

Enkele aspecten van het eigendomsvoorbehoud in faillissement

Mr. G.G. Boeve¹

Mr. M.A.J.G. Janssen²

1 Ten geleide

Dit artikel beschrijft het eigendomsvoorbehoud in faillissement. Het zal voornamelijk gericht zijn op de goederenrechtelijke aanspraak van de vervreemder, waarbij de hoofdregel geldt dat de vervreemder zijn zaken vanwege zijn goederenrechtelijke aanspraak kan revindiceren ex art. 5:2 BW. Niet (of nauwelijks) zal worden ingegaan op de positie van de vervreemder die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen wanneer hij zijn vordering ter verificatie aanbiedt (art. 26 Fw).

In de navolgende paragrafen zal de nadruk liggen op aanspraken van derden op onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken die het eigendomsrecht van de vervreemder (eigenaar) mogelijk kunnen frustreren. Zo komen in de paragrafen 2, 3, 4 en 5 achtereenvolgens aan de orde: bevoorrechte schuldeisers, het bodemrecht van de fiscus, de afkoelingsperiode en de positie van de curator bij een activa overdracht. Paragraaf 6 sluit af met de mogelijke invloed van het Voorontwerp van een nieuwe Insolventiewet op het rechtsfiguur eigendomsvoorbehoud.

2 Bevoorrechte schuldeisers

Welke mogelijkheden zijn er voor schuldeisers van de verkrijger om een voorrecht te verkrijgen op goederen die niet aan de verkrijger toebehoren (i.e. goederen die aan de vervreemder toebehoren die onder opschortende voorwaarde heeft overgedragen)?

Art. 3:284 BW geeft een voorrecht op het goed voor de vordering tot voldoening van de kosten, die tot behoud van dat goed zijn gemaakt. De derde-schuldeiser kan de vordering op het goed verhalen, zonder dat hem rechten van derden op dit goed kunnen worden tegengeworpen, tenzij deze rechten na het maken van de kosten tot behoud zijn verkregen (art. 3:284 lid 2 BW). Onder de rechten van derden kan ook behoren het eigendomsrecht van de vervreemder die onder opschortende voorwaarde heeft overgedragen.³ Kosten tot behoud van een zaak moeten beperkt worden opgevat, namelijk kosten gemaakt om de zaak in fysieke zin voor tenietgaan te behoeden.⁴ Van kosten tot behoud zijn te onderscheiden de kosten tot onderhoud, tot verbetering of tot reparatie.⁵

Art. 3:285 BW, aanneming van werk, rust slechts op aan de schuldenaar toebehorende zaken en niet op de zaken waarvan de voorbehouden eigendom nog bij de vervreemder berust.⁶ Art. 3:285 BW biedt derhalve geen voorrecht voor schuldeisers van de verkrijger op goederen van de vervreemder die onder eigendomsvoorbehoud zijn overgedragen.

3 Bodemrecht van de fiscus

Een door de fiscus gelegd bodembeslag op een in eigendom voorbehouden 'bodenzaak', komt bij een eventuele faillietverklaring van de verkrijger niet te vervallen. De bodenzaak behoort immers niet tot de failliete boedel. Een na dato faillissement gelegd bodembeslag is eveneens geldig. De Ontvanger is verplicht om eerst de onbelaste goederen uit te winnen. De curator dient deze regel eveneens in acht te nemen.⁷ De Ontvanger kan na aftrek van hetgeen hij uit de netto-opbrengst van het vrije actief heeft verkregen, voor het restant van zijn vordering aanspraak maken op onder eigendomsvoorbehoud overgedragen 'bodemzaken'.⁸

Art. 22 van de Leidraad Invordering 1990 bepaalt dat de fiscus reële eigendom van derden zoveel mogelijk zal ontzien. Reële eigendom is juridisch en economisch eigendom van een derde (zoals bij bruikleen, pacht, huur en operationele lease). Zekerheidseigendom behoeft niet te worden

¹ Advocaat bij Banning NV te 's-Hertogenbosch.

² Advocaat bij Banning NV te 's-Hertogenbosch, tevens hoofdredacteur van dit blad.

³ Asser/Van Mierlo, *Goederenrecht III*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 435c.

⁴ Zie o.a. HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158, m.nt. WMK (*Hollander's Kuikenboerderij*).

⁵ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 919.

⁶ Asser/Van Mierlo, T.a.p., nr. 435c.

⁷ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 745, m.nt. PvS; JOR 1998/126 (*Aerts q q /ABN AMRO*).

⁸ HR 12 juli 2002, NJ 2002, 437, m.nt. PvS; JOR 2002/179, m.nt. NEDF (*Verdonk q q /Ontvanger*).

ontzien. Bij het zekerheidseigendom ligt alleen de juridische eigendom, en niet ook de economische, bij de zekerheidsnemer (zoals bij de overdracht onder eigendomsvoorbehoud, huurkoop en financiële lease). Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van reële eigendom dient niet alleen acht te worden geslagen op de inhoud van de overeenkomst (de overeenkomst tot overdracht onder opschortende voorwaarde), maar ook op de wijze waarop deze tot stand is gekomen en de wijze waarop partijen daaraan uitvoering hebben gegeven.⁹

Is het mogelijk om de volgens de Leidraad Invordering 1990 gekwalificeerde zekerheidseigendom om te vormen tot reële eigendom dat de fiscus dient te ontzien? Onzes inziens is dat mogelijk. Wanneer de vervreemder, die onder eigendomsvoorbehoud heeft overgedragen, overgaat tot ontbinding van de overeenkomst, *voordat* de fiscus beslag legt, is er geen sprake meer van zekerheidseigendom.¹⁰ Evenzo concludeert Vriesendorp.¹¹ Wanneer de vervreemder overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, wordt de koopovereenkomst van rechtswege ontbonden. Ook economisch behoort de zaak wederom aan de vervreemder toe. De vervreemder is vanaf het ogenblik van de uitoefening van zijn eigendomsvoorbehoud en de daarmee gepaard gaande ontbinding uitsluitend geïnteresseerd in de betreffende zaak. Wegens het wegvallen van de betaling van de koopprijs dient die eigendom hem niet meer tot zekerheid, maar is hij voor de vervreemder reëel geworden. Wanneer het eigendomsvoorbehoud wordt uitgeoefend en de koopovereenkomst ontbonden wordt, kan men stellen dat er van een ‘bedongen’ overwegend tot zekerheid strekkend recht geen sprake meer is. Het recht waarop de vervreemder zich dan baseert om de zaak terug te krijgen is zijn eigendomsrecht, waartoe de wet hem in art. 5:2 BW uitdrukkelijk de bevoegdheid geeft.

Over de vraag wat de consequenties zijn indien de overeenkomst op grond waarvan onder eigendomsvoorbehoud de zaak werd geleverd, is ontbonden is verschillend geoordeeld door de Rechtbank Rotterdam en de Rechtbank Amsterdam.¹² De Rechtbank Rotterdam oordeelde in r.o. 5.6 dat; *“het eigendomsvoorbehoud vanaf dan niet meer strekte tot zekerheid van betaling (gelet op het verzuim van Semecs – i.e. verkrijger; GB/MJ –), maar tot, althans in overwegende mate, terugvordering van de zaak zelf. Het economische belang bij de zaak (waardevermindering, disfunctioneren, verlies) berustte, zodra duidelijk was dat de koopprijs niet zou worden voldaan en de zaak werd teruggevorderd, in overwegende mate weer bij Precitool (i.e. vervreemder; GB/MJ).”* Daarentegen oordeelde de Rechtbank Amsterdam in r.o. 4.3 dat; *“Alcor (i.e. lessor; GB/MJ) de machines na teruggave weliswaar te gelde kan maken maar dat de opbrengst ervan in mindering moet worden gebracht op de openstaande totale vordering van Alcor op Memox (i.e. lessee; GB/MJ), met als gevolg dat de eventueel daarna nog overgebleven restvorderingen van Alcor op Memox als concurrente vorderingen in het faillissement van Memox dienen worden ingediend. Nu de machines, ook na beëindiging van de lease-overeenkomsten, aldus in feite nog steeds tot zekerheid zijn blijven strekken voor betaling door Memox van eventueel nog openstaande leasetermijnen en uit genoemd artikel 5 (i.e. verzuimregeling; GB/MJ) niet volgt dat Alcor de vrije beschikking krijgt over de machines, kan niet worden geoordeeld dat Alcor, naast de juridische eigendom die zij reeds had, na beëindiging van de lease-overeenkomsten ook de reële eigendom van de machines heeft verkregen.*

Van Andel concludeert in zijn noot onder voormeld vonnis dat de Rechtbank Amsterdam met haar argumentatie uit het oog verliest dat in de Leidraad nu juist de feitelijke en niet de (strikt) juridische situatie centraal staat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van reële eigendom. En die feitelijke situatie is in de overgrote meerderheid van de (insolventie)gevallen dat er van de zijde van de lessee geen enkele betaling meer te verwachten is en dat derhalve de facto de lessor die de zaak opeist vanaf dat moment weer het volledige economische risico met betrekking tot de zaak loopt. Onzes inziens verdient de benadering van de Rechtbank Rotterdam derhalve de voorkeur. Met Van

⁹ Hof Amsterdam 30 september 2004, JOR 2005/77.

¹⁰ In dit geval gaat het fixatiebeginsel niet op, het fixatiebeginsel ziet slechts op goederen die zich in de boedel bevinden. Met de term fixatiebeginsel wordt bedoeld op het feit dat de schuldenaar als gevolg van het faillissement zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheid over zijn vermogen verliest, terwijl ook de positie van schuldeisers in beginsel geen verandering meer kan ondergaan (HR 18 december 1987, NJ 1988, 340, m nt. G. (OAR/ABN)). Zie over het fixatiebeginsel o.a. J.J. van Hees, ‘Het fixatiebeginsel in faillissement’, in: *A-T-D* (Van Schilfgaarde bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 129-145.

¹¹ R.D. Vriesendorp, ‘Bodembeslag door de Ontvanger in de afkoelingsperiode (art. 63a Fw) en rechten van derden’, *TvI* 1998/2, p. 30.

¹² Rb. Rotterdam 30 juni 2004, JOR 2004/259 en Rb. Amsterdam 3 november 2004, JOR 2005, 78 m nt. WA.

Andel zijn wij van mening dat de lessor/ eigendomsvoorbehoudverkooper uitsluitend is geïnteresseerd in de eigendom van de betreffende zaak.

Hoe zit het met de verwijzing in de Leidraad Invordering 1990 dat eigendomsvoorbehoud te behandelen valt als zekerheidseigendom? Onzes inziens ziet deze verwijzing op het eigendomsvoorbehoud waarbij de vervreemder zijn rechten nog niet heeft uitgeoefend. Zolang het eigendomsvoorbehoud nog niet is uitgeoefend is er wel sprake van zekerheidseigendom ter verzekering van betaling van e.g. de koopprijs.¹³

Geconcludeerd kan worden dat de fiscus zich (buiten het faillissement) om kan verhalen op zaken van derden (i.e. de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken), voorzover deze als bodemzaken zijn aan te merken. Voor uitoefening van het bodemrecht is vereist dat de zaken zich ten tijde van het beslag op de 'bodem' van de belastingschuldige bevinden. De vervreemder kan uitoefening van het bodemrecht door de fiscus voorkomen door de zaken tijdig, vóór beslaglegging door de fiscus, van de 'bodem' van de verkrijger weg te halen¹⁴ of door de overeenkomst te ontbinden, ook vóór beslaglegging door de fiscus, zodat het eigendomsrecht door de fiscus aangemerkt dient te worden als reële eigendom en zodoende zal worden ontzien op grond van de Leidraad Invordering 1990. Een complicatie doet zich voor tijdens een afkoelingsperiode.

4 Afkoelingsperiode

Art. 63a Fw bepaalt dat de rechter-commissaris op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve bij schriftelijke beschikking een afkoelingsperiode kan afkondigen, waarin elke bevoegdheid van derden, met uitzondering van boedelschuldeisers, tot verhaal op tot de boedel behorende goederen of tot de opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden, voor een periode van ten hoogste twee maanden niet dan met zijn machtiging kan worden uitgeoefend. De RC kan deze periode eenmaal verlengen met een periode van ten hoogste twee maanden. De afkoelingsperiode kan worden gebruikt om de mogelijkheden van sanering en behoud van de continuïteit van de onderneming te onderzoeken, zonder dat derden door het uitoefenen van hun verhaalsrechten of door het opeisen van de aan het toekomstige goederen dit onderzoek kunnen doorkruisen.¹⁵ De vervreemder, die onder eigendomsvoorbehoud heeft overgedragen, zal zijn eigendomsrecht tijdens de afkoelingsperiode, in beginsel, niet kunnen uitoefenen. De RC kan zijn beschikking beperken tot bepaalde derden (art. 63a lid 2 Fw). Bij de in art. 63a Fw genoemde derden behoort ook de vervreemder die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen.

Terwijl de vervreemder als gevolg van de afkoelingsperiode zijn zaken niet kan opeisen en van de bodem afvoeren, laat de afkoelingsperiode onverlet dat de Ontvanger bodembeslag kan leggen. Na afloop van de afkoelingsperiode kan de fiscus het bodemrecht vervolgen en de zaken uitwinnen, terwijl de vervreemder (i.e. eigenaar van de zaken) met lege handen achterblijft.¹⁶ In de praktijk werd deze gang van zaken bezwaarlijk gevonden en in de literatuur en jurisprudentie zijn ook wel handvaten aan de vervreemder aangereikt om te ontkomen aan de gevolgen van het bodembeslag in combinatie met de afkoelingsperiode.¹⁷ Teneinde aan deze bezwaren tegemoet te komen heeft de wetgever per 15 januari 2005 (Stb. 2004, 615) de artikelen 63c en 241c aan de faillissementswet toegevoegd. Artikel 63c Fw bepaalt dat een beslag gelegd door de ontvanger, tijdens de afkoelingsperiode, op een zaak die zich op de bodem van de gefailleerde bevindt en die niet aan de gefailleerde toebehoort, niet kan worden tegengeworpen aan de eigenaar van de zaak indien deze *voordat* het beslag was gelegd bij deurwaardersexploit aanspraak heeft gemaakt op afgifte van de zaak.

Een andere belangrijke vraag die in het bijzonder betrekking heeft op de afkoelingsperiode betreft de vraag of de curator zaken die onder eigendomsvoorbehoud zijn overgedragen, tijdens de afkoelingsperiode mag vervreemden of verbruiken? Wanneer de vervreemder, door de vervreemding

¹³ R.D. Vriesendorp, T.a.p., p. 31.

¹⁴ O.a. in W.H.M. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud, Monografieën NBW B6c*, Deventer: Kluwer 1998, nr. 64.

¹⁵ S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber, 'Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden', Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, paragraaf 2.4.

¹⁶ M.J.W. Schollen, 'Bodem(voor)recht en artikel 63c/241c Faillissementswet', *Journal IF&Z* 2005/5, p. 155.

¹⁷ O.a. in R.D. Vriesendorp, T.a.p., p. 27 e.v. en M.J.W. Schollen, T.a.p., noot 3, p. 155.

of door het verbruik van de zaken, een rentendeel leidt, heeft de vervreemder dan een aanspraak op de boedel? Is die eventuele aanspraak van de vervreemder te zien als een boedelschuld?

Het lijkt erop dat de wetgever niet over alles heeft nagedacht bij de invoering van art. 63a Fw. De parlementaire geschiedenis van art. 63a Fw neemt in totaal nog geen anderhalve pagina. Duidelijk is dat de wetgever zich bij de in de art. 63a en 241a geregelde afkoelingsperiode door het moratorium van de commissie Mijnsen heeft laten inspireren.¹⁸ Wanneer de failliet of de curator de verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst, van overdracht van de zaken onder eigendomsvoorbehoud, nakomt, zal de curator, in beginsel, tot vervreemding en verbruik bevoegd zijn. Vanwege de oorzaak van het faillissement zal de nakoming waarschijnlijk niet (volledig) hebben plaatsgevonden. Als eerste dient men vast te stellen dat de bevoegdheid tot vervreemding en verbruik van de zaken eindigt wanneer de vervreemder de zaak, in beginsel, kan opeisen. De vervreemder kan zijn eigendomsrecht echter niet uitoefenen wanneer er sprake is van een afgeroepen afkoelingsperiode.

Volgens Kortmann heeft de curator, ondanks het recht van de vervreemder om de zaak als zijn eigendom op te eisen, het recht om de zaken te vervreemden en te verbruiken.¹⁹ Dat recht tot vervreemding en verbruik vloeit rechtstreeks voort uit het doel van de afkoelingsperiode. Het doel van de afkoelingsperiode is om de curator in staat te stellen te beoordelen welke goederen hij voor de boedel wil behouden, bijvoorbeeld in verband met de mogelijke voortzetting van het bedrijf. Gedurende de afkoelingsperiode moet de curator onder meer van de *productiemiddelen* en de *inventaris* gebruik kunnen blijven maken, zonder dat degenen die eigendomsaanspraken hierop hebben, de curator kunnen dwingen tot nakoming van de jegens hen bestaande verbintenissen.

Hebben degenen, die eigenaar zijn van deze zaken (i.e. productiemiddelen/ inventaris), enige aanspraak op vergoeding jegens de curator? In geval van leasing of huurkoop zou Kortmann willen aannemen dat de tijdens de afkoelingsperiode verschuldigde lease- en huurkooptermijnen boedelschulden zijn, indien de curator de betreffende zaken desgevraagd niet afgeeft.²⁰ Bij levering van andere zaken onder eigendomsvoorbehoud kan aangesloten worden bij de voorstellen van de Commissie Mijnsen.²¹ De Commissie Mijnsen zou bij wijze van een soort vergoeding aan deze schuldeisers een aanspraak op rente ten laste van de boedel willen toekennen over het bedrag dat als hoofdsom ten tijde van het ingaan van het moratorium aan vordering(en) openstaat. Bij berekening van de te vergoeden rente, kan de contractuele rente worden aangehouden. Is er geen sprake van bedongen rente, dan zou, zo stelt de Commissie Mijnsen voor, de wettelijke rente kunnen gelden.²²

Geldt deze bevoegdheid tot vervreemding en verbruik nu ook bij *voorraden*? Volgens Kortmann moet men dan kijken naar de uitleg van de overeenkomst waarbij het eigendomsvoorbehoud is bedongen.²³ Kortmann betoogt dat, ook bij voorraden, de curator bevoegd is tot vervreemding en verbruik. Een verbod de voorraden te verbruiken of te vervreemden zou het beleid van de curator te zeer kunnen doorkruisen.

Verbruik of vervreemding van onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken (i.e. voorraden) heeft tot gevolg dat de zekerheid van de vervreemder verloren gaat. De vraag rijst op welke wijze dit verlies rechtens kan worden gecompenseerd. Volgens Kortmann is een verdedigbare oplossing dat de curator is gehouden de factuurwaarde van deze zaken aan de vervreemder te vergoeden. De vervreemder heeft derhalve een boedelvordering op de curator voor zover de betreffende zaken zijn vervreemd of verbruikt.

Verstijlen is van oordeel dat de parlementaire geschiedenis bij art. 63a Fw een te wankel basis vormt om daarop een zo vergaande bevoegdheid tot vervreemding en verbruik van de

¹⁸ A. van Hees/ C.M. Harmsen, 'De afkoelingsperiode', in: *Praktijkboek Curatoren*, Deventer: Kluwer 2003, A.6. De commissie Mijnsen kreeg in 1986 de taak om advies uit te brengen over de vraag of en in hoeverre het wenselijk was de Faillissementswet te wijzigen, in het bijzonder de regeling van de surseance van betaling.

¹⁹ S.C.J.J. Kortmann, 'De afkoelingsperiode van art. 63a Fw: ondoordachte wetgeving', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en aansprakelijkheid* (Serie Onderneming en Recht Deel 1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 152 en W.H.M. Reehuis, T.a.p., p. 60.

²⁰ Indien de lease- of huurkoopovereenkomst ingevolge ontbinding is geëindigd, dient de curator bedragen te betalen, gelijk aan de lease- en huurkooptermijnen.

²¹ S.C.J.J. Kortmann, T.a.p., p. 153.

²² Rapport Commissie Mijnsen, p. 145.

²³ S.C.J.J. Kortmann, T.a.p., p. 154.

betreffende zaken te baseren.²⁴ De Hoge Raad lijkt ervan uit te gaan dat goederen die door de afkoelingsperiode worden getroffen in beginsel niet verloren gaan, zodat rechthebbende na afloop van de afkoelingsperiode alsnog hun rechten kunnen uitoefenen.²⁵ Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad van oordeel is dat er in beginsel geen verbruiks- en vervreemdingsbevoegdheid van de curator bestaat, maar dat uitzonderingen mogelijk zijn.²⁶

De wet zwijgt op de vraag of degenen die eigenaar van deze zaken zijn, in geval van verbruik of vervreemding, enige aanspraak op vergoeding jegens de curator hebben.²⁷ Volgens Kortmann zou, naast de hiervoor vermelde alternatieven, de vervreemder mogelijk een aanspraak hebben langs de weg van de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) of - desnoods - via de redelijkheid en billijkheid.²⁸ Ook is het mogelijk om via de RC een voorwaarde aan de afkoelingsperiode te laten verbinden (art. 63a lid 2 Fw). De vervreemder kan de RC verzoeken om tot verhaal of opeising te mogen overgaan, al dan niet onder door de RC te stellen voorwaarden. Ook kan de RC als voorwaarde aan het afkondigen van een afkoelingsperiode verbinden dat een vergoeding dient te worden voldaan aan derden wiens zaken tijdens de afkoelingsperiode worden vervreemd en verbruikt door de curator. Tevens kan worden bepaald dat zekerheid moet worden gesteld ten behoeve van de betrokken vervreemder.²⁹ Wanneer de RC geen voorwaarden aan de afkoelingsperiode kan of wil verbinden, doet dit sterk af aan het eigendomsrecht van de vervreemder die onder eigendomsvoorbehoud heeft overgedragen. Bezwaren tegen deze opvatting van Kortmann zijn onder andere, zoals hij zelf ook noemt, dat de bevoegdheid tot vervreemding en verbruik; 1.) nergens blijkt uit de wet; 2.) niet verenigbaar is met de bedoeling van partijen en 3.) een te grote inbreuk zou betekenen op de zekerheid van de vervreemder (i.e. het eigendomsvoorbehoud). Daarnaast zou ook het bepalen van een vergoeding voor vervreemde en verbruikte zaken problematisch zijn. Bij welke waarde dient men daarbij aan te knopen? Dient de curator de inkoopwaarde of de verkoopwaarde te vergoeden? En op welk moment dient deze waarde bepaald te worden? Mogelijk biedt toekomstige wetgeving nadere uitwerkingen.

5 *Positie curator bij activa overdracht*

Onder bijzondere omstandigheden kan de curator voorbij gaan aan het belang van de vervreemder die onder eigendomsvoorbehoud heeft overgedragen. In het arrest Sigmacon II bepaalde de Hoge Raad dat de curator niet alleen zijn taak uitoefent ten behoeve van de gezamenlijk schuldeisers.³⁰ De curator heeft ook rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid. In het arrest inzake de Leidsche Wolspinnerij (Maclou-arrest) bepaalde de Hoge Raad dat bij de wijze van beheer en vereffening van de boedel *onder omstandigheden* aan *zwaarwegende* belangen van maatschappelijke aard voorrang kan toekomen boven die van individuele schuldeisers.³¹ De vorengenoemde arresten bleven niet onbesproken. De Ranitz, in navolging van Vriesendorp, noemt de beslissing van de Hoge Raad, om voorrang te verlenen aan belangen van maatschappelijke aard, onwenselijk en in strijd met het uitgangspunt van de Faillissementswet dat de curator enkel voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient op te komen.³² Wanneer we de uitspraak van de Hoge Raad inzake de Leidsche Wolspinnerij nader bekijken komen we onzes inziens tot een andere conclusie.

In casu spraken Maclou (M) en Prouvost (P) de curatoren van de failliete Van Schuppen aan wegens onrechtmatig handelen (aansprakelijkheid *pro se*). M en P hadden Van Schuppen garens geleverd onder eigendomsvoorbehoud. Van Schuppen ging vervolgens failliet. De curatoren

²⁴ F.M.J. Verstijlen, 'De faillissementscurator', Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

²⁵ HR 16 oktober 1998, JOR 1999/17, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Van der Hel/Edon*).

²⁶ A. van Hees/ C.M. Harmsen, T.a.p., p. 9.

²⁷ S.C.J.J. Kortmann, T.a.p., p. 153.

²⁸ Uit het genoemde artikel van Kortmann blijkt niet of de aansprakelijkheid gebaseerd wordt op art. 6:2 of 6:248 BW.

²⁹ S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber, T.a.p., paragraaf 2.4.

³⁰ HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, m.nt. WMK (*Gerritse q q/Ontvanger; Sigmacon II*).

³¹ HR 19 april 1996, NJ 1997, 727, m.nt. WMK; JOR 1996/48, m.nt. SCJJK (*Maclou/Curatoren Van Schuppen; Leidsche Wolspinnerij*).

³² S.H. de Ranitz, 'Crediteurenbelang versus "andere belangen"', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus* (Serie Onderneming en Recht Deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 187-199.

verkochten de onderneming van Van Schuppen going concern aan de Leidsche Wolspinnerij (LWS), zonder de betrokken crediteuren op de hoogte te stellen (waaronder ook M en P). Verkocht werden: *de aktiva van Van Schuppen, voorzover deze aktiva niet eigendom zijn van derden*. LWS verplichtte zich daarbij uitdrukkelijk *'om alle rechten van derden op deze aktiva in de vorm van eigendomsvoorbehouden, rechten ontbinding wegen niet-betaling, lease-contracten, huur, huurkoop of onder welke naam of vorm te eerbiedigen en af te wikkelen'*. Eerst na de overdracht stelden de curatoren M en P op de hoogte van het faillissement en dat LWS de boedel van Van Schuppen had overgenomen. Volgens de curatoren moesten M en P zich voor de betaling van de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken tot LWS wenden. Kort na de overdracht van de onderneming faillieerde ook LWS. Het faillissement werd kort nadien opgeheven wegens gebrek aan baten. De onderhavige garens waren door LWS verwerkt. M en P zouden in het faillissement van Van Schuppen geen uitkering ter zake van hun vordering betreffende de onbetaalde garens ontvangen.

M en P voeren twee stellingen aan: *a.)* dat de curatoren M en P terstond, althans vóór de feitelijke overgave van de zaken aan LWS, in kennis hadden behoren te stellen van het faillissement en *b.)* dat de curatoren niet bevoegd waren de (feitelijke macht over de) zaken over te dragen aan een derde als LWS, althans nu curatoren hebben nagelaten ten behoeve van M en P afdoende (feitelijke) voorzieningen en/of (financiële) garanties te bedingen en te verkrijgen.

Volgens de Hoge Raad berust stelling *a* op de opvatting dat de curatoren onmiddellijk na hun benoeming alle crediteuren schriftelijk moeten benaderen, zodat deze vervolgens voor hun belangen kunnen opkomen. Deze opvatting is volgens de Hoge Raad niet juist. Er bestaat in faillissement slecht een verplichting tot openbare bekendmaking. Een behoorlijke taakvervulling van de curatoren *kan* meebrengen dat curatoren schuldeisers op de hoogte stellen van het faillissement zodat deze schuldeisers hun rechten ten aanzien van door hen aan de schuldenaar geleverde en door deze niet betaalde zaken veilig kunnen stellen. Of de curator daartoe over moet gaan zal liggen aan de bijzondere omstandigheden van het geval. Onder omstandigheden *kan* dan voorrang verleend worden aan belangen van maatschappelijke aard. Gezien de bijzondere omstandigheden, het belang van een spoedige afwikkeling van het faillissement en de bestaande overeenkomst tot het afhandelen van de rechten van derden door LWS, was er in casu sprake van een behoorlijke taakvervulling door de curatoren en was de curator niet aansprakelijk voor het eerst later op de hoogte stellen van het faillissement. Stelling *a* gaat derhalve niet op.

Deze voorrang van het maatschappelijk belang ziet slechts op de mededelingsplicht van de curator tot mededeling van het faillissement *aan* de individuele schuldeisers. Deze mededelingsplicht *kan* voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling door de curator. Deze mededelingsplicht *kan* wijken voor het maatschappelijk belang. Deze verplichting is echter geen verplichting op grond van de wet. Wanneer er afgeweken wordt van deze verplichting (ingegeven door een behoorlijke taakvervulling) wordt er nog niet van een wettelijke verplichting afgeweken, het faillissement zal nog steeds openbaar bekend zijn gemaakt.³³

De Hoge Raad oordeelt vervolgens over stelling *b*. De curatoren hebben niet onzorgvuldig gehandeld jegens M en P door de feitelijke macht over de garens aan LWS te verschaffen zonder te dien aanzien specifieke garanties te bedingen. Volgens de Hoge Raad is van belang de reden die de overdracht van de onderneming going concern diende; het belang van werknemers en crediteuren. Voorts is *ook* van belang de door de curatoren bedongen voorwaarde dat LWS de rechten van derden zou eerbiedigen en afwikkelen. Als laatste is van belang dat de curatoren er op mochten vertrouwen dat LWS die verplichting zou nakomen, zodat voor het bedingen van specifieke garanties geen aanleiding bestond.

De curator dient, zoals De Ranitz terecht stelt, rekening te houden met maatschappelijke belangen.³⁴ In casu waren er echter meer redenen, dan enkel het maatschappelijk belang, die de achterstelling van het belang van M en P rechtvaardigde. Daarbij komt dat de achterstelling slechts ziet op een wisseling van de houder van de zaken. Er wordt niet voorbij gegaan aan de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud uit te oefenen, dat kon, in beginsel, nog steeds onder LWS. Dat LWS vervolgens failliet ging, en dat de zaken vervolgens door LWS tot andere zaken waren verwerkt, doet

³³ Vgl. HR 21 januari 2005, NJ 2005, 245; JOR 2005/104 (*Funds/Curatoren Jomed I*) en HR 21 januari 2005, NJ 2005, 250, m.nt. PvS; JOR 2005/105, m.nt. R.J. Abendroth (*Funds/Curatoren Jomed II*).

³⁴ Zie o.a. HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, m.nt. WMK (*Gerritse q q/Ontvanger, Sigmacon II*).

hier niets aan af, de curatoren hadden immers gelet op de omstandigheden voldoende gedaan om de belangen van M en P veilig te stellen.

Wat betekent deze uitspraak nu voor de vervreemder die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen? Onder omstandigheden kan de curator voorbij gaan aan de belangen van deze individuele schuldeiser. Er hoeft door de curator niet altijd zekerheid te worden gesteld voor de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken wanneer de curator de onderneming going concern overdraagt. Ook hoeft de curator, in beginsel, de individuele schuldeiser(s) niet op de hoogte te stellen van de overdracht van de onderneming going concern. De voorwaarde daarbij is wel dat de transactie in het belang van werknemers en crediteuren is (maatschappelijke belang). Er kan derhalve niet klakkeloos aan het belang van de vervreemder die onder eigendomsvoorbehoud heeft overgedragen, voorbij worden gegaan. Ondanks een mogelijk aanwezig maatschappelijk belang heeft de curator nog steeds een inspanningsverplichting om voor de belangen van de vervreemder op te komen. Mocht de curator gerechtvaardigd vertrouwen hebben in de juiste afwikkeling door de overnemer van de belangen van de vervreemder, dan kan de curator niet wegens onrechtmatig handelen aansprakelijk worden gesteld.³⁵ Gerechtvaardigd vertrouwen *kan* bestaan bij: 1.) een overeenkomst waarbij de overnemer verklaart om alle rechten van derden op de activa in de vorm van eigendomsvoorbehouden, rechten ontbinding wegen niet-betaling, lease-contracten, huur, huurkoop of onder welke naam of vorm te eerbiedigen en af te wikkelen en bij 2.) inzicht van de curator in de financiële positie van de overnemer. Eerst dan hoeft er geen zekerheid voor het individuele belang verschaft te worden en kan het maatschappelijke belang gaan voor het individuele belang van de vervreemder die onder eigendomsvoorbehoud heeft overgedragen. Het maatschappelijk belang *kan* derhalve voorrang toekomen, maar niet zonder meer. De curator heeft primair de taak om op te komen voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. In het arrest Curatoren Mobell/Interplan bepaalde de Hoge Raad dat het door de curatoren ingeroepen belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement in zijn algemeenheid niet tot de zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard behoort zoals bedoeld in het Maclou-arrest (vgl. de voortzetting van een onderneming going concern waarbij er sprake kan zijn van continuïteit van de onderneming en behoud van werkgelegenheid - i.e. zwaarwegend maatschappelijk belang - en een faillissementsuitverkoop die naar haar aard gericht is op liquidatie³⁶).³⁷

6 Voorontwerp Insolventiewet

³⁵ De aan te leggen maatstaf voor de aansprakelijkheid van curatoren in persoon (aansprakelijkheid *pro se*) is af te leiden uit HR 19 april 1996, NJ 1997, 727, m.nt. WMK; JOR 1996/48, m.nt. SCJJK (*Maclou/Curatoren Van Schuppen; Leidsche Wolspinnerij*), r.o. 3.6; 'Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht'. Van Hees stelt dat deze maatstaf van toepassing is wanneer de getroffen belangen van derden kunnen worden aangemerkt als belangen die aan de curator, in zijn hoedanigheid, zijn toevertrouwd. Van een 'toevertrouwd belang' is volgens Van Hees sprake wanneer: 'de belangen van een betrokkene als gevolg van het faillissement en de daaruit voortvloeiende bevoegdheden van de curator invloed ondergaan' (J.J. van Hees, 'Aansprakelijkheid van curatoren en bewindvoerders: aan de slag met Maclou', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt* (Serie Onderneming en Recht Deel 25), Deventer: Kluwer 2003, p. 247). Wanneer er geen sprake is van een aan de curator 'toevertrouwd belang' dient de persoonlijke aansprakelijkheid te worden vastgesteld aan de hand van het - meer subjectieve - criterium dat ook voor bijvoorbeeld bestuurders van rechtspersonen geldt, namelijk of er sprake is van een 'ernstig verwijt' (J.J. van Hees, T a.p., p. 246). De aan te leggen maatstaf van de aansprakelijkheid van curatoren in hoedanigheid (aansprakelijkheid *qualitate qua*) is af te leiden uit HR 19 december 2003, NJ 2004, 293, m.nt. PvS; JOR 2004/61, m.nt. JvH (*Curatoren Mobell/Interplan*), r.o. 3.3; 'dat de inzet van het onderhavige geding, naar het hof kennelijk uit de stellingname van Interplan heeft afgeleid, wordt gevormd door de aansprakelijkheid van eisers tot cassatie in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van Mobell, niet hun privé aansprakelijkheid. De handelswijze van de curatoren dient derhalve getoetst te worden aan de maatstaven van art. 6:162 BW'.

³⁶ A.L.M. Keirse en F.J.M. Verstijlen, 'Curator qualitate qua, lever ieder het zijne!', *NTBR* 2004/8, p. 400

³⁷ HR 19 december 2003, NJ 2004, 293, m.nt. PvS; JOR 2004/61, m.nt. JvH (*Curatoren Mobell/Interplan*), r.o. 3.5.2. en HR 19 april 1996, NJ 1997, 727, m.nt. WMK; JOR 1996/48, m.nt. SCJJK (*Maclou/Curatoren Van Schuppen; Leidsche Wolspinnerij*).

Op 1 mei 2003 werd de Commissie Insolventierecht onder voorzitterschap van S.C.J.J. Kortmann opgericht. De Commissie kreeg als doel herziening van de huidige Faillissementswet. Op 29 juni 2006 bracht de Commissie de Minister van Justitie op de hoogte inzake het Voorontwerp Insolventiewet.³⁸ In deze paragraaf komen de mogelijke consequenties van het Voorontwerp voor de vervreemder die onder eigendomsvoorbehoud heeft overgedragen aanbod. In het kader van het onderwerp van dit artikel staan wij alleen stil bij de mogelijke wijzigingen die van invloed zullen zijn op eerder genoemde vervreemder. Bepalingen en/of uitgangspunten die ongewijzigd blijven ten opzichte van de huidige wetgeving zullen niet worden besproken.³⁹

Een van de wijzigingen van het Voorontwerp ten opzichte van de Faillissementswet betreft de afkoelingsperiode. De regeling van de afkoelingsperiode is in het Voorontwerp minder summier dan die van de Faillissementswet. In het Voorontwerp treedt de afkoelingsperiode van rechtswege in op het moment van insolventverklaring. Het Voorontwerp kent daarbij aan de bewindvoerder (curator in Faillissementswet) de bevoegdheid toe om binnen bepaalde grenzen goederen waarop een zekerheidsrecht is gevestigd en goederen die, hoewel niet tot de boedel behorend, zich in de macht van de bewindvoerder of de schuldenaar bevinden, tijdens de afkoelingsperiode te gebruiken, verbruiken of vervreemden. Wanneer de bewindvoerder van deze mogelijkheid gebruik maakt zal hij degene die schade hierdoor leidt, een in redelijkheid te bepalen vergoeding moeten betalen. Het Voorontwerp bepaalt voorts wanneer de bewindvoerder zekerheid dient te stellen voor de voldoening van deze vergoeding. Deze bepaling kan een einde maken aan de onzekerheid betreffende het ge- en/of verbruik van onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken, door de bewindvoerder, tijdens een afgekondigde afkoelingsperiode (zie paragraaf 5: 'Afkoelingsperiode').

Een andere wijziging van het Voorontwerp ten opzichte van de Faillissementswet betreft de versterking van de positie van concurrente schuldeisers. Deze wijziging vloeit onder andere voort uit een van de uitgangspunten van het Voorontwerp; Nederland maakt deel uit van de Europese Unie. Dit uitgangspunt is ingegeven door de noodzaak om rekening te houden met ontwikkelingen elders in Europa. Activiteiten van ondernemers zijn immers in toenemende mate grensoverschrijdend. Een van de gemeenschappelijke tendensen in de Europese Unie is de versterking van de positie van de concurrente schuldeisers en, daarmee samenhangend het terugdringen van de positie van schuldeisers met voorrang, waaronder de overheid. De Commissie acht geen werkelijk overtuigende grond aanwezig voor de thans bestaande veelheid aan preferenties, waaronder ook het voorrecht (en bodemrecht) van de fiscus. De Commissie is daarom voorstander van het afschaffen van bestaande preferentie van schuldeisers en van het niet toelaten van nieuwe preferenties. In het Voorontwerp zullen preferente schuldeisers (vooruitlopend op de bepleite afschaffing) niet langer volledig voorgaan boven concurrente vorderingen. In plaats daarvan zullen uitdelingen steeds ook aan concurrente schuldeisers ten goede komen, met dien verstande dat preferente schuldeisers een tweemaal zo groot percentage van hun vordering ontvangen als concurrente schuldeisers. Deze wijziging zal niet van invloed zijn op de vervreemder die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen en zich op zijn eigendomsrecht beroept. De vervreemder heeft immers de mogelijkheid om de zaken, vanwege zijn goederenrechtelijke aanspraak, als zijn eigendom terug te vorderen. Wanneer in het Voorontwerp het karakter van het eigendomsvoorbehoud erkend zal worden, de zekerheidsfunctie van het eigendomsvoorbehoud, is het mogelijk dat ook de vervreemder die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen een bijdrage zal moeten leveren aan voldoening van concurrente schuldeisers.

Als laatste wijziging die mogelijk van invloed zal zijn op de positie van de vervreemder die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen; de informele reorganisatie en het buitengerechtelijk akkoord. Het Voorontwerp biedt in vergelijking met de Faillissementswet meer instrumenten om levensvatbare (onderdelen van) ondernemingen te laten voortbestaan. Een van de belangrijkste instrumenten is de "informele reorganisatie", vooral in combinatie met het eveneens in het Voorontwerp geregelde buitengerechtelijke akkoord. Het Voorontwerp voorziet in de mogelijkheid een buiten insolventie tot stand gekomen (buitengerechtelijke) akkoord verbindend te verklaren voor alle bekende schuldeisers. Of deze wijziging van invloed is op de vervreemder die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen ligt aan de benadering van het eigendomsvoorbehoud, is het

³⁸ Brief Commissie Insolventierecht aan de Minister van Justitie, d.d. 29 juni 2006.

³⁹ Niet aanbod komen wijzigingen ten opzichte van de Faillissementswet als; één uniforme insolventieprocedure, de rol van de bewindvoerder in de insolventie, het toezicht door schuldeisers, een insolventieregister, etc.

eigendomsvoorbehoud te zien als volledige eigendom of kijkt men naar de zekerheidsfunctie van het eigendomsvoorbehoud.⁴⁰ Blijft men de huidige benadering hanteren, eigendomsvoorbehoud als volledig eigendom van de vervreemder, dan blijft ook in dit geval de vervreemder buiten de insolventie. Kiest men daarentegen om het eigendomsvoorbehoud naar zijn aard te typeren, het bieden van zekerheid, dan zal wellicht ook de vervreemder die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen verplicht mee moeten delen in een (buiten) gerechtelijke akkoord.

⁴⁰ Zie voor een nadere uiteenzetting van de juridische constructie van het eigendomsvoorbehoud: G.G. Boeve, *'De inhoud en grenzen van het eigendomsvoorbehoud'* (scriptie Nijmegen, scriptiecatalogus Radboud Universiteit Nijmegen), Nijmegen: 2007.