

PROF. MR. B. WESSELS

Afkoelingsperiode en rechten van derden

HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896; JOR 1999, 17

Indien een contractuele wederpartij vreest dat haar debiteur in omstandigheden verkeert die haar goede grond geven te vrezen dat deze niet zal nakomen, heeft deze wederpartij in beginsel de bevoegdheid de nakoming van haar verbintenis op te schorten (vergelijk artikel 6:263 lid 1 BW). In de rechtspraak is echter uitgemaakt dat een wederpartij in bepaalde omstandigheden dit opschortingsrecht niet mag uitoefenen. Zo wordt in de insolventiepraktijk een curator (bewindvoerder) daags na de faillietverklaring (verlening van de surseance) meestal geconfronteerd met crediteuren die een economisch sterke positie innemen. Het zijn leveranciers van zaken of diensten die doorgaans een concurrente vordering hebben wegens vóór het faillissement (surseance) verstrekte prestaties. Zij blijken veelal alleen maar bereid te zijn met presteren voort te gaan indien de curator bereid is de openstaande rekening te voldoen. Te denken valt aan leveranciers van energie (licht, water, gas) en leveranciers van unieke zaken, zonder welke continuering van het bedrijf eigenlijk niet mogelijk is (bijvoorbeeld in het faillissement van vliegtuigbouwer Fokker de leverancier van vliegtuigvleugels).

Kunnen dergelijke schuldeisers nu een opschortingsrecht inroepen?

Zowel in 1981 als in 1998 heeft de Hoge Raad als hoofdregel aanvaard dat een dergelijk recht (het recht om verdere leveranties op te schorten zolang eerdere leveranties niet zijn betaald) in beginsel óók kan worden uitgeoefend in geval van faillissement van de contractuele wederpartij en met het doel om betaling te verkrijgen van een oude, vóór de faillietverklaring ontstane schuld: 'De curator zal dan het belang van de boedel bij voortzetting van de leveranties hebben af

te wegen tegen het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers', aldus HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640. In dit arrest maakt de Hoge Raad echter een uitzondering voor het geval dat de levering van gas en water aan een particulier, strekkend ter voorziening in de eerste levensbehoeften, plaatsvindt door een leverancier – een openbaar nutsbedrijf – die in haar distributiegebied een wettelijk beschermde monopoliepositie inneemt. Bij de uitoefening van zijn taak om ook met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening te houden zal de curator het in het algemeen, aldus de Hoge Raad, niet kunnen laten aankomen op het staken van verdere leveranties. Het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers kan in een dergelijk geval beschermd worden '[...] en wel door een uitzondering te aanvaarden op de [...] hoofdregel voor het geval dat een failliet verklaarde afnemer van het nutsbedrijf door afsluiting ter zake van wanbetaling in de voormelde eerste levensbehoeften van hem en zijn gezin zou worden getroffen. In een dergelijk geval komt het nutsbedrijf de bevoegdheid tot afsluiting wegens een onbetaald gebleven schuld van vóór de faillietverklaring niet toe. Dit uitzonderingsgeval doet zich niet voor, indien de afsluiting uitsluitend betrekking heeft op een bedrijfsgebouw, of anderszins alleen van belang is voor een eventuele voortzetting van het bedrijf van de gefailleerde. De curator is dan immers vrij om in verband met de kosten als de onderhavige eventueel van een zodanige voortzetting af te zien'.

Met ingang van 1 december 1998 is bij een toepasselijke schuldsaneringsregeling op een natuurlijk persoon een wederpartij niet meer bevoegd zijn verbintenis voortvloeiend uit een overeenkomst tot het geregeld afleveren van gas, water, elektriciteit en verwarming, benodigd voor de eerste levensbehoef-

Afkoelingsperiode en rechten van derden

ten op te schorten, zie artikel 304 lid 1 Faillissementswet (Fw).

De Hoge Raad bevestigt in zijn arrest van 16 oktober 1998 (NJ 1998, 896; JOR 1999/17) de hiervoor genoemde hoofdregel en overweegt uitdrukkelijk dat hij geen aanleiding ziet om op het arrest van 1981 terug te komen:

‘De in dat arrest [dat van 1981; Wess.] aanvaarde regel strekt zich ook uit tot een geval als het onderhavige, waarin de wederpartij van de gefailleerde een monopoliepositie inneemt. In dat arrest is onder ogen gezien dat de afweging die de curator zal moeten maken tussen het belang bij voortzetting van de leveranties en een gelijke behandeling van schuldeisers, ertoe kan leiden dat in feite afbreuk gedaan wordt aan die gelijke behandeling. De feitelijke voorrang die het gevolg kan zijn van de op die afweging berustende beslissing van de curator en die voortvloeit uit artikel 6:262 lid 1 BW, is niet uitzonderlijk te noemen. Immers, ook op andere manieren – bijvoorbeeld door de uitoefening van het recht van reclame en verrekening in geval van faillissement – kan een feitelijke voorrang worden bewerkstelligd’.

In het aangehaalde arrest van 6 oktober 1998, NJ 1998, 896, overweegt de Hoge Raad verder dat het naar gelang van de omstandigheden van het geval jegens de boedel en/of de andere schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn dat het energiebedrijf de energietoevoer zou beëindigen.

Reikwijdte afkoelingsperiode

Het aangehaalde arrest is ook van belang voor het vaststellen van de reikwijdte van de zogenaamde afkoelingsperiode. Een afkoelingsperiode wordt ingesteld door de rechter-commissaris of door de rechtbank. De rechter-commissaris kan op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve bij schriftelijke beschikking bepalen dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op tot de boedel behorende goederen of tot opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden, voor een periode van ten hoogste één maand niet dan met zijn machtiging kan worden uitgeoefend. Deze periode kan door de rechter-commissaris éénmaal voor ten hoogste één maand verlengd worden (artikel 63a lid 1 Fw). In het arrest van oktober 1998 geeft de Hoge Raad aan dat de regel van artikel 63a betreft ‘[...] afgifte van goederen die aan derden toebehoren (bijvoorbeeld in geval van eigendomsvoorbehoud) of goederen ten aanzien waarvan derden enig recht hebben (bijvoorbeeld in geval van pandrecht, recht van reclame of recht van hypotheek)’.

Volgens de Hoge Raad strekt, gezien de wetsgeschiedenis, het in artikel 63a bepaalde ertoe ‘[...] te

voorkomen dat de curator wordt beroofd van bijvoorbeeld in verband met een mogelijke voortzetting of verkoop van het bedrijf van wezenlijk belang zijnde goederen in een periode waarin hij zich nog geen oordeel heeft kunnen vormen over de vraag ‘welke goederen hij in elk geval voor de boedel wil behouden’.

De hiervoor bedoelde goederen gaan in beginsel niet verloren, zodat de rechthebbenden hun bevoegdheden na het verstrijken van de afkoelingsperiode alsnog kunnen uitoefenen. Dat is naar zijn aard anders in het geval van de verbintenis van een nutsbedrijf om de schuldenaar van energie te voorzien. Dit een en ander brengt mee dat artikel 63a zich noch voor rechtstreekse noch voor analogische toepassing leent.

Kennelijk gaat de Hoge Raad ervan uit dat ‘energie’ een ‘goed’ in de zin van artikel 3:1 BW is. Dat is zij niet en ‘energie’ behoort ook niet als goed tot de boedel, noch valt zij onder de ‘macht’ van schuldenaar of curator. Verhaal en opeising ten aanzien van ‘energie’ zijn niet aan de orde. Ik meen dat uit het arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad de afkoelingsperiode van toepassing wil laten zijn op zaken die ‘in beginsel niet verloren’ gaan. Dit impliceert zaken die in beginsel door de curator worden bewaard en ten aanzien waarvan – na ommekomst van de periode – de bevoegdheid tot verhaal of opeising weer kan worden uitgeoefend. In deze benadering zouden goederen die verloren gaan zodra zij geleverd worden c.q. beschikbaar worden gesteld buiten de reikwijdte van de afkoelingsperiode vallen. Men denke aan genotsverschaffing door huur, lease, bruikleen of bewaargeving.

Indien de daarmee gemoeide zaken evenwel als bodemzaken zouden kunnen functioneren, zou naar haar ratio artikel 63a Fw wel van toepassing kunnen zijn. In de literatuur wordt aangenomen dat de belastingontvanger tijdens de afkoelingsperiode bodembeslag kan leggen. In dat geval kan de ontvanger zich, na ommekomst van de afkoelingsperiode, op die zaken verhalen, zulks met voorrang boven de derde die eigenaar van die zaak is. Vriesendorp (*TvI* 1998, p. 27 e.v.) heeft echter op goede grond verdedigd dat het uitoefenen van eigendomsrechten door de derde (eigendomsvoorbehoud; onbetaalde verkoper met recht van retentie; lessor) in samenhang met het ontbinden van de koop- of leaseovereenkomst resulteert in ‘reële eigendom’ in de zin van par. 5.4 Leidraad Invordering 1990. De derde kan dan ook tijdens de afkoelingsperiode een schriftelijke verklaring houdende ontbinding (artikel 6:267 BW) aan de curator zenden. Deze rechtshandeling richt zich niet op ‘verhaal’ noch op ‘opeising’. Van het ogenblik af dat de ontbindingsverklaring de curator heeft bereikt heeft

Afkoelingsperiode en rechten van derden

de derde 'reëel eigendom'; een nadien gelegd bodem-beslag door de ontvanger kan hem niet raken. In dat geval zal de Directeur der Rijksbelastingen, die in beroep oordeelt of de Leidraad Invordering 1990 juist is toegepast, moeten beslissen dat de fiscus het 'reële eigendom' van de derde heeft te respecteren.

Afkoelingsperiode creëert een rechtsverhouding van eigen aard

Binnen de rechtsverhouding, die door de ingestelde afkoelingsperiode ontstaat, geldt tussen de curator en elk der derden de inhoud van de beschikking waarbij de periode is ingesteld. Ten aanzien van de materiële onderlinge verhouding tussen de curator en de respectievelijke derden kent de Faillissementswet verder geen bijzondere bepalingen. In de beschikking kan de rechter-commissaris dienaangaande wel voorwaarden opnemen (artikel 63a lid 2). De beschikking schept derhalve een rechtsverhouding van eigen aard.

In de literatuur is in het bijzonder de vraag gerezen of de curator de goederen ten aanzien waarvan de afkoeling geldt al dan niet mag gebruiken, deze mag verbruiken dan wel deze al dan niet mag vervreemden. Uitgangspunt hierbij is in ieder geval 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 inzicht verricht, zie HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 727. De afkoelingsperiode verschaft hem rust om zich een oordeel te kunnen vormen over de vraag 'welke goederen hij in elk geval voor de boedel wil behouden', zie het citaat uit de parlementaire stukken, welke woorden door het eerder aangehaalde arrest van 16 oktober 1998 (NJ 1998, 896; JOR 1999, 17) worden aangehaald.

Met het oog op het verkrijgen van deze 'rust' worden bevoegdheden van derden voor een bepaalde periode geblokkeerd. In beginsel dient de curator gedurende de afkoelingsperiode de zaken te bewaren, want, zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 16 oktober 1998 overweegt, de *'[...] hiervoor bedoelde goederen gaan in beginsel niet verloren, zodat de rechthebbenden hun bevoegdheden na het verstrijken van de afkoelingsperiode alsnog kunnen uitoefenen.'*

De curator zal deze goederen in ongeschonden staat dienen terug te geven. Hieruit vloeit voort dat als regel de curator zal moeten nagaan of verzekering van die zaken noodzakelijk is respectievelijk of het doen bewaken ervan gewenst is.

De ratio van de afkoelingsperiode is dus niet om de curator een bevoegdheid tot gebruik, tot verbruik of tot vervreemding van zaken te verschaffen. Slechts

in uitzonderlijke omstandigheden zou ik een bevoegdheid tot gebruik, verbruik of vervreemding willen aannemen, in welke gevallen op voorhand door de curator moet worden vastgesteld dat het door de derde geleden nadeel (gebruiksvergoeding, rentederving, schade wegens verkoop door de curator) door de boedel kan worden vergoed. De ingestelde afkoelingsperiode sec kan niet betekenen dat de boedel immuun is voor een aanspraak op een vergoeding van schade van een derde. Bij het wegen van belangen, alvorens zijn beschikking te nemen, kan de rechter-commissaris zowel het belang van de boedel als het belang van de derde betrekken. Op hem rust bij toepassing van artikel 63a Fw een eigen rechtschepende taak, die naast zijn hoofdtaak van het houden van toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel (artikel 64 Fw) staat.

Gebruiksbevoegdheid en gebruiksvergoeding

Doordat de afkoelingsperiode bedoeld is om de curator in staat te stellen te beoordelen welke goederen hij, bijvoorbeeld in verband met de mogelijke voortzetting of de verkoop van het bedrijf, wil behouden, mag worden aangenomen dat de curator in verband met het vormen van dat afgewogen oordeel bevoegd is tot gebruik van die zaken (productiemiddelen, inventaris) waarop een derde (bijvoorbeeld een eigendomsvoorbehoud of de onbetaalde verkoper, die een recht van reclame heeft) aanspraak kan maken. Voortzetting of verkoop van het bedrijf impliceert voortgezet gebruik van zaken. In beginsel acht ik een gebruik van zaken (inventaris, machines, computers) geoorloofd, zolang (zie ook HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896; JOR 1999, 17) die zaken niet verloren gaan, zodat de rechthebbenden hun bevoegdheden na het verstrijken van de afkoelingsperiode alsnog kunnen uitoefenen.

Omtrent een mogelijke aanspraak of vergoeding, te voldoen door de curator aan die derde, bepaalt de Faillissementswet niets. Mogelijke gronden voor een dergelijke vergoeding zijn de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) of ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW).

Doordat zekerheidscrediteuren in hun verhaal worden geblokkeerd zullen zij voor de periode dat de afkoeling (inclusief een mogelijke verlenging) duurt hun vordering niet kunnen incasseren. Artikel 128 Fw geeft de mogelijkheid dat lopende renten pro memorie worden geverifieerd. Gederfde renten vallen daar niet onder. Een redelijke uitleg van de overeenkomst kan vergoeding van gederfde renten met

Afkoelingsperiode en rechten van derden

zich brengen. De rechter-commissaris zal, ook op dit punt, als voorwaarde bij de beschikking kunnen opleggen dat de boedel de rente die tijdens de afkoelingsperiode vervalt, vergoedt. Dit is bijvoorbeeld geschied door Rechtbank Amsterdam 18 maart 1994 (niet gepubliceerde beschikking inzake surseance Ravast). In deze zaak betrof het een beschikking tot verlenging van de afkoelingsperiode, onder de voorwaarde van rentevergoeding over de verlengingsperiode alsmede over de oorspronkelijke afkoelingsperiode, ten aanzien waarvan in de daaraan ten grondslag liggende beschikking geen voorwaarde tot rentevergoeding was opgenomen. In dit geval achtte de rechtbank zich terecht *'[...] vrij om, bij een afwijking van alle betrokken belangen, elke haar noodzakelijke voor komende voorwaarde aan die beslissing te verbinden'*.

Zoals eerder opgemerkt, veronderstelt artikel 63a dat de rechter-commissaris ten aanzien van een mogelijk gebruik van zaken en de daartegenover staande vergoeding verbintenisscheppend optreedt door het verbinden van voorwaarden aan de beschikking. Hij kan een vergoeding toekennen wegens waardeverlies wegens gebruik, welke alsdan een boedelvordering is, welke terstond dient te worden voldaan dan wel dient te worden betaald op een tijdstip als is bepaald in de voorwaarde bij de beschikking. De rechter-commissaris kan ook verplichten tot het stellen van vervangende zekerheid.

Verbruiksbevoegdheid; vervreemdingsbevoegdheid

Mag de curator de desbetreffende goederen (bijvoorbeeld voorraden) ook verbruiken respectievelijk mag hij deze zaken ook vervreemden? Ook hierover bepaalt de Faillissementswet niets. Een dergelijke bevoegdheid strijdt met het hoofdbeginsel van faillissement, het fixatiebeginsel: het beginsel dat door het intreden van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt, zie HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471. Dergelijke bevoegdheden zijn voorts niet verenigbaar met de kennelijke bedoeling van partijen. De mogelijkheid van verbruik of die van vervreemding dient te worden gezien in het licht van de aard en de inhoud van de tussen de schuldenaar en de geblokkeerde derde bestaande overeenkomst. Veelal zal daaruit voortvloeien dat de curator tot verbruik of vervreemding niet bevoegd is. De schuldenaar die onder eigendomsvoorbehoud zaken geleverd heeft gekregen, welke voor doorverkoop bestemd zijn, is in de regel bevoegd deze in het kader van de normale bedrijfsuitoefening te vervreemden. Deze bevoegdheid komt, meen ik, door

het faillissement te vervallen, doordat in dat geval niet meer van normale bedrijfsuitoefening kan worden gesproken. In de praktijk geschiedt wel anders. In het faillissement van een warenhuis (Ter Meulen, Rotterdam en Dordrecht) werd de handelsvoorraad tijdens de afkoelingsperiode aan het (winkelende) personeel verkocht, hoewel leveranciers terzake van de goederen eigendomsvoorbehouden hadden gemaakt. De Rotterdamse rechter-commissaris wijst de vordering van de leveranciers (eigenaren-verkopers) tot verbod tot verkoop af, mede om de reden dat de opbrengst werd gereserveerd voor deze leveranciers.

Vergoeding van schade

In het vaker aangehaalde arrest HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896; JOR 1999, 17, sluit de Hoge Raad verbruik of vervreemding van bedoelde zaken niet uit. Hij spreekt over de goederen die 'in beginsel' niet verloren gaan, zodat de rechthebbenden hun bevoegdheden na het verstrijken van de afkoelingsperiode alsnog kunnen uitoefenen. Ik zou een viertal gevallen willen onderscheiden:

- a de voorwaarden, die de rechter-commissaris aan de beschikking heeft verbonden, staan verbruik of vervreemding toe en leggen een verplichting op tot financiële genoegdoening van de derde;
- b de voorwaarden, die de rechter-commissaris aan de beschikking heeft verbonden, staan verbruik of vervreemding toe zonder dat de rechter-commissaris in de voorwaarden een regeling van de rechten van derden, die door het handelen van de curator schade ondervinden, heeft opgenomen respectievelijk deze voorwaarden de zich voordoende schade niet dekken;
- c het handelen van de curator wordt niet of onvoldoende door de beschikking, en de daaraan verbonden voorwaarden gedekt, maar het handelen is wel als zorgvuldige taakuitoefening door de curator te beschouwen;
- d het handelen van de curator wordt niet of onvoldoende door de beschikking, en de daaraan verbonden voorwaarden gedekt en dit handelen is evenmin aan te merken als zorgvuldige taakuitoefening door de curator.

Onafhankelijk van hetgeen uit de onderliggende contractuele rechtsverhouding zou kunnen voortvloeien, zou ik in deze gevallen de volgende benadering willen bepleiten:

- a voorzover het handelen van de curator jegens de derde onrechtmatig is verliest zij dat karakter doordat de beschikking een rechtvaardigingsgrond

Afkoelingsperiode en rechten van derden

betreft (artikel 6:162 lid 2 BW). In de afwegingen van de rechter-commissaris, welke tot de beschikking en de daaraan verbonden voorwaarden hebben geleid, ligt een afweging van de belangen van de boedel en de individuele belangen van de derde besloten. In beginsel is een aanvullende aanspraak van de derde (tot een hogere waardevergoeding, een hogere rente e.d.) uitgesloten;

- b ook in dit geval verliest het handelen van de curator jegens de derde haar onrechtmatig karakter aangezien de beschikking als een rechtvaardigingsgrond functioneert (artikel 6:162 lid 2 BW). Aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond impliceert echter niet dat nimmer schadevergoeding behoeft te worden betaald. Bij gebreke van een niet of onvoldoende uitgewerkte beschikking op het punt van bescherming van aanspraken van derden, zou een vergoedingsplicht kunnen bestaan, bijvoorbeeld gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW);
- c in dit geval acht ik een analogische toepassing van artikel 6:168 BW goed verdedigbaar. Deze komt erop neer dat het handelen van de curator voldoende door het daarmee gemoeide belang van de boedel wordt gedragen, temeer daar het steunt op zijn wettelijke taak (artikel 68 Fw). De derde heeft echter recht op vergoeding van schade (vergelijk artikel 168 lid 1, tweede zin BW). Deze behoeft evenwel niet een integrale schadevergoeding te zijn, doordat – nu de curator de zaak in zijn macht

heeft – artikel 6:101 lid 2 BW mitigerend kan werken;

- d in dit geval gelden de regels inzake de kwalitatieve respectievelijk persoonlijke aansprakelijkheid van de curator.

Tot zover mijn beschouwingen naar aanleiding van het arrest. In de zomer van 2000 is wetsvoorstel 27 244 ingediend, dat met een wijziging van de Faillissementswet beoogt de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement te bevorderen. Een van de dragende elementen in deze herziening is een voorstel om de afkoelingsperiode te verlengen van 2 naar 4 maanden. Daarnaast wordt in beginsel aan de curator/bewindvoerder een gebruiks-, verbruiks-, en vervreemdingsbevoegdheid toegekend. Het voorstel is vrij gedetailleerd. De wettelijke regeling van de afkoelingsperiode telt nu 1 artikel met 4 leden en dat wordt 4 artikelen met 15 leden. In de literatuur en vanuit de praktijk (in het bijzonder de Nederlandse vereniging van Banken) is kritiek geuit op de voorgestelde afkoelingsperiode. Het lijkt erop dat het gehele voorstel nog een lange weg te gaan heeft.

Prof. mr. B. Wessels is advocaat te Amsterdam en partner bij Holland van Gijzen Advocaten en Notarissen. Tevens is hij hoogleraar burgerlijk recht en handelsrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam.