het feit dat zij menen dat de waarde van het onderpand ten opzichte van de (openstaande) financiering dermate is verslechterd dat aanvullende zekerheid vereist is. Artikel 26 van de Algemene Bankvoorwaarden biedt de bank daartoe een breekijzer. In het kader van de documentatie is het daarom van belang om nauwgezet te formuleren hoe iets gewaardeerd wordt en welke overige omstandigheden daarbij een rol spelen. Eén taxatie van de zijde van de financier hoeft geenszins doorslaggevend te zijn; zorg ervoor dat de 'juiste' makelaar taxeert, maar dat ook een compleet financieel plaatje bij de beoordeling meespeelt en niet beperkt is tot dit ene object c.q. die ene objectfinanciering.

PANDRECHT

Inzake het pandrecht bestaan er meerdere vestigingswijzen. Bij vestiging op een roerende zaak wordt onderscheid gemaakt tussen vuistpand enerzijds en stil pand anderzijds. Bij vuistpand vindt de vestigingshandeling plaats doordat de zaak in de macht van de pandhouder van een derde wordt gebracht (art. 3:236 lid 1 BW). Bij stil pand geschiedt de ves-

tigingshandeling bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder dat de zaak uit de macht van de pandgever wordt gebracht (art. 3:237 lid 1 BW). Het stille pandrecht ontstaat dan wanneer de authentieke akte is ondertekend, dan wel wanneer de onderhandse akte ter registratie is aangeboden bij het belastingkantoor.

Het vestigen van zowel het vuistpandrecht als een stil pandrecht gaat met juridische en praktische voordelen gepaard. Zo is de positie van de vuistpandhouder bij beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever sterker dan die van een vuistloos pandhouder. Een pandhouder kan immers pas worden beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever als hij een vuistpandrecht heeft (art. 3:238 lid 1 BW). Een soortgelijk voordeel geldt bij een samenloop van het pandrecht van de pandhouder met rechten van derden op dezelfde zaak: wanneer derden ook een pandrecht of ander beperkt recht op de zaak verkrijgen of de zaak in eigendom verkrijgen, worden zij niet beschermd tegen vuistpandrecht, ook niet als zij te goeder trouw zijn (art. 3:98 jo. 3:86 lid 2 jo. 3:90 lid 2 en 3:238 lid 2 BW). Voorts kan een vuistpandrecht niet botsen met een retentierecht of ander vuistpandrecht.

Voordelen inzake het stille pandrecht zijn voornamelijk praktisch van aard. Veelal wordt een dergelijk recht immers gevestigd omdat de pandgever de zaken waarop het pand wordt gevestigd nog nodig zal hebben (bijvoorbeeld in de uitoefening van de onderneming). Het praktische voordeel van het vuistpandrecht (in tegenstelling tot het stil pandrecht) bij de uitwinning is vanzelfsprekend het feit dat de pandhouder niet afhankelijk is van de pandgever bij de verkoop, daar hij het goed zelf onder zich houdt. Bij stil pandrecht worden de vorderingen door de pandgever geïnd en de pandhouder moet afwachten of hij enig deel van het geïnde van de pandhouder ontvangt.

Voorts zijn er nog voordelen verbonden aan het middel van vestiging. Vooral binnen het kader van faillissement biedt de vestiging door middel van authentieke akte het voordeel dat de afgifte van verpande roerende zaken vereenvoudigd kan worden afgedwongen (art. 496 lid 2 Rv). Daarnaast vormt de authentieke akte zelf een executoriale titel (art. 430 Rv). Zodoende kan de pandhouder of hypotheekhouder op basis van deze titel zonder rechterlijke tussenkomst overgaan tot executie van ook andere vermogensbestanddelen van zijn schuldenaar dan die welke verpand respectievelijk verhypotheked zijn.

Bij een pandrecht op vorderingen bestaat een onderscheid tussen openbaar pand en stil pand. Bij openbaar pand vindt de vestigingshandeling plaats door een daartoe bestemde authentieke of onderhandse akte en een mededeling daarvan aan de debiteur van de verpande vordering. Bij een stil pand op vorderingen vindt de vestigingshandeling plaats bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder mededeling daarvan aan de debiteur van de verpande vordering.

Ten aanzien van het pandrecht is het vermeldenswaardig dat toekomstige niet-registergoederen (zowel roerende za-

ken als vorderingen) met dit recht bezwaard kunnen worden op grond van art. 3:98 jo. 97 lid 1 BW. Vereist is wel dat het goed voldoende bepaalbaar is: het goed moet identificeerbaar zijn op het tijdstip dat het door de pandgever wordt verkregen. Voor een stil pandrecht op toekomstige goederen is daarnaast vereist dat deze moeten worden verkregen uit een ten tijde van de verpanding bij voorbaat reeds bestaande rechtsverhouding (art. 3:239 BW).

HOOFDELIJKHEID: BORGTOCHT, MEDESCHULDENAARSCAP, GARANTIE EN DE 403-VERKLARING

Hoofdelijkheid

Hoofdelijke aansprakelijkheid wil zeggen dat een bepaalde prestatie (bijvoorbeeld het terugbetalen van een lening) door meerdere partijen is verschuldigd. De schuldeiser heeft jegens iedere schuldenaar het recht op nakoming voor het geheel (art. 6:7 lid 1 BW). Nakoming door één van de schuldenaren bevrijdt niet alleen die schuldenaar, maar ook diens medeschuldenaren (art. 6:7 lid 2 BW). Inzake de interne relatie (hier vooral van belang) geldt dat hoofdelijke schuldenaren zich jegens elkaar dienen te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:8 jo. 6:2 BW), en dat ieder slechts dat gedeelte van de schuld dient aan te dragen, dat hem in de interne verhouding aangaat. Onderstaand zullen drie bijzondere vormen van hoofdelijkheid worden behandeld: de borgtocht, medeschuldenaarschap en de garantie. Tot slot wordt de rol van de zogenoemde 403-verklaring uiteengezet met behulp van een voorbeeld uit recente rechtspraak.

(Zakelijke en persoonlijke) borgtocht

De borgtocht is een persoonlijk zekerheidsrecht: zekerheid wordt hier gevonden in een derde die medeaansprakelijk is voor de voldoening van een vordering. Het betreft dan ook een rechtsfiguur waarbij iemand (de borg) jegens de schuldeiser de verplichting op zich neemt om de verplichting van een ander (de hoofdschuldenaar) na te komen, overigens zonder dat medewerking of wetenschap van de hoofdschuldenaar vereist is. De borgtocht is, zoals aangegeven, een bijzondere vorm van hoofdelijkheid. Het bijzondere is dat volgens art. 7:855 BW de borg niet gehouden is tot nakoming, voordat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten.

Overeenkomstig art. 7:857 BW kan onderscheid worden gemaakt tussen particuliere borgtocht en zakelijke borgtocht.

Particuliere borgtocht betreft een borgtocht die is aangegaan door een natuurlijke persoon die noch handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, noch ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een BV of NV waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen heeft. Voor de tegenhanger, de zakelijke borgtocht (die wordt aangegaan in het kader van een beroep of bedrijf) gelden niet dezelfde wettelijke bepalingen als voor de particuliere borgtocht. De bepalingen verschillen ten aanzien van de particuliere borgtocht, daar de wetgever natuurlijke personen bij het aangaan van een overeenkomst tot borgtocht wilde beschermen (welke

bepalingen zijn vastgelegd in afdeling 2 van titel 14 BW⁷. De voornaamste beschermende bepalingen betreffen:

- art. 7:858 lid 1 BW: de borgtocht is in beginsel slechts geldig tot een in geld uitgedrukt maximum (vastgesteld ten tijde van het aangaan dan wel in de overeenkomst, anders is de borgtocht ongeldig);
- art. 7:859 lid 1 BW: de borgtocht kan in beginsel slechts worden bewezen door een geschrift;
- art. 7:860 BW: de borg kan zich in beginsel niet onder zwaardere voorwaarden verbinden dan de hoofdschuldenaar;
- art. 861 lid 1 BW: in een aantal gevallen kan de borg de borgtocht opzeggen (indien de borgtocht niet voor een bepaalde tijd geldt, kan dat te allen tijde, indien de particuliere borgtocht voor toekomstige verbintenissen wel voor een bepaalde duur geldt, kan zij in elk geval na vijf jaar worden opgezegd);
- art. 861 lid 3 BW: in bepaalde gevallen is de borg niet geboden voor zover de schuldeiser onverplicht handelingen heeft verricht terwijl hij wist dat zich omstandigheden hadden voorgedaan die voor de borg de mogelijkheid van verhaal op de hoofdschuldenaar hebben verkleind.

Voor beide vormen geldt dat aan het aangaan van de overeenkomst van borgtocht in het algemeen een obligatoire overeenkomst tussen de hoofdschuldenaar en de borg vooraf zal gaan. Om bewijstechnische redenen moet een akte van borgtocht voorzien zijn van een goedschrift, inhoudende onder meer de geldsom (voluit in letters). Indien een dergelijk goedschrift niet aanwezig is, heeft de akte slechts vrije bewijskracht, tenzij er sprake is van zakelijke borgtocht.

Ten slotte geldt met betrekking tot elke fase van de borgtocht, en dus ook gedurende het aangaan ervan, een zorgvuldigheidsplicht voor de schuldeiser. Deze moet in redelijke mate rekening houden met de belangen van de borg. Bij het aangaan van de borgtocht geldt dat, indien deze zorgvuldigheid ontbreekt, er veelal een beroep op een wilsgebrek (bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden en dwaling) gedaan kan worden. Zo volgt uit de rechtspraak dat de schuldeiser zich er in het geval van een particuliere borg van dient te vergewissen dat deze begrijpt dat hij het risico op zich neemt dat hij het in de borgtocht overeengekomen bedrag zal moeten betalen (door de borg eigenhandig een goedschrift te laten schrijven). Van een professionele borg mag de schuldeiser ervan uitgaan dat de borg op dit punt weet wat hij doet. Als de schuldeiser aanwijzingen heeft dat er een abnormaal hoog risico bestaat dat hij de borg onder zijn borgtocht zal moeten aanspreken, mag van de schuldeiser worden verwacht dat hij zich de vraag stelt of en in hoeverre hij de borg daarover moet informeren. Indien achteraf blijkt dat zo'n abnormaal hoog risico aanwezig geweest is, kan niet voorondersteld worden dat de schuldeiser zich daarvan bij het aangaan van de overeenkomst bewust is geweest. Of de schuldeiser de borg van het risico moet informeren (en welke informatie hij moet geven) hangt af van de omstandigheden van het geval (het verwachte kennisniveau van de borg, diens verhouding tot de schuldeiser, etc.). De informatieplicht

is mede afhankelijk van wat aan eigen zorgvuldigheid en plicht tot het inwinnen van informatie van de borg verlangd kan worden en hetgeen zij over en weer van elkaar afweten en mogen verwachten.

Medeschuldenaarschap

Naast borgstelling bestaat er ook de rechtsfiguur der hoofdelijk medeschuldenaarschap. De medeschuldenaar wordt gelijk de schuldenaar gezien als de geldnemer. De schuldeiser kan zich dan rechtstreeks wenden tot degene die als medeschuldenaar geldt. Overeenkomstig art. 6:102 BW heeft medeschuldenaarschap interne en externe gevolgen. Extern gezien kan elk van de aansprakelijken voor het geheel aangesproken worden, zodat betaling door de één ook de anderen bevrijdt (art. 6:7 BW). Intern gezien wordt de draagplicht van de aansprakelijken onderling bepaald door overeenkomstige toepassing van art. 6:101 BW: de draagplicht wordt naar evenredigheid bepaald met een billijkheidscorrectie.

Garantie

In tegenstelling tot de borgtocht is de rechtsfiguur van de garantie niet in de wet gedefinieerd, noch heeft het een vaststaande betekenis. Zo wordt het begrip soms gelijkgesteld met de reeds behandelde borgtocht. In de andere betekenis betreft het een overeenkomst die beheerst wordt door eigen regels. Binnen de context van deze definitie behelst de garantie:

“(...) een onherroepelijke toezegging van een derde – de garant – jegens de schuldeiser – de begunstigde – dat hij op eerste verzoek van de schuldeiser en op diens enkele schriftelijke mededeling dat de schuldenaar wanprestatie heeft gepleegd, direct het door de schuldeiser opgegeven bedrag aan deze zal voldoen, zonder dat hij zich ervan vergewist of het betalingsverzoek terecht is gedaan.”

Een garantie kan strekken tot zekerheidsverschaffing inzake de nakoming van verplichtingen welke uit een overeenkomst voortvloeien, in welk geval men spreekt over een performance bond. Voorts is een door banken ten behoeve van hun cliënten gegeven garantie (bankgarantie) een vaak voorkomend verschijnsel in de juridische praktijk. Eén van de meest prominente verschillen tussen de borgtocht en de garantie is het abstracte karakter van laatstgenoemde rechtsfiguur:

“de garant neemt jegens de begunstigde een eigen, zelfstandige verplichting op zich welke is geabstraheerd van zowel de basisovereenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser als van de rechtsverhouding tussen debiteur-opdrachtgever en garant”

Bij abstracte garantie is het niet nodig dat de begunstigde eerst de opdrachtgever aanspreekt. Bij borgtocht moet in beginsel wel eerst de hoofdschuldenaar worden benaderd. Voorts geldt dat de abstracte garantie (anders dan de borgtocht) niet afhankelijk is van de verbintenis van de hoofdschuldenaar en dat bij de abstracte bankgarantie juist geen verweermiddelen uit de verhouding van de opdrachtgever

tot de begunstigde kunnen worden tegengeworpen. Daarnaast geldt dat een borg zich verbindt tot nakoming van de verplichting van de debiteur indien deze in gebreke blijft, terwijl de garant zich verbindt tot schadevergoeding voor het geval de derde weigert na te komen. Verder is van belang dat de borg na betaling verhaal kan uitoefenen op de debiteur krachtens art. 7:866 BW, terwijl de garant geen regres heeft op de derde, daar deze middels schadevergoeding een eigen schuld voldoet.

403-verklaring

Art. 2:403 BW bepaalt dat een tot een groep behorende rechtspersoon de jaarrekening niet overeenkomstig de standaard voorschriften behoeft in te richten (er mag dan een geconsolideerde jaarrekening worden opgesteld), indien aan een aantal eisen is voldaan. Eén van deze eisen houdt in dat de rechtspersoon of vennootschap in kwestie schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon binnen de groep voortvloeiende schulden. Vorig jaar heeft Hof 's-Hertogenbosch nader invulling gegeven aan de reikwijdte van de 403-verklaring. Inzake een geschil waarin een moedervenootschap zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden uit de rechtshandelingen van de dochter, ontstond er onenigheid over de kwaliteit van een door de dochter geleverd product. De koper ontbond de koopovereenkomst en diende in rechte een vordering tot ongedaanmaking in bij zowel de dochter als de moeder (bij de laatste uit hoofde van de 403-verklaring). Wanneer zowel moeder als dochter failliet gaan, bereikt de voormalig koper een finale kwijting met de curator van de dochter, waarna hij het restant van de vordering tot ongedaanmaking verhaalt op de boedel van de moeder. De curator van de moeder stelde dat de schikking belet dat de koper zich voor het restant van de vordering tot de curator van de moeder kan wenden, gelet op het karakter van de 403-verklaring. Het hof oordeelt, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad inzake AkzoNobel/ING, dat het ter vrije keuze is van de schuldeiser om – in willekeurige volgorde – zowel de dochter als de moeder aan te spreken. De schikking heeft slechts tot gevolg dat de hoofdelijke schuld is verminderd met het betaalde bedrag van de schikking. Verder oordeelt het hof dat onder de reikwijdte van de 403-verklaring niet slechts aanspraken van schuldeisers vallen die rechtstreeks uit een rechtshandeling voortvloeien, maar ook vorderingen tot ongedaanmaking en schadevergoedingen na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten.

Ten aanzien van de 403-verklaring geldt ook weer dat de consequenties bepaald worden door de bewoordingen van de betreffende 403-verklaring die ook geenszins standaard behoeven te zijn!

BEVOEGDHEID EN MOGELIJKHEID TOT HET VESTIGEN VAN ZEKERHEID

Voor het aangaan van een zekerheidsrecht door een rechtspersoon gelden voorschriften die afhankelijk zijn van de aard van de rechtspersoon in kwestie. Een algemeen voorschrift voor alle rechtspersonen betreft hetgeen in art. 2:7 BW is neergelegd: een rechtshandeling is vernietigbaar indien het

doel van de rechtspersoon erdoor wordt overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten. Voor verenigingen en stichtingen geldt dat slechts het bestuur bevoegd is tot het sluiten van een overeenkomst van borgtocht, indien dit uit de statuten voortvloeit en indien daarbij de in de statuten gestelde eisen in acht worden genomen (respectievelijk art. 2:44 en 2:291 BW). Krachtens art. 2:53a BW gaat dit voorschrift niet op voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Voorts zijn de NV en BV ook niet gebonden aan dergelijke beperkingen.

Verder is de functie van de persoon bepalend voor de voorschriften inzake het vestigen van een zekerheidsrecht. Art. 1:88 BW is daar een schoolvoorbeeld van: krachtens lid 1 sub c van dit artikel behoeft een echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot voor overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt. Naast de in dit onderdeel inbegrepen uitzondering voor de uitoefening van beroep of bedrijf, bepaalt lid 5 van hetzelfde artikel dat geen toestemming is vereist indien de rechtshandeling wordt verricht door een bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. Overigens geldt de eis van toestemming van de echtgenoot niet indien de persoon in kwestie verplicht is tot aangaan van de rechtshandeling tot het vestigen van een zekerheidsrecht op grond van de wet of op grond van een voorafgaande rechtshandeling waarvoor die toestemming is verleend of niet was vereist.

Partijen kunnen overeenkomen dat bepaalde goederen niet overdraagbaar zijn (bijvoorbeeld blijkend uit statutaire bepalingen). Eerder hebben we al gezien dat op dergelijke goederen derhalve noch een pandrecht noch een hypotheek-

recht te vestigen zijn. De wet kan ook bepaalde goederen onvatbaar maken voor overdracht en alsdan kan daarop geen hypotheekrecht dan wel pandrecht gevestigd worden.

AFRONDING

De financieringsdocumentatie bepaalt in hoge mate de zekerheid die een financier op het financieringsmoment én in de toekomst heeft. De geldnemer kan wel degelijk invloed uitoefenen op de manier waarop zekerheden getaxeerd worden en overige omstandigheden in aanmerking genomen dienen te worden opdat de financier, de bank, zich niet 'zomaar' kan beroepen op de Algemene Bankvoorwaarden. Indien op financieringen afgelost wordt dan wel de getaxeerde waarde verandert, is het zaak om in de documentatie daarop het zekerhedenschema aan te passen, m.n. die betreffende de persoonlijke zekerheidsrechten. Zorg er als geldnemer voor dat die een aflopend karakter hebben bij aflossing en waardevermeerdering, maar contracteer dat bij het aangaan van de financiering. De daadwerkelijke vestiging van zekerheden vloeit daaruit voort en is wettelijk voorgeschreven. Datzelfde geldt voor allerlei convenanten (undertakings of covenants) die veelal betrekking hebben op de financiële gegevens van de geldnemer. Onderdeel zijn ook de financiële ratio's, te weten: net worth, leverage, interest coverage, cash flow, capex, etc. Documentatie gebaseerd op de modellen van de LMA (Loan Market Association) bevat ook allerlei verklaringen (reps and warranties) die geldnemers (al dan niet herhaaldelijk) moeten afleggen. Hoe strakker covenants (ten gunste van de bank) zijn geformuleerd des te eerder is sprake van schending en des te eerder hebben banken opeisingsgronden c.q. grond om aanvullende zekerheden te vragen. Ook in financieringsland geldt: voorkomen is beter dan genezen.

Informatie: m.vanparidon@rww.nl

¹ Daarvoor heeft hij 10 jaar bij een investeringsbank gewerkt. Samen met zijn klanten, geldgevers én geldnemers, (her)onderhandelt hij over het (her)structureren en (her)financieren en redigeert dan de benodigde documentatie van A-Z.