

Reactie op ‘Eigendomsvoorbehoud en afkoelingsperiode: de ETAM-casus’

mr. M.J.H. Vermeeren en mr. F.Th.P. van Voorst¹

Met veel interesse lezen wij de annotatie van mr. J. Wind bij het vonnis van 20 april 2016 van de Rechtbank Den Haag in het vierde nummer van 2016 van dit tijdschrift. Het vonnis (ECLI: NL: RBDHA: 2016: 9398) is net als het herstellvonnis (ECLI: NL: RBDHA: 2016: 12659) inmiddels gepubliceerd op rechtspraak.nl. Graag maken wij van de mogelijkheid gebruik om op persoonlijke titel een paar opmerkingen bij de noot van mr. Wind te plaatsen. De Rechtbank Den Haag oordeelt dat in het algemeen wordt aangenomen dat de curator tijdens de afkoelingsperiode eigendommen van derden mag vervreemden in geval sprake is van zwaarwegende belangen die prevaleren boven de belangen van individuele schuldeisers/eigenaren.² Hoewel wij Wind kunnen volgen in zijn standpunt dat de rechtbank deze vervreemdingsbevoegdheid te ruim lijkt te hebben geformuleerd³, sluiten wij ons aan bij Kortmann⁴ ten aanzien van deze vervreemdingsbevoegdheid. Uit de strekking van de afkoelingsperiode dient voort te vloeien dat de curator de bevoegdheid tot verbruik en vervreemding heeft. Het is voor de betrokken eigenaar dan zaak om onmiddellijk bij aanvang van het faillissement afspraken met de curator te maken omtrent een betaling/zekerheidstelling voor verbruik of vervreemding, dan wel de rechter-commissaris te verzoeken om aan de afkoelingsperiode te zijnen aanzien voorwaarden te verbinden, met de strekking dat de schade van de betreffende leverancier zal worden vergoed. Een alternatief kan zijn dat curatoren en leveranciers gezamenlijk afspraken maken. Wij benadrukken in dit kader dat het in algemene zin tegenwoordig de (economische) realiteit is dat curatoren in het belang van elke betrokkene bij een

faillissement het bedrijf van de gefailleerde tijdelijk kunnen voortzetten. In de praktijk wordt de afkoelingsperiode dus niet (alleen) gebruikt als inventarisatiefase, maar vooral (ook) als een middel om de onderneming tijdelijk voort te zetten en de onderneming te kunnen verkopen door middel van een activatransactie. Het is goed dat de Rechtbank Den Haag dat in dit geval heeft onderkend.

In de kern heeft de Rechtbank Den Haag geoordeeld dat de curatoren van Etam niet onrechtmatig hebben gehandeld door het enkel voortzetten van de verkoop.⁵ Bij dit handelen dienen dan wel de rechten van de eigenaren van de aldus verkochte goederen te worden gewaarborgd.⁶ Indien aan hen geen toereikende vergoeding wordt betaald, dan acht de Rechtbank Den Haag deze handelswijze alsnog onrechtmatig.⁷ Uit praktische overwegingen hebben wij in het faillissement van Etam aan alle leveranciers een vergoeding 70% van de kostprijswaarde⁸ aangeboden. Dit aanbod is met uitzondering van twee leveranciers door elke leverancier aanvaard. Om te bepalen welke vergoeding toereikend is, moeten naar onze mening de twee hoedanigheden van een leverancier met een eigendomsvoorbehoud goed uit elkaar worden gehouden. Enerzijds is deze leverancier schuldeiser in het faillissement met betrekking tot de door de failliete schuldenaar niet betaalde facturen. Dit is een zuivere verbintenrechtelijke aanspraak van deze leverancier. Zijn vorderingen dient hij ter verificatie in het faillissement in te dienen. Anderzijds is deze leverancier de eigenaar van de onder het eigendomsvoorbehoud⁹ geleverde en niet betaalde goederen. Dit is een goe-

1. Martijn Vermeeren en Pierre van Voorst zijn als curatoren aangesteld in de faillissementen van Etam Groep Retail B.V. en Etam Groep Holding B.V. Martijn Vermeeren is advocaat en partner bij Buren in Den Haag. Pierre van Voorst is advocaat en partner bij Hoens & Souren in Zoetermeer.

2. R.o. 4.3.

3. J. Wind, ‘Eigendomsvoorbehoud en afkoelingsperiode: de ETAM-casus’, *TvCu* 2016, p. 153

4. 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 Wilink 1994, p.153 e.v.

5. R.o. 4.4.

6. R.o. 4.5.

7. Uit r.o. 4.16 kan worden afgeleid dat de vordering van Stitch c.s. op de grondslag van de onrechtmatige daad is toegewezen.

8. Etam administreerde haar voorraad op kostprijsbasis. De kostprijs ligt enkele procenten hoger dan de inkoopprijs. Dat komt omdat in de kostprijs van een kledingstuk tevens de indirecte kosten, zoals verzekeringskosten en kosten van invoer, zijn verwerkt.

9. Stitch c.s. beschikten overigens over een enkelvoudig eigendomsvoorbehoud. De eigendom van de geleverde kleding werd voorbehouden tot het moment dat de specifieke op die levering betrekking hebbende factuur werd voldaan.

derenrechtelijke aanspraak van deze leverancier.¹⁰ Indien er geen afkoelingsperiode zou zijn, kan deze leverancier als eigenaar zijn goederen revindiceren. Deze goederen maken immers geen onderdeel uit van de faillissementsboedel.

In het geval er wel een afkoelingsperiode is ingesteld en de curator vervreemdt onder een eigendomsvoorbehoud geleverde goederen, dan staat naar Nederlands recht centraal dat de betreffende eigenaar van de verkochte goederen schadeloos wordt gesteld voor het verlies van zijn eigendomsrecht.¹¹ Wij menen dat dan ook moet worden gekeken naar de daadwerkelijk geleden schade. Hoewel wij ons op het standpunt stellen dat de schade niet door de rechter op de voet van art. 6:97 BW had moeten worden geschat, onderschrijven wij het oordeel van de rechter en zijn wij het niet eens met de stelling van Wind¹² dat dit uitgangspunt te beperkt is. De rechtbank heeft terecht niet de verkoopprijs als uitgangspunt gehanteerd en heeft terecht geen rekening gehouden met de hogere transactieprijs van de doorstart.

Nog los van het feit dat ook de boedel kosten en moeite heeft gestoken in het realiseren van een doorstart (betalen verzekeringspenningen, salaris personeel, huur winkelruimte), moet de betreffende leverancier enkel schadeloos worden gesteld voor het verlies van zijn eigendomsrecht. Niets meer en niets minder. Er moet uitdrukkelijk niet worden gekeken naar de (eventuele) verrijking van de boedel. Door een koppeling te maken met de factuurwaarde of de inkoopprijs wordt naar onze mening ten onrechte de verbintenisrechtelijke aanspraak van de leverancier erbij gehaald, terwijl alleen naar de waarde van het (verlies van het) eigendomsrecht moet worden gekeken. Terecht is dus de hypothetische vergelijking gemaakt tussen werkelijke situatie waarbij de goederen zijn doorverkocht en de situatie waarbij de leverancier de betreffende (verkochte) kleding had kunnen terughalen. Niet alleen speelt daarbij de waarde van de betreffende goederen op dat moment een rol, ook moeten de kosten voor deze leverancier worden ingecalculeerd om de goederen terug te halen en weer gereed te maken voor wederverkoop. Daarbij geldt natuurlijk dat voor zover de leverancier haar vordering niet volledig krijgt voldaan door 'uitwinning' van zijn eigendomsvoorbehoud, deze leverancier zijn restantvordering gewoon in het faillissement kan indienen. Wat dat betreft, geldt de paritas ook voor deze leverancier. Overigens is de Rechtbank Den Haag bij haar schatting van de schade uitgegaan van de inkoopwaarde minus een redelijke vergoeding voor de kosten die gemoeid zouden zijn geweest met het ophalen van de kleding. Je zou in deze casus ook kunnen stellen dat de inkoopwaarde

al teveel is. De kleding was voorzien van het merk 'Etam' waardoor de zaken voor de leveranciers onverkoopbaar werden of ze moesten de merknaam eruit halen hetgeen veel geld zou hebben gekost. De waarde zal derhalve dichterbij de waarde van een 'poetsdoek' dan bij de inkoopwaarde van de betreffende merkkleding liggen.

Tot slot nog het volgende. Wind stelt dat de schade van de leverancier gelijk is aan zijn vordering, inclusief btw. In de procedure heeft de betreffende leverancier inderdaad gevorderd de te betalen bedragen te vermeerderen met btw. Gelet op hetgeen wij hierboven betogen, gaat dit zo niet goed. Op deze wijze wordt het verbintenisrechtelijke traject gevolgd (met een focus op de niet betaalde facturen), terwijl nu juist moet worden gekeken naar de waarde van het verlies van het eigendomsrecht. Door – via een akte van eiswijziging – expliciet te vragen om de reeds gevorderde bedragen te vermeerderen met btw, heeft de betreffende leverancier de rechter de kans gegeven deze btw-vordering af te wijzen. Wat vergoed moet worden aan de betreffende leverancier is de waarde van het verlies van het eigendomsrecht. Daar zit geen btw bij.

10. Grosso modo geldt hetzelfde voor het recht van reclame.

11. E.F. Verheul, 'Perikelen rond de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in faillissement', *TvI* 2016, 19.

12. J. Wind, 'Eigendomsvoorbehoud en afkoelingsperiode: de ETAM-casus', *TvCu* 2016, p. 155.