
Jutd 2014/04 Overzicht van actuele ontwikkelingen op het terrein van goederen-...

Jutd 2014/04 Overzicht van actuele ontwikkelingen op het terrein van goederen- en faillissementsrecht

Jutd 2014/04 d.d. 20-02-2014

Auteur(s): Mw. mr. dr. F.A. van Tilburg, Van Iersel Luchtman N.V., mr. H.M. Braat, Van Iersel Luchtman N.V., mr. F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman N.V..

Inleiding

In deze bijdrage zullen wij aandacht schenken aan enkele recente ontwikkelingen in de jurisprudentie op het gebied van het goederen- en faillissementsrecht. Wij behandelen uitsluitend uitspraken die zijn gewezen in 2013.

Pand en hypotheek

De reikwijdte van cessie- en verpandingsverboden

Veel contracten en algemene voorwaarden bevatten cessie- en verpandingsverboden. Doel van dergelijke bepalingen is (meestal) om te voorkomen dat schuldenaren opeens te maken krijgen met andere partijen dan hun oorspronkelijke schuldeiser. Een dergelijk overeengekomen verbod is in eerste instantie een obligatoire bepaling. Artikel 3:83 lid 2 BW geeft partijen de mogelijkheid de overdraagbaarheid van vorderingsrechten uit te sluiten. Eerder werd in het arrest Oryx/Van Eesteren (HR 17 januari 2003, NJ 2004/281) bepaald dat het uitsluiten van overdraagbaarheid van vorderingen (cessie en daarmee in het verlengde verpanding) goederenrechtelijke werking heeft. Een cessie- en verpandingsverbod is echter niet altijd bedoeld om overdraagbaarheid (goederenrechtelijk) uit te sluiten, maar in veel gevallen uitsluitend om overdracht te verbieden (obligatoir). In dat laatste geval is overdracht wel toegestaan, maar pleegt de overdrager wanprestatie. Op de vraag wanneer een cessie- en verpandingsverbod goederenrechtelijke werking heeft - en dus tot onoverdraagbaarheid leidt - is door het hof Arnhem op 8 januari 2013 antwoord gegeven. Het hof overwoog dat de goederenrechtelijke werking afhangt van de uitleg van het cessie- en verpandingsverbod. Bij deze uitleg zijn de Haviltex-criteria derhalve van belang. Voor het antwoord op de vraag of een cessieverbod goederenrechtelijke werking heeft, moet dan ook gekeken worden naar wat de partijen beoogden bij het sluiten van de overeenkomst. Volgens andere uitspraken wordt bij die uitleg wel waarde gehecht aan het feit dat het professionele partijen betreft, hetgeen een objectievere (meer taalkundige) interpretatie zou rechtvaardigen. (Hof Arnhem 8 januari 2013, JOR 2013/154)

Hypotheekakte als executoriale titel

Een notariële akte kan dezelfde executoriale kracht hebben als rechterlijke uitspraken. Wil de akte kunnen gelden als executoriale titel, dan moet uit die akte blijken wat de debiteur verschuldigd is. In casu wilde Rabobank een hypotheecaire akte gebruiken als executoriale titel om een restschuld te verhalen. De Voorzieningenrechter te Utrecht (Rechtbank Utrecht, 3 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3391) stelde in het kader van het executie kort geding dat volgde een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad: *'Levert de grosse van de tussen partijen opgemaakte notariële hypotheekakte tevens een executoriale titel op in de zin van artikel 430 Rv, voor de na uitwinning van het hypotheekrecht overgebleven restantvorderingen uit hoofde van de overeenkomsten van geldlening die ten tijde van het verlijden van de hypotheekakte reeds bestonden?'* De Hoge Raad oordeelde dat een notariële akte *'alleen dan een executoriale titel in de zin van art. 430 Rv oplevert indien deze betrekking heeft op vorderingen die op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaan en in de akte zijn omschreven, of op toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding'*. Hiermee bevestigde de Hoge Raad de heersende leer dat voor een restschuld een aparte executoriale titel is vereist. (HR 8 februari 2013, NJ 2013/123 Rabobank/Donselaar)

Verrekening van gederfd factorloon en rente

In zijn arrest van 14 juni 2013 bevestigde de Hoge Raad hetgeen hij bepaalde in het arrest Mulder q.q./CLBN (HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471): verrekening door de bank van bij de bank na datum faillissement ontvangen betalingen met schulden daterend van vóór datum faillissement of voortkomend uit een vóór datum faillissement ontstane rechtsbetrekking, is slechts toegestaan indien de bank voor deze schulden zekerheid heeft gevestigd middels een stil pandrecht op de vorderingen die ten grondslag liggen aan de na datum faillissement ontvangen betalingen. In casu had een andere afdeling van de bank een factoringovereenkomst gesloten met failliet, waarbij ook een stil pandrecht bedongen was op de vorderingen. Na datum faillissement was de bank dus gerechtigd de binnenkomende betalingen met openstaande schulden te verrekenen. De bank stelde zich op het standpunt dat gederfd factorloon en gederfde rente ook tot deze schulden behoorden. Zij stelde dat gederfd factorloon en gederfde rente, alhoewel ontstaan na datum faillissement, voortkwamen uit een vóór datum faillissement ontstane rechtsbetrekking (de factorovereenkomst). De rechtbank ging hierin mee, het hof niet. De Hoge Raad overwoog dat gederfd factorloon en rente *'wellicht als een zodanige vordering kunnen worden aangemerkt'* en dus voor verrekening vatbaar zijn. In dit geval was het uitgangspunt echter dat vaststond tussen partijen dat voor het gederfd factorloon en rente geen zekerheid was gevestigd en dat verrekening aldus niet mogelijk was. Er was door partijen geen klacht gericht tegen het (onjuiste) oordeel van het hof dat er geen zekerheid was gesteld voor gederfd factorloon en rente zodat de Hoge Raad moest uitgaan van dit gegeven. Hiermee bevestigde de Hoge Raad de uitzonderingsregel ter zake verrekening van Mulder q.q./CLBN, maar gaf hij door de in

cursief weergegeven zinsnede aan dat in beginsel gederfd factorloon en rente - mits contractueel bedongen dat deze ook onder de reikwijdte van het pandrecht vallen - wel voor verrekening vatbaar is. (HR 15 november 2013, JOR 2014/27)

Boedelschulden en (niet verifieerbare) vorderingen

Afscheid van het 'toedocriterium'

Tot 19 april 2013 gold ten aanzien van het ontstaan van boedelschulden het zogenaamde toedocriterium. Indien een schuld ontstond door een rechtshandeling van de curator ten behoeve van de boedel (in casu de opzegging van een huurovereenkomst door de curator), ontstond een boedelschuld doordat de schuld het gevolg was van het toedoen van de curator. Op dit toedocriterium is veel kritiek geweest in de literatuur. Zo was (en is) het bijvoorbeeld de vraag of de verplichting tot herstel van schade aan een pand ontstaat door de opzegging door de curator, of dat deze verplichting al bestond vanaf het moment dat de schade ontstond (omdat de verplichting tot herstel van schade gebruikelijk is opgenomen in de huurovereenkomst). In dat laatste geval zouden herstelwerkzaamheden namelijk een concurrente faillissementsvordering zijn en niet een boedelvordering. Door het door de Hoge Raad gecreëerde toedocriterium was de vordering tot schadevergoeding mogelijk als een boedelschuld te beschouwen. In het besproken arrest overweegt de Hoge Raad echter dat het toedocriterium niet strookt met het stelsel van de Faillissementswet en de gelijkheid van schuldeisers. Door het toedocriterium worden bepaalde schuldeisers bevoorrecht boven andere (concurrente) schuldeisers. Zij worden immers 'gepromoveerd' tot boedelschuldeisers, zonder dat daar een wettelijke basis voor is.

De Hoge Raad geeft in dit arrest vervolgens aan welke soorten boedelschulden er volgens hem nu zijn:

- a) schulden die op grond van de wet boedelschuld zijn (bijvoorbeeld huurpenningen na datum faillissement);
- b) schulden die door de curator in zijn hoedanigheid aangegaan (bijvoorbeeld de kosten ter zake een door de curator ingeschakelde taxateur); en
- c) schulden die ontstaan door handelen van de curator in strijd met in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting (bijvoorbeeld het niet ontruimen van een bedrijfsruimte na beëindiging van de huur).

In de literatuur heeft de laatste categorie de nodige kritiek opgeleverd, nu niet duidelijk is wat wel en niet onder deze categorie valt. (HR 19 april 2013, JOR 2013/224 Koot Beheer/Tideman q.q.)

Schadevergoedingsbeding in huurovereenkomst en opzegging ex artikel 39 FW door curator

In 2011 besliste de Hoge Raad in het arrest Aukema q.q./Uni-Invest (HR 14 januari 2011, NJ 2011/114) dat een opzegging van een huurovereenkomst ex artikel 39 Faillissementswet te gelden heeft als een regelmatige opzegging. Een schadevergoedingsbeding dat in een huurovereenkomst is opgenomen wegens huurderhaving heeft in geval van opzegging ex artikel 39 FW dan ook geen werking jegens de boedel. In het arrest van 15 november 2013 bevestigde de Hoge Raad dit en overwoog hij vervolgens dat het enkele feit dat het beding geen werking heeft jegens de boedel (en dat daarmee de vordering die volgt uit dat beding niet verifieerbaar is), niets afdoet aan de rechtsgeldigheid van het beding. Indien een derde een garantie heeft afgegeven dat de vorderingen uit de overeenkomst nagekomen worden, dan kan de verhuurder nakoming van die derde vorderen, ook ten aanzien van het niet tegen de boedel werkende schadevergoedingsbeding. Een regresvordering van die derde heeft ook geen werking tegen boedel. (HR 15 november 2013, JOR 2014/27 Romania)

In een arrest van 22 november 2013 werd bepaald dat de afweging van het Romania-arrest ook geldt wanneer de huurovereenkomst onderdeel uitmaakt van een sale-and-lease-backtransactie, ook al wordt een dergelijke transactie veelal gebruikt om nieuwe financiering aan te trekken. (HR 22 november 2013, JOR 2014/28 Autodrôme)

Bodemrecht

Bodemverhuurconstructie toelaatbaar; Wijziging Invorderingswet

De fiscus heeft een voorrecht op de opbrengst van zogenaamde stil verpande 'bodempanden'. Bodempanden zijn roerende zaken die zich bevinden op de bodem van de belastingschuldige (meestal ook de pandgever) en daarnaast vallen in een van de drie in de wet genoemde categorieën. De meest aansprekende categorie is (kort gezegd) kantoor- en bedrijfsinventaris. Heeft de pandgever schulden ter zake (met name) omzetbelasting en loonbelasting, dan geldt dat het voorrecht van de fiscus prevaleert boven het stille (bezitloze) pandrecht van de pandhouder. Om onder het bodemvoorrecht uit te komen werd er door pandhouders (meestal banken) vaak een constructie toegepast, waarmee kort gezegd werd beoogd om de verpande zaken in vuistpand te krijgen door de 'bodem' aan de pandhouder zelf te verhuren. Een recht van vuistpand heeft namelijk een hogere rang dan het bodemvoorrecht. In de lagere rechtspraak is veelvuldig geprocedeerd over de vraag of een dergelijke constructie niet *paulianus* is of anderszins onrechtmatig. Dit met verschillende uitkomsten. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 21 juni 2013 de knoop doorgehakt: de bodemverhuurconstructie is toelaatbaar. De Hoge Raad oordeelde dat het in vuistpand nemen van stil verpande zaken een feitelijke handeling is en niet een rechtshandeling. Daarmee kan deze handeling nooit als paulianus aangemerkt worden. Het uiteindelijke effect van dit arrest is beperkt: per 1 januari 2013 is de Invorderingswet door de invoering van artikel 22 bis zo aangepast dat, indien een pandhouder zijn rechten wil uitoefenen ten aanzien van bodempanden hij de fiscus hierover moet inlichten, zodat de fiscus vier weken de tijd heeft om zelf bodembeslag te kunnen leggen. Doet de pandhouder deze melding niet, dan is hij verplicht om een bedrag gelijk aan de executiewaarde aan de fiscus te vergoeden. De pandhouder trekt - ondanks dit arrest - dus alsnog aan het kortste eind. (HR 21 juni 2013, JOR 2013/320 Eringa q.q./ABN AMRO)

Artikel 1 Faillissementswet*Onrechtmatigheid door aanschrijven schuldeisers voor steunvordering*

Een (rechts)persoon kan failliet verklaard worden wanneer blijkt dat hij/zij in de toestand verkeert dat hij/zij is opgehouden met het betalen van zijn/haar schulden te betalen. Deze toestand wordt aanwezig geacht, indien de schuldenaar meer dan één schuld onbetaald heeft gelaten ('pluraliteit van schuldeisers'). Tenminste één van de onbetaald gelaten schulden moet opeisbaar zijn. Daarnaast moet er een andere vordering zijn ('steunvordering'). Een methode om een steunvordering te verkrijgen is het benaderen van andere bekende schuldeisers van de schuldenaar. In deze zaak schreef de Ontvanger, die het faillissement van een schuldenaar wilde aanvragen, alle (overigens door de schuldenaar zelf doorgegeven) zakenrelaties van de schuldenaar aan, met het verzoek om een steunvordering door te geven in verband met een faillissementsaanvraag. Het had volgens de Voorzieningenrechter voor de hand gelegen om een of twee van deze zakenrelaties te benaderen. De Voorzieningenrechter oordeelde dat door deze handelswijze de vertrouwelijkheid van de faillissementsaanvraag onnodig werd doorbroken en dat dit aan te merken was als onzorgvuldig en disproportioneel. De Voorzieningenrechter merkte daarbij op dat deze handelswijze niet is zoals een openbare dienst als de Ontvanger betaamt. (Rb. Zeeland-West-Brabant, 14 juni 2013, JOR 2013/294)

Bestuurdersaansprakelijkheid*Deponeringsplicht en onbelangrijk verzuim ex artikel 2:248 lid 2 BW*

Vennootschappen dienen uiterlijk dertien maanden na het sluiten van hun boekjaar een jaarrekening te deponeren. Indien het bestuur van een vennootschap hiermee deze termijn overschrijdt én de vennootschap gaat vervolgens failliet, dan staat op basis van artikel 2:248 lid 2 BW *onweerlegbaar* vast dat het bestuur haar taken onbehoorlijk heeft vervuld. Vervolgens bestaat er een *weerlegbaar* vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Indien dat vermoeden niet wordt ontkracht, zijn de bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor het faillissementstekort. Het niet tijdig deponeren kan er dus toe leiden dat de bewijslast in een faillissement wordt omgekeerd: het is dan aan het bestuur om aan te tonen dat haar handelen *niet* een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Er is een uitweg: indien aangetoond wordt dat de te late deponering aangemerkt kan worden als een 'onbelangrijk verzuim', vervallen de hiervoor genoemde bewijsvermoedens. De Hoge Raad heeft in 2013 twee arresten gewezen over het begrip onbelangrijk verzuim. Of er sprake is van onbelangrijk verzuim, zo geeft de Hoge Raad aan, hangt af van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder de redenen die geleid hebben tot de termijnoverschrijding. Er worden hogere eisen gesteld aan de verklaring van de bestuurder indien de termijnoverschrijding langer is, maar een termijnoverschrijding van enkele dagen zal veelal als onbelangrijk verzuim worden aangemerkt. De beoordeling of sprake is van een onbelangrijk verzuim ziet op de taakvervulling van het gehele bestuur en niet op de rol van individuele bestuurder daarin. Beslissend is of de door het bestuur aangevoerde omstandigheden een aanvaardbare verklaring voor het verzuim opleveren, waardoor dit niet kwalificeert als een blijk van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Ook omstandigheden die tot de risicosfeer van het bestuur behoren, kunnen daarbij een aanvaardbare verklaring voor de te late publicatie vormen. De omstandigheid dat een vennootschap geen of weinig activiteiten verricht kan geen grond opleveren om een onbelangrijk verzuim aan te nemen.

Op basis van deze uitgangspunten zal een bestuurder zich vermoedelijk eenvoudiger aan aansprakelijkheid kunnen onttrekken. De mogelijkheid om een beroep te doen op een onbelangrijk verzuim is nu immers verruimd. (HR 12 juli 2013 en HR 1 november 2013, JOR 2013/300 resp. ECLI:NL:PHR:2013:108)

Zekerheidsstelling voor nieuwe kredieten: bewijsvermoedens voor pauliana niet van toepassing

De faillissementspauliana (artikel 42 Fw) geeft de curator de bevoegdheid om elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht door middel van een buitengerechtelijke verklaring te vernietigen, mits de schuldenaar bij dit verrichten van de rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. Bij rechtshandelingen 'om baat' wordt bij beide partijen wetenschap van benadeling vereist. Ter invulling van dit vereiste heeft de wetgever in artikel 43 Fw een aantal bewijsvermoedens in het leven geroepen. Een van deze bewijsvermoedens is de rechtshandeling ter voldoening van of zekerheidsstelling voor een niet-opeisbare schuld (artikel 43 lid 1 aanhef en sub 2 FW). In deze zaak was een schuldenaar enkele maanden voor haar latere faillissement een geldlening aangegaan, waarbij zij zekerheid had gesteld ten behoeve van de financier. Na het faillissement vernietigde de curator de geldleningsovereenkomst met een beroep op artikel 42 Fw en stelde dat hij gebruik kon maken van het bewijsvermoeden van artikel 43 lid 1 aanhef en sub 2 FW. Nadat de curator in eerste aanleg in het gelijk was gesteld, overwoog het hof dat het bewijsvermoeden niet van toepassing was, omdat het bewijsvermoeden ziet op situaties waarbij het gaat om zekerheidsstelling voor reeds bestaande geldleningen. Het betrof in deze zaak echter een nieuw aangegane lening. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof dan ook in stand. (HR 29 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3762)

Faillissement en aanbesteding*Doorstart onderneming na faillissement én openbare aanbesteding*

Voor leveranties van goederen, diensten en arbeid aan de (semi)overheid geldt vaak een plicht tot openbare aanbesteding. Een dergelijke aanbesteding moet er voor zorgen dat er op een transparante en concurrerende wijze goederen, diensten en arbeid van ondernemingen kunnen worden afgenomen tegen de meest gunstige voorwaarden. In deze zaak waren er meerdere partijen

aan wie na aanbesteding *gezamenlijk* de opdracht werd gegund. Een van deze partijen werd na de gunning in staat van faillissement verklaard. Er werd een doorstart gerealiseerd en het overheidsorgaan dat de aanbestedingsprocedure had opgestart stemde in met toetreding van de doorstarter in de gezamenlijke opdracht. De mede-gegunden spanden hierop een kort geding aan en werden door de Voorzieningenrechter in het gelijk gesteld: door de toelating handelde het overheidsorgaan onrechtmatig en onzorgvuldig jegens de andere partijen. In een dergelijk geval is sprake van schending van het gelijkheids- en transparantiebeginsel bij openbare aanbesteding door het overheidsorgaan. (Voorzieningenrechter Rechtbank Limburg, 17 mei 2013, JOR 2013/327)

Herijking Faillissementsrecht

Pre-pack

In 2013 werd het fenomeen 'pre-pack' algemeen bekend, onder meer door de faillissementen van Marlies Dekkers, de Harens Smid en Schoenenreus. Een onderneming die voorziet failliet te gaan, maar wel goede kansen heeft op een doorstart, kan de rechtbank verzoeken om een zogenaamde stille bewindvoerder aan te stellen. Deze stille bewindvoerder is de beoogde curator bij faillissement. De stille bewindvoerder zal voor het uitspreken van het faillissement (waarbij hij of zij als curator wordt aangesteld), onderzoeken welke mogelijkheden er zijn voor een doorstart en de doorstart in de steigers zetten om zo bij het uitspreken van het faillissement meteen het bedrijf te kunnen laten doorstarten. Doel van een dergelijke werkwijze is het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de crediteuren en het behouden van continuïteit. Een wettelijke basis voor de pre-pack is er echter (nog) niet. De wil om een pre-pack te faciliteren hangt dan ook af van de rechtbank waar het verzoek gedaan wordt. In het kader van het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' is door de minister van Veiligheid en Justitie het voorontwerp Wet Continuïteit Ondernemingen I ter consultatie aangeboden, dat een wettelijke basis voor de pre-pack moet gaan bieden. De consultatieperiode is inmiddels afgesloten. (http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i)

Civielrechtelijk bestuursverbod

Het ministerie van Veiligheid en Justitie heeft op 29 maart 2013 een conceptwetsvoorstel gepubliceerd, waarmee het mogelijk moet worden om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude langs civielrechtelijke weg een 'bestuursverbod' op te leggen. Concreet behelst het voorstel een verbod tot het besturen van een rechtspersoon voor bestuurders die tijdens de drie jaren voorafgaand aan het faillissement hun taken kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. Daarvan is onder meer sprake, indien is voldaan aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid (voor de BV: artikel 2:248 lid 1 BW), de bestuurder zijn informatieverplichting jegens de curator schendt of de bestuurder in de drie jaar voor faillissement tweemaal eerder bij een faillissement betrokken is geweest. Hierbij wordt een bestuurder direct uit zijn/haar functie ontheven. Ook zal het bestuursverbod in een openbaar register worden geregistreerd.

(Zie de brief d.d. 15 november 2013 van de Minister aan de Tweede Kamer: <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/11/16/wetgevingsprogramma-herijking-faillissementsrecht/lp-v-j-0000004482.pdf>)