

NIEUWSOVERZICHT

Mr. dr. F.A. van Tilburg, mr. H.M. Braat en
mr. F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman
advocaten

Overzicht van actuele ontwikkelingen op goederen- en faillissementsrechtelijk terrein 14-117

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 de periode januari tot en met augustus 2014.

Pand

Kan de pandgever afstand doen van een verpand vorderingsrecht?

Tot zekerheid van nakoming van een verbintenis kan een schuldeiser een pandrecht vestigen op een goed van de schuldenaar, zoals een roerende zaak of een vorderingsrecht. Gaat de zaak of het vorderingsrecht teniet, dan gaat ook het pandrecht daarop teniet. Indien de pandgever zijn verplichtingen niet nakomt, heeft de pandhouder het recht om het goed te gelde te maken. De pandhouder kan zich verhalen op de opbrengst. In het geval van een vordering vindt dit plaats door de mededeling aan de schuldenaar van de pandgever dat de pandhouder gerechtigd is tot incasso. Indien een pandgever echter afstand doet van zijn vorderingsrecht nadat de pandhouder mededeling heeft gedaan aan de schuldenaar, gaat het pandrecht ook teniet. Dit verandert niet door de mededeling. De Hoge Raad heeft vastgesteld dat de wet aan de pandhouder geen bijzonder recht toekent waardoor de incassobevoegdheid in stand zou blijven, nadat afstand van het vorderingsrecht is gedaan door de pandgever. De pandhouder komt onder omstandigheden in een dergelijk geval wel een vordering jegens de pandgever toe uit onrechtmatige daad vanwege het (onrechtmatig) afstand doen van een vorderingsrecht (HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415).

Incasso verpande vorderingen

In het geval van het faillissement van de pandgever, kan de pandhouder de vorderingen van de gefailleerde innen. De pandhouder is separatist en hoeft zich daarom in beginsel niets aan te trekken van het faillissement. De curator moet de pandhouder in staat stellen de vorderingen te innen en zo nodig administratie hiervoor beschikbaar te stellen. Ook kan de situatie zich voordoen dat er vóór faillissement werkzaamheden zijn afgerond die de curator na datum faillissement met behulp van de administratie van gefailleerde factuureert. Deze vorderingen vallen onder het pandrecht van de pandhouder, indien het pandrecht rechtsgeldig is gevestigd middels een stampandakte op alle huidige en toekomstige vorderingen (via een zogenaamde 'catch-all' clause). In het arrest *Mulder/CLBN* (HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842) bepaalde de Hoge Raad dat het bij een dergelijke verpandingsconstructie voldoende is dat achteraf uit de administratie kan worden opgemaakt welke vorderingen onder het pandrecht vallen. In de casus waarover het Hof Arnhem-Leeuwarden arrest wees, kon de curator met behulp van de administratie vaststellen dat er nog vorderingen bestonden op partijen voor wie werkzaamheden waren verricht. Daarmee was voldaan aan dit vereiste en kon vastgesteld worden dat deze vorderingen verpand waren en de curator niet gerechtigd was tot de opbrengst (Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6338).

Parate executie en verrekening vóór faillissement

De wet bepaalt dat een pandhouder alleen middels parate executie het verpande goed te gelde kan maken. De pandhouder kan enkel met toestemming van de rechter of de pandgever een goed op een andere wijze verkopen. Is voldaan aan het toestemmingsvereiste, dan is bij verkoop ook sprake van executie. Volgens de Hoge Raad hoeft de verkoop in dat geval niet altijd door de pandhouder geschieden. Met verwijzing naar zijn eerdere arrest op het gebied van afwijkende wijze van executie (HR 25 februari 2011, NJ 2012/74 *ING/Hielkema* q.q.), overweegt de Hoge Raad dat er in de wet geen aanknopingspunten zijn te vinden om aan te nemen dat een

pandgever niet ten behoeve van de pandhouder zou mogen verkopen. Ook mogelijke discussie hierover met een latere curator is in dergelijke gevallen niet aan de orde. De Hoge Raad oordeelt dat de tussen pandhouder (bank) en pandgever (kredietnemer) overeengekomen onderhandse executieverkoop met zich mee bracht dat de pandhouder recht heeft op de executieopbrengst die - in het zicht van het faillissement - is gestort op een bankrekening van de pandgever die wordt aangehouden bij de pandhouder. De Hoge Raad stelt dat verrekening van de verkoopopbrengst met de schuld van de pandgever aan de pandhouder nog onderdeel is van de executie en daarom niet onder het regime van artikel 54 Faillissementswet valt (HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319). (Zie ook mr. D.J.C. Nuijten in *JutD* 2014 nr. 12 (p. 11-13, 14-73) 'Onderhandse executieverkoop van verpande goederen in het zicht van het faillissement van de pandgever'.)

Verrekening

Indien een schuldeiser ook schuldenaar is van de gefailleerde en zijn schuld en vordering ontstaan zijn vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen vóór faillietverklaring, dan kan deze zijn schuld verrekenen met zijn vordering op de gefailleerde (artikel 53 Faillissementswet). Als na faillietverklaring blijkt dat een vóór faillietverklaring verrichte rechtshandeling geen formele rechtsgrond kende, is er geen grondslag voor de vordering waarmee na faillietverklaring verrekend is. De verrekening is dan ook niet geldig. Een vraag die dan rijst, is of de verrekening alsnog mogelijk wordt als na faillietverklaring de formele rechtsgrond, en daarmee de grondslag van de vordering, alsnog ontstaat. De Hoge Raad oordeelde van niet. Aangezien de grondslag van de vordering (in casu een heffingsverordening van een product-schap) met terugwerkende kracht alsnog in werking trad, was de vordering die de schuldeiser wilde verrekenen formeel na datum faillissement ontstaan en de grondslag voor die vordering ook. In dat geval kan niet worden verrekend op basis van artikel 53 Faillissementswet (HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/276, ECLI:NL:HR:2014:1213).

Artikel 1 Faillissementswet

Verzet van de curator tegen faillietverklaring

Een (rechts)persoon kan failliet worden verklaard indien hij meerdere schulden onbetaald heeft gelaten en hij in de toestand verkeerd dat hij is opgehouden te betalen. Indien er sprake is van een rechtspersoon en deze geen enkele bate heeft (geen bezit, geen liquide middelen en/of geen vorderingen), dan is ontbinding de aangewezen route, omdat zonder baten aan vereffening simpelweg niet toegekomen kan worden. Er valt tenslotte niets te verdelen. Mocht een rechtspersoon zonder baten failliet verklaard worden, dan kunnen ook de faillissementskosten (zoals het salaris van de curator) niet worden voldaan. Indien bij een eigen faillissementsaangifte al bekend is dat er geen baten zijn en dus op voorhand bekend is dat er geen middelen zijn om de kosten van de te benoemen curator te betalen, dan kan de curator na het uitspreken van het faillissement op basis van misbruik van recht in verzet komen tegen het faillissement: er is namelijk 'een onevenredigheid tussen het gestelde belang bij de aangifte van de (rechtspersoon) enerzijds, en het belang van de te noemen curator anderzijds, om verschoond te blijven van een benoeming in een faillissement, waarbij op voorhand vaststaat dat alle kosten voor rekening van de curator zullen komen'. De bestuurder van de rechtspersoon werd in casu veroordeeld in de kosten (Rechtbank Rotterdam, 20 maart 2013 JOR 2014/195, ECLI:NL:RBROT:2014:2052).

Taak appelrechter en geen doorbreking 'paritas creditorum' door betalen steunvorderingen door derden

Indien een (rechts)persoon op verzoek van een schuldeiser failliet wordt verklaard, dan kan deze (rechts)persoon (afhankelijk van de situatie) in hoger beroep of verzet gaan. Bij een hoger beroep is de taak van de appelrechter om opnieuw te onderzoeken of aan de vereisten van faillietverklaring is voldaan. Hij moet hierbij uitgaan van de bestaande omstandigheden ten tijde van het wijzen van zijn eigen uitspraak. De Hoge Raad oordeelde in januari van dit jaar dat op dat moment ook summierlijk moet blijken van het bestaan van steunvorderingen. Wanneer derden alle bekende steun-

vorderingen hangende de behandeling van het hoger beroep voldoen, is er volgens de Hoge Raad bovendien geen sprake van een doorbreking van de 'paritas creditorum' (de gelijkheid der schuldeisers). De Hoge Raad acht het betalen van schuldeisers door derden toelaatbaar, omdat de paritas creditorum slechts ziet op gelijkheid bij het verhaal op de opbrengst van de goederen van een schuldenaar. Daar is bij betaling door derden geen sprake van. Het voldoen van steunvorderingen door derden maakt ook niet dat automatisch sprake is van een vordering van die derden op de schuldenaar, die op zichzelf weer steunvorderingen zouden zijn. De appelrechter dient ook hier zelfstandig vast te stellen of summierlijk is vast komen te staan dat de derden als schuldeisers gekwalificeerd kunnen worden. Met financiële hulp van de derden zou een schuldenaar dus mogelijk slagen in zijn hoger beroep (HR 17 januari 2014, JOR 2014/214, ECLI:NL:HR:2014:98).

Inlichtingenplicht

Heeft een gefailleerde een zwijgrecht?

Artikel 105 Faillissementswet bepaalt dat een gefailleerde verplicht is inlichtingen te verschaffen aan de curator, de rechter-commissaris en de crediteurencommissie. Indien de gefailleerde weigerachtig is, kan de rechtbank de gefailleerde in verzekerde bewaring stellen om de gefailleerde te dwingen inlichtingen te verschaffen. Is de gefailleerde een rechtspersoon, dan geldt de inlichtingenverplichting voor bestuurders van de rechtspersoon. Soms staat deze inlichtingenplicht op gespannen voet met het strafrechtelijk adagium dat men niet gedwongen kan worden om mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Indien een curator de gefailleerde mededeelt dat hij overweegt aangifte te doen van faillissementsfraude, dan kan de gefailleerde echter geen beroep doen op een zwijgrecht. In het kader van de afwikkeling van het faillissement moet hij 'gewoon' inlichtingen verstrekken en kan hij hiertoe gedwongen worden. De verstrekte inlichtingen mogen evenwel niet gebruikt worden voor strafrechtelijke doeleinden, tenzij de rechter voldoende waarborgen creëert waardoor de gefailleerde zijn recht om niet mee te werken aan zijn eigen veroorde-

ling kan uitoefenen (HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161).

Verificatie vorderingen en voorrang op vermogen

Voorrangspositie op buitenlands vermogen gefailleerde?

Het faillissement is een beslag op het gehele vermogen van gefailleerde. Doel van het faillissement is het te gelde maken van het vermogen en dit te verdelen onder de schuldeisers. Uitgangspunt is, dat geen enkele schuldeiser zich na het uitspreken van het faillissement met voorrang kan verhalen op het vermogen van gefailleerde. Dit zou een doorbreking van de paritas creditorum betekenen. Uitzondering op dit beginsel zijn de schuldeisers die voorrang hebben op grond van de wet. Indien gefailleerde vermogen heeft in het buitenland, dan valt dit vermogen ook in het faillissement. Mocht een schuldeiser zich na datum faillissement verhalen op dit buitenlands vermogen, dan bestaat er volgens artikel 203 Faillissementswet in beginsel een terugbetalingsplicht aan de boedel, indien het vermogen niet *bij voorrang aan hem verbonden was*. Indien de schuldeiser zich verhaalt op het buitenlands vermogen op basis van een bepaling naar het recht van het land waar het vermogen zich bevindt, dan moet naar Nederlands recht (aangezien het om een Nederlands faillissement gaat) beoordeeld worden of het vermogensbestanddeel waarop hij stelt voorrang te hebben in Nederland ook bij voorrang aan hem verbonden is. De Hoge Raad bepaalde dat een vorm van beslag naar het recht van de Staat New York - dat naar lokaal recht een zekere vorm van voorrang ('priority') in het leven riep - naar Nederlands recht geen voorrang creëert, omdat naar Nederlands recht geen voorrang aan beslag verbonden is. De schuldenaar werd dan ook veroordeeld tot terugbetaling van de opbrengst (HR 11 juli 2014, ECLI:HR:2014:1630).

Vereenvoudigde afwikkeling en verzet tegen de uitdelingslijst

Wanneer bij de afwikkeling van een faillissement blijkt dat er onvoldoende boedelactief is om aan concurrente schuldeisers een uitkering te kunnen doen, kan gebruik worden gemaakt van de zogenaamde 'ver-

eenvoudigde afwikkeling' (artikel 137a Faillissementswet). Er vindt dan geen verificatievergadering plaats. Behandeling van de concurrente vorderingen blijft achterwege. De curator maakt een verkorte uitdelingslijst op, die vervolgens door de rechtbank wordt vastgesteld. Bij een normale afwikkeling zouden alle schuldeisers tijdens een zogenaamde verificatievergadering nog invloed kunnen uitoefenen op de door de curator opgestelde lijst van voorlopig erkende schuldeisers. Bij een vereenvoudigde afwikkeling kan dat niet. De wet voorziet wel in een mogelijkheid om in verzet te komen tegen de uitdelingslijst. Dat verzet tegen de uitdelingslijst is echter niet mogelijk vanwege het enkele feit dat de vordering van de schuldeiser niet is geplaatst op de uitdelingslijst. Dat is volgens de Hoge Raad anders, indien een schuldeiser stelt een preferente schuldeiser te zijn (maar ten onrechte als concurrente schuldeiser is aangemerkt). In een dergelijk geval is wel verzet mogelijk. De Hoge Raad overweegt daarnaast dat verzet ook mogelijk is, indien de schuldeiser op dat moment voor het eerst een beroep doet op preferentie (HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1404).

Voorrecht en 403-verklaring

Artikel 2:403 BW regelt (kort gezegd) onder meer dat een tot een groep behorende rechtspersoon de jaarrekening niet volgens de regels van titel 9 van boek 2 BW hoeft in te richten en dat kan worden volstaan met een geconsolideerde jaarrekening op het niveau van (meestal) de moedervennootschap. Voorwaarde voor deze vrijstelling is wel dat de moedervennootschap zich schriftelijk hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van de rechtspersoon die gebruik maakt van de vrijstelling (gemakshalve hierna als 'dochtervennootschap' aangeduid. Een dergelijke openbare aansprakelijkstelling wordt in de vorm van een verklaring (de '403-verklaring') neergelegd bij het Handelsregister. Indien zowel de moedervennootschap als de dochtervennootschap failliet gaan, kan een schuldeiser van de vennootschap voor wie de verklaring is afgegeven ook een vordering indienen in het faillissement van de moedervennootschap (voor zover het een vordering betreft die onder de verklaring valt). Deze heeft zich ten slotte aan-

sprakelijk gesteld voor de schulden van de andere vennootschap. Betreft de indiening echter een vordering die bevoorrecht is in het faillissement van de dochtervennootschap, dan is deze vordering niet bevoorrecht in het faillissement van de moedervennootschap. Er is tenslotte geen sprake van een overgang van de vordering van de een op de ander, er is slechts sprake van een aansprakelijkheidsverklaring waar de wet geen voorrecht aan verbindt (HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898 & ECLI:NL:HR:2014:904).

Wederkerige overeenkomsten

ABN Amro/Berzona: Hoge Raad komt terug op Nebulaleer

In beginsel heeft een faillissement geen invloed op wederkerige overeenkomsten. Ook leidt het niet tot aanpassing van de daaruit voortvloeiende verbintenissen. Wel heeft de curator de wettelijke mogelijkheid om overeenkomsten niet gestand te doen, de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen en daarmee een wanprestatie te leveren (zoals bepaald in het *Nebula*-arrest, HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838). In zijn arrest van 11 juli 2014 zegt de Hoge Raad dat deze wanprestaties waarop het *Nebula*-arrest ziet, betrekking hebben op het *passief* niet nakomen van de verbintenissen, niet op het *actief* niet nakomen van de verbintenissen. Verbintenissen ten tijde van het faillissement die bijvoorbeeld voortvloeien uit een lopende licentieovereenkomst (zoals het mogen gebruiken van een merknaam) moeten door een curator worden nagekomen. Er kan dus niet actief aan de uitvoering van een duurovereenkomst een einde gemaakt worden, zoals in de rechtspraktijk tot voor kort wel werd aangenomen (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681; zie ook: mr. F.F.A. Smetsers in *JutD* 2014, nr. 15 (p. 13-15, 14-94) 'ABN Amro/Berzona: Hoge Raad komt terug op Nebulaleer').

Herijking Faillissementsrecht

Pre-pack

In het vorige Nieuwsoverzicht Goederen- en Faillissementsrecht schreven wij al dat in 2013 het fenomeen 'pre-pack' algemeen bekend werd. Minister Opstelten heeft het voorontwerp voor Wet Continuïteit Onder-

nemingen I (waarin de pre-pack een wettelijke basis moet krijgen) eind 2013 ter consultatie aangeboden. Hierin wordt de pre-pack wettelijk geregeld. In juli 2014 is het wetsvoorstel voor advies naar de Afdeling Advisering van de Raad van State gezonden.

Dwangakkoord buiten faillissement

Het aanbieden van een schuldeisersakkoord kan een effectief middel zijn voor ondernemingen om een einde te maken aan een problematische schuldenpositie. Anders dan in het geval van een faillissement, een schuldsanering natuurlijke personen of een surseance van betaling, is het op dit moment niet mogelijk om schuldeisers te dwingen om aan een akkoord mee te werken. In de toekomst moet een dergelijk dwangakkoord buiten faillissement mogelijk worden. In het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II zijn algemene regels opgenomen voor de totstandkoming van een akkoord buiten faillissement. Ook voorziet de regeling in een 'algemeen verbindendverklaring', waardoor het akkoord een dwangakkoord kan worden. Momenteel is er een consultatieronde gaande met betrekking tot het wetsvoorstel. De consultatieronde sluit op 14 november 2014 (<http://www.internetconsultatie.nl/wco2>). Zie ook mr. H.M. Braat in *JutD* 2014, nr. 18 (p. 11-13, 14-113) 'Voorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II: einde aan onnodige faillissementen?'

Voortzetten onderneming in faillissement

Om de kans van slagen van een doorstart vanuit faillissement te vergroten en ervoor te zorgen dat de curator het faillissement goed kan afwickelen, gaat minister Opstelten het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen III presenteren. Deze wet moet met name de continuering van de onderneming tijdens faillissement faciliteren door bijvoorbeeld een doorleveringsverplichting te introduceren voor leveranciers van essentiële goederen en diensten. Het streven van minister Opstelten is om het wetsvoorstel in het najaar 2014 ter consultatie aan te bieden.

Civielrechtelijk bestuursverbod

Het wetsvoorstel waarmee het mogelijk moet worden om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude langs

civielrechtelijke weg een 'bestuursverbod' op te leggen, is reeds ter advisering voorgelegd aan de Raad van State. Het streven van minister Opstelten is om het voorstel in het najaar van 2014 ter goedkeuring aan de Tweede Kamer voor te leggen (zie ook: mr. T. van Wijngaarden en mr. L. Akkouch in *JutD* 2014, nr. 18 (p. 17-19, 14-115) 'Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod').

Herziening strafrechtelijk faillissementsrecht

Om faillissementsfraude beter aan te pakken, heeft minister Opstelten een wetsvoorstel gepresenteerd waarin de strafbaarstellingen inzake faillissementsfraude geactualiseerd en gemoderniseerd worden. Ook de reikwijdte van de faillissementsdelicten wordt verruimd. Daarnaast worden de strafvorderlijke mogelijkheden om faillissementsfraude te bestrijden verder uitgebreid. De Afdeling Advisering van de Raad van State heeft over dit wetsvoorstel geadviseerd en in het najaar van 2014 zal ook dit voorstel worden voorgelegd aan de Tweede Kamer.