
Jutd 2014/03 Geen beroep op rechter-commissaris mogelijk bij onvrede over vast...

Jutd 2014/03 Geen beroep op rechter-commissaris mogelijk bij onvrede over vaststellingsovereenkomst curator

Jutd 2014/03 d.d. 06-02-2014

Auteur(s): Mw. mr. M.S. van den Besselaar, Van Iersel Luchtman Advocaten, Breda.

Curatoren in omvangrijke faillissementen zien zich vaak geconfronteerd met belangrijke beslissingen die op korte termijn moeten worden genomen. De juistheid of gerechtvaardigdheid van een dergelijke beslissing kan op een later moment door één of meerdere crediteuren in twijfel worden getrokken. De vraag die aan de orde kwam in het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2013 (ECLI:NL:PHR:2013:2076) was of dergelijke beslissingen, en dan meer specifiek schikkingen die door curatoren worden getroffen in de vorm van een vaststellingsovereenkomst, op verzoek van crediteuren (en na een bevel van de rechter-commissaris) kunnen worden teruggedraaid.

Situatie

Op 13 december 2011 werd Zeeland Aluminium Company N.V. (hierna: Zalco) failliet verklaard. Zalco was een onderneming die zich bezighield met de productie van aluminium. Zalco was een dochteronderneming van BaseMet B.V. (hierna: BaseMet) en was gevestigd op een bedrijventerrein van Zeeland Seaports N.V. (ZSP).

Zalco had het terrein waarop zij werkzaam was in erfpacht van ZPS. ZSP had daarnaast ten behoeve van Zalco een recht van opstal gevestigd. Nationale Borg en ZSP hadden voor hun vorderingen op Zalco een respectievelijk eerste en tweede recht van hypotheek verkregen op het recht van opstal en het recht van erfpacht.

De curatoren in het faillissement werden kort na de faillietverklaring geconfronteerd met aanspraken van de Zwitserse vennootschap Glencore A.G. (hierna: Glencore). Glencore leverde grondstoffen aan Zalco. Glencore had kort voor de faillietverklaring (op 21 november 2011) bij Zalco een pandrecht bedongen tot zekerheid van betaling van haar vorderingen op BaseMet en Panther (een zustermaatschappij van Zalco). Het pandrecht was gevestigd op 'all moveable assets', oftewel alle roerende activa.

Op datum faillissement was er gesmolten aluminium aanwezig in de ovens van Zalco. De curatoren besloten enige tijd na het faillissement om de fabriek stil te leggen. Hierna is het aluminium in de smeltovens gestold. Hierdoor rees de vraag of dit aluminium onder het pandrecht van Glencore of (via natrekking) onder de hypotheekrechten van Nationale Borg en ZSP viel.

De vaststellingsovereenkomst

Op 23 december 2011 sloten de curatoren van Zalco, met toestemming van de rechter-commissaris, een vaststellingsovereenkomst. Hierin hebben zij onder meer verklaard dat het pandrecht van Glencore (voor het grootste gedeelte) zou worden erkend. Met betrekking tot de door Glencore geleverde aluinaarde (de belangrijkste grondstof voor de productie van aluminium) werd door de curatoren verklaard dat het eigendomsrecht van Glencore zou worden erkend. Met betrekking tot de overige verpande goederen, verklaarden zij dit te erkennen voor zover omschreven in de akte van pandrecht. Zij erkenden geen pandrecht op aluminium geproduceerd na datum faillissement.

Met betrekking tot het aluminium in de smeltovens waren de curatoren met Glencore overeengekomen dat Glencore als pandhouder het aluminium zou verwijderen en dat de opbrengst in depot zou worden gehouden in verband met een mogelijk geschil met de hypotheekhouders ZSP en Nationale Borg.

De aanspraak van Glencore ten aanzien van het pandrecht op de goederen, zag ook op het gestolde aluminium dat mogelijk onderwerp was van het verhaal van de twee hypotheekhouders. De hypotheekhouders stelden zich op het standpunt dat het gestolde aluminium door natrekking onderdeel was gaan uitmaken van datgene waar zij een hypotheekrecht op hadden. De curatoren hadden echter voor een groot deel van de goederen, waaronder het aluminium in de ovens, de pandrechten al erkend.

Verzoek rechter-commissaris

Nationale Borg had op 4 juni 2012 op de voet van artikel 69 Fw de rechter-commissaris verzocht de curatoren te bevelen onderzoek te verrichten naar de rechtmatigheid van het aan Glencore verleende pandrecht. Nationale Borg verzocht daarnaast om, zo nodig, op grond van de pauliana (artikel 42 Fw) de vernietiging daarvan in te roepen.

De curatoren verweerden zich bij de rechter-commissaris tegen het verzoek. Ze gaven aan dat zij, in de omstandigheden zoals deze op 23 december 2011 waren, een afgewogen regeling hebben getroffen. Op dat moment hadden de curatoren met verschillende belangen te maken, waaronder het nemen van verantwoordelijkheid voor een fabriek en het openhouden van de mogelijkheid van een verkoop ten behoeve van een doorstart. De curatoren gaven aan dat door het treffen van de vaststellingsovereenkomst actief was gerealiseerd van vele miljoenen, dat direct, dan wel in de vorm van boedelbijdragen, in de boedel is gevloeid. De pandrechten van Glencore waren daarnaast niet zonder meer erkend. In het licht van de situatie was een overeenkomst getroffen die recht deed aan de belangen van de boedel, de schuldeisers en derden. De rechter-commissaris wees het verzoek van Nationale Borg af.

Rechtbank

De rechtbank was aanzienlijk minder mild voor de curatoren. De rechtbank oordeelde dat de rechtmatigheid van het pandrecht van Glencore onvoldoende was onderzocht. De curatoren hadden niet onderzocht hoe lang Glencore al grondstoffen leverde, of Glencore voor eerdere leveringen ook zekerheid verlangde, en, zo niet, waarom zij deze zekerheid nu wel verlangde. De rechtbank was van oordeel dat de curatoren op het moment waarop zij het pandrecht hadden erkend, niet in staat waren te beoordelen of Zalco en/of Glencore rekening hadden behoren te houden met de mogelijkheid dat Zalco failliet zou gaan en daarmee ook niet konden beoordelen of er sprake was van wetenschap van benadeling.

De rechtbank was van oordeel dat de rechter-commissaris het verzoek terecht had afgewezen en kwam, weliswaar op andere gronden, ook tot dit oordeel. Los van de vraag of er sprake was van goed beheer van de boedel, gold dat de curatoren niet meer op de erkenning van het pandrecht terug konden komen, ook niet wanneer na nader onderzoek zou zijn gebleken dat het pandrecht ten onrechte was erkend. Aan de discussie of aan Glencore een rechtsgeldig pandrecht was verleend, was met de vaststellingsovereenkomst een einde gemaakt.

Nadat in hoger beroep ook de rechtbank het verzoek afwees, is Nationale Borg naar de Hoge Raad gestapt.

Hoge Raad

De Hoge Raad sloot zich aan bij het oordeel van de rechtbank. Curatoren kunnen niet meer terugkomen van hun bij vaststellingsovereenkomst gedane erkenning van het pandrecht.

Ingevolge artikel 104 Fw waren de curatoren bevoegd om, met goedkeuring van de rechter-commissaris, een vaststellingsovereenkomst te sluiten. De binding (zoals de Hoge Raad het omschrijft) kan niet ongedaan gemaakt worden langs de weg van een op artikel 69 Fw gebaseerd bevel van de rechter-commissaris aan de curatoren, strekkende tot een (her) beoordeling van het paulianeuze karakter van de verpanding.

Conclusie

De in artikel 69 Fw voorziene rechtsgang is ervoor bedoeld om crediteuren de mogelijkheid te geven om invloed uit te oefenen op de afwikkeling van het faillissement. Uitgangspunt daarbij blijft echter dat de primaire verantwoordelijkheid voor beheer en afwikkeling berust bij de curator. Nu de curatoren door de vaststellingsovereenkomst de boedel hadden gebonden, stond de erkenning van het pandrecht vast. De rechter-commissaris had daarnaast toestemming verleend voor het sluiten van de overeenkomst. Nationale Borg had tegen deze toestemming op kunnen komen. Zij heeft dit niet gedaan en dit maakt dat de vaststellingsovereenkomst niet meer middels een bevel ex artikel 69 Fw kan worden aangetast.