

BESLECHTE GESCHILLEN

TOELAATBAARHEID TEGENOVER ANDERE SCHULDEISERS VAN FIDUCIAIRE OVERDRACHT VAN ALLE ACTIVA VAN DE SCHULDENAAR AAN EEN BEPAALDE SCHULDEISER

door Prof. Mr. J. H. Beekhuis

Sinds de HR bij arr. van 25 jan. 1929, NJ 29, 616 (brouwerijarrest) de eigendomsoverdracht tot zekerheid heeft erkend, is deze in ons recht een steeds groter plaats gaan innemen. Terwijl zij oorspronkelijk is uitgedacht voor roerende lichamelijke zaken ten einde aan de in art. 1198 B.W. voor in pandgeving gestelde eis, dat de betreffende zaken buiten de macht van de schuldenaar moeten worden gebracht, te ontkomen, is zij later uitgebreid tot andere goederen en rechten, zoals vorderingen, die bij voorkeur aan de schuldeiser worden gecedeerd in plaats van in pand gegeven. Bovendien pleegt men zich bij de overdracht niet te beperken tot bepaalde goederen, die van te voren in een akte nauwkeurig zijn aangegeven, maar veelal wordt door de schuldeiser van de debiteur verlangd, dat hij zonder enige restrictie alle tegenwoordige en toekomstige goederen en rechten aan hem overdraagt. De rechtsgeldigheid van dergelijke overdrachten kan zeer zeker in twijfel worden getrokken: betreffen zij mede toekomstige vorderingen, dan zijn zij in strijd met de leer van de HR, volgens welke toekomstige vorderingen in beginsel niet voor overdracht vatbaar zijn (HR 29 dec. 1933, NJ 34, 343, waarover Asser-Beekhuis, Zakenrecht blz. 179). Overigens is voor overdracht steeds vereist een zekere bepaaldheid of bepaalbaarheid van het object, waarop zij betrekking heeft (Asser-Beekhuis, blz. 153) en het is zeer twijfelachtig, of algemene overdrachten, zoals hierboven bedoeld, met dit vereiste in overeenstemming zijn te brengen. Wat dit laatste punt betreft neemt onze rechtspraak echter tot dusver een liberaal standpunt in (zie behalve de in Asser-Beekhuis vermelde jurisprudentie laatstelijk Hof Amsterdam 13 maart 1958, NJ 58, 241, waarin werd beslist, dat de overgedragen goederen voldoende bepaald waren, nu de akte ze had begrensd zowel naar de aard als naar de plaats, waar zij zich zouden bevinden). Deze tolerantie is ongetwijfeld mede ingegeven door het motief, dat het credietwezen in ons land voor een groot deel op transacties als de genoemde is ingesteld.

Het ligt echter voor de hand, dat dergelijke algemene overdrachten zeer nadelig kunnen werken voor schuldeisers, die er buiten staan, en de vraag rijst, welke middelen hun ten dienste staan om er tegen op te komen. Deze vraag vormde de inzet van de procedure, die geëindigd is met het hierboven vermelde arrest van de HR. In het onderhavige geval had een bekende en als solide bekend staande textielzaak (de NV de Vries en van Buuren) als bankrelatie de Amsterdamsche Bank en zij genoot daarbij een aanzienlijk bankcrediet, dat in september 1951 was opgelopen tot bijna 4 miljoen gulden. Tengevolge van de grote inkopen tijdens de Korea-hausse en de daarop volgende crisis in de textielnijverheid geraakte zij echter in ernstige moeilijkheden. Dit was voor de Amsterdamsche Bank (verder de Bank te noemen) aanleiding haar een brief te schrijven, inhoudende, dat de Bank het verleende crediet zou intrekken, tenzij de textielzaak aan o.a. de navolgende voorwaarden zou voldoen:

- 1e. cessie aan de Bank van alle vorderingen op afnemers, zowel bestaande als toekomstige;

2e. fiduciaire eigendomsoverdracht van alle goederen, die de textielzaak onder zich had, of nog onder zich zou krijgen.

Teneinde het hoofd boven water te kunnen houden besloot de textielzaak aan deze voorwaarden te voldoen, welke voorwaarden nog eens nader werden vastgelegd en uitgebreid bij een schrijven van de Bank van 6 febr. 1952.

De textielzaak is daarna drijvende gebleven tot mei 1953, in welke maand de grote leveranciers wegens wanbetaling de door hen geleverde goederen van de textielzaak teruggeisten op grond van een door hen gemaakt eigendomsvoorbehoud. Dit had tot gevolg, dat de Bank alle betalingen ten behoeve van de textielzaak stopzette, waarna een van de crediteuren (de naamloze vennootschap volgens Italiaans recht Erba, verder Erba te noemen) het faillissement van de textielzaak aanvraagde. Hierop werd aan de textielzaak surséance van betaling verleend, welke in oktober 1954 eindigde door de homologatie van een accoord (art. 252 e.v. Fw.).

Intussen was Erba door deze gang van zaken in hoge mate de dupe geworden. Zij had na de transactie tussen de textielzaak en de Bank nog belangrijke voorraden aan eerstgenoemde verkocht en geleverd en had verzuimd daarbij een eigendomsvoorbehoud te maken, en eveneens om tijdig gebruik te maken van het recht van reclame. Dit had tengevolge, dat zij enerzijds de door haar geleverde goederen kwijt was, terwijl zij anderzijds voor de betaling van de aan haar verschuldigde koopprijzen (tot een bedrag van ± f 57.000) was aangewezen op het percentage, dat bij het accoord was vastgesteld.

Zij sprak hierop de Bank aan tot schadevergoeding ter zake van een tegenover haar gepleegde onrechtmatige daad. Deze onrechtmatige daad zou dan hierin hebben bestaan, dat de Bank, die volkomen op de hoogte was van de financiële situatie van de textielzaak, niettemin met deze een credietovereenkomst had aangegaan, waarbij haar alle activa van de debitrice tot zekerheid van de betaling van haar vorderingen werden overgedragen, en deze overeenkomst voor derden geheim had gehouden met het gevolg, dat de textielzaak tegenover derden de schijn van zelfstandigheid en credietwaardigheid behield. Door deze beweerde onrechtmatige daad had Erba schade geleden, doordat zij aan de textielzaak goederen was blijven leveren, hetgeen anders niet zou zijn geschied. Een bijkomende omstandigheid ter bepaling van de onrechtmatigheid van het optreden van de Bank was volgens Erba nog, dat de textielzaak ongeveer twee derde gedeelte van de geleverde goederen had willen teruggeven, maar de Bank haar toestemming tot die teruggave had geweigerd. Op grond van dit alles vorderde Erba primair betaling van f 57.074,01, subsidiair schadevergoeding op te maken bij staat (art. 612 e.v.Rv.).

Het Hof achtte de ingestelde vordering niet ontvankelijk, omdat Erba op grond van de gestelde feiten ten hoogste een actio Pauliana tot vernietiging van de overeenkomst tussen de Bank en de textielzaak had kunnen instellen (art. 1377) en deze mogelijkheid naar het oordeel van het Hof de toepasselijkheid van art. 1401 uitsloot. Tegen deze beslissing kwam Erba in cassatie, zodat de HR (naar mijn weten voor de eerste maal) voor de principiële vraag kwam te staan, welke de verhouding is tussen de actio Pauliana en de vordering uit onrechtmatige daad. De stelling, die het Hof verkondigd had, was deze, dat een crediteur, indien zijn debiteur door een overeenkomst met een andere crediteur de paritas creditorum heeft verstoord, de vordering uit onrechtmatige daad alleen dan kan instellen, indien eerstgenoemde crediteur aan zijn mede-crediteur een gedraging kan ver-

wijten, die ook afgezien van de versterking van de *paritas creditorum* een onrechtmatige daad zou opleveren. Het Hof paste hier hetzelfde criterium toe, dat de HR gebruikt bij de onderscheiding tussen de vordering uit onrechtmatige daad en die uit wanprestatie. Wanneer een schuldenaar in strijd handelt met een door hem gesloten overeenkomst, heeft de schuldeiser in beginsel slechts de vordering uit wanprestatie, tenzij de gedraging van de schuldenaar ook afgezien van het gesloten contract een onrechtmatig karakter zou hebben gedragen. Zie laatstelijk HR 9 dec. 1955, NJ 56, 157; Asser-Rutten II, blz. 480. Op gelijke wijze zou men kunnen aannemen, dat een derde, die met een schuldenaar een overeenkomst sluit, waardoor diens schuldeisers worden benadeeld, alleen dan uit art. 1401 kan worden aangesproken, wanneer afgezien van de elementen, die nodig zijn voor de toepassing van art. 1377, nog een gedraging van deze derde valt aan te wijzen, die zijn optreden tegenover de schuldeisers onrechtmatig maakt. In deze opvatting dient men art. 1377 als een *lex specialis* te beschouwen, die in beginsel toepassing van art. 1401 uitsluit.

Dat men echter niet te gauw mag aannemen, dat een speciale wettelijke regeling toepassing van een meer algemene bepaling uitsluit, blijkt uit HR 16 dec. 1932, NJ 33, 458. In casu ging het over de vraag, of de bijzondere regeling, die de wet geeft voor het geval bij het tot standkomen van een overeenkomst bedrog is gepleegd (art. 1364 jo. 1488 en 1489), uitsluit, dat de bedrogen partij tegen de bedrieger met instandhouding van het contract een actie tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad instelt. De HR beantwoordde in overeenstemming met de Franse jurisprudentie deze vraag ontkennend. Zie in dit verband ook HR 16 nov. 1956, NJ 57, 619 en over samenloop van vorderingen in het algemeen de noten in de NJ van Rutten en Veegens onder het thans besproken arrest en dat van 16 nov. 1956.

Wat nu de verhouding tussen de actie uit art. 1401 en die uit art. 1377 betreft heeft de HR in het onderhavige geval een oplossing gekozen, die afwijkt van die van het Hof. Nu art. 1377 noch voorschrijft, noch onvermijdelijk meebrengt, dat een actie tot schadevergoeding uit art. 1401 tegen de derde, die meewerkt tot de handeling, waardoor de schuldeisers benadeeld worden, is uitgesloten, dient men naar het oordeel van de HR aan te nemen, dat beide vorderingen los van elkaar staan. M.a.w. de HR past hier dezelfde leer toe als in het geval van bedrog.

M.i. is deze leer niet in alle opzichten onbedenklijk. Zij leidt ertoe, dat de schuldeiser, die tot de ontdekking komt, dat zijn schuldenaar met een derde een overeenkomst heeft gesloten, die ingevolge art. 1377 aan nietigverklaring bloot staat, inplaats van de nietigheid van de overeenkomst in te roepen de derde kan aanspreken tot betaling van een geldsom als schadevergoeding. Maar wat blijft er bij deze leer over van het vereiste van wetenschap van benadeling, dat voor de *Pauliana* aanwezig moet zijn, gezien het feit, dat voor een actie uit art. 1401 schuld van de derde voldoende is? Bovendien: hoe gaat het in geval van faillissement van de schuldenaar? Zou aan de schuldeisers ook in dat geval een rechtstreekse vordering tot schadevergoeding tegen de derde toekomen, zodat zij niet zouden behoeven af te wachten, of de curator bereid is de faillissement-*Pauliana* (art. 42 e.v. Fw.) in te stellen, waarvan de opbrengst in de failliete boedel valt en dus moet delen in de faillissementskosten? Tenslotte: zou de derde ook na verloop van de in art. 1490 genoemde termijn van 5 jaar nog uit onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken (zie het arrest van 16 nov. 1956, hierboven genoemd)? Al deze vragen zullen op een nadere beantwoording moeten wachten. Zij tonen echter aan, dat een volstrekte onafhankelijkheid

van beide vorderingen tot zeer vreemde resultaten zou leiden.

Naar aanleiding van de beslissing van de HR valt nog op te merken, dat de HR het arrest van het Hof ook nog op een geheel andere grond had kunnen vernietigen. Het cassatiemiddel had nl. reeds hierom moeten opgaan, omdat Erba aan de Bank een aantal handelingen verweet, die - hoewel samenhangend met de overeenkomst, waarbij de goederen en rechten van de textielzaak fiduciair aan de Bank waren overgedragen - toch geheel op zichzelf stonden, en wel vooral het verzwijgen tegenover de relaties van de debitrice van de toestand, waarin deze verkeerde, waardoor Erba ertoe gekomen was goederen aan de textielzaak te leveren zonder op contante betaling aan te dringen. Art. 1377 had in het onderhavige geval alleen maar baat kunnen brengen, wanneer de overdracht als zodanig op grond van voormeld artikel aantastbaar was. Het is nu zeer twijfelachtig, of Erba erin zou kunnen slagen te bewijzen, dat de Bank reeds tijdens de overdracht de wetenschap van benadeling had. Het is zelfs niet ondenkbaar, dat de overeenkomst tussen Bank en textielzaak in casu uiteindelijk ten voordele van de concurrente schuldeisers strekte (nl. wanneer het deficit van de textielzaak in 1951 nog groter zou zijn geweest dan in 1953). Ook in dat geval zou echter Erba van het optreden van de Bank de dupe zijn geworden, al zouden de schuldeisers in het algemeen in dat geval bij het accoord een hoger percentage ontvangen hebben dan zij zonder de overeenkomst tussen de Bank en de textielzaak zouden hebben gekregen.

Hieruit blijkt dus, dat van een werkelijke samenloop van de actie uit art. 1377 met die uit onrechtmatige daad in het onderhavige geval geen sprake was.

Intussen kreeg de HR, doordat het College zich niet kon verenigen met het oordeel van het Hof over de verhouding tussen art. 1377 en 1401, de gelegenheid zich uit te spreken over de voor de praktijk van het rechtsleven uiterst belangrijke vraag, of een schuldeiser, die een schuldenaar beweegt zijn tegenwoordige en toekomstige goederen aan hem over te dragen tot zekerheid van een schuld, zich hierdoor schuldig kan maken aan een onrechtmatige daad tegenover andere schuldeisers. Gelijk Meijers reeds in 1936 in zijn bekend praeadvies over de eigendomsoverdracht tot zekerheid heeft opgemerkt, is aan deze vraag in de Duitse rechtspraak en doctrine veel aandacht gewijd. Men zie hierover de Grooth, W. P. N. R. 4446/47, Czapski, N.J.B. 1953, 877. Ook in Duitsland wordt overdracht tot zekerheid van de gehele handelsvoorraad, met inbegrip van de goederen, die daaraan later zullen worden toegevoegd, toegelaten. Aan de andere kant is men in dat land van mening, dat dergelijke overeenkomsten onder bepaalde omstandigheden nietig kunnen zijn wegens strijd met de goede zeden (§ 138 BGB), terwijl de crediteur, die ze heeft afgesloten, uit onrechtmatige daad kan worden aangesproken door de andere crediteuren, die erdoor benadeeld zijn, indien aangenomen kan worden dat de schade „vorsätzlich” is veroorzaakt (§ 826 BGB). Op het voetspoor van het Reichsgericht rangschikt Meijers de gevallen, waarin laatstgenoemde mogelijkheid bestaat, in 5 rubrieken:

- a. Wanneer de schuldeiser, die zich deze vorm van zekerheid heeft bedongen, de schuldenaar zodanig in zijn bewegingsvrijheid beperkt, dat zijn zaak uiteindelijk ten nadele van de andere schuldeisers te gronde gaat (Aussaugung of Knebelung).
- b. Wanneer de schuldeiser weet, dat de finantiële hulp, die hij aan de schuldenaar verleent, onvoldoende is, en hij geacht moet worden enkel

- gehandeld te hebben om zichzelf veilig te stellen (Konkursverschlep-pung).
- c. Wanneer de overdracht tengevolge heeft, dat de onderneming van de schuldenaar slechts schijnbaar een zelfstandig bestaan voert, terwijl de schuldenaar in wezen handelt als stroman van de schuldeiser (Stille Geschäftsinhaberschaft).
 - d. Wanneer de schuldeiser derden onder verzwijging van de overdracht weet te bewegen een nieuw crediet aan de schuldenaar te geven (Kredit-betrug).
 - e. Wanneer de bedongen zekerheid geheim is gehouden en de schuldeiser heeft voorzien, dat latere schuldeisers er de dupe van zouden kunnen worden, maar dit gevaar op de koop toe heeft genomen (Gläubiger-gefährdung)¹).

Door deze rechtspraak is de mogelijkheid van een algemene eigendoms-overdracht tot zekerheid aanzienlijk beperkt. De Grooth wijst er op, dat als gevolg hiervan grote onrust en onzekerheid in de praktijk van het crediet-wezen is ontstaan, hetgeen - evenals in ons land - geleid heeft tot de roep om een wettelijke regeling van het bezitloos pandrecht met mogelijkheid van publicatie. Het is echter m.i. de vraag, of de nadelen, die aan het registerpandrecht vastzitten, (administratieve rompslomp, publicatie van het feit, dat de schuldenaar crediet nodig heeft, moeilijkheden in verband met rechten van derden) niet nog groter zijn dan die van de eigendoms-overdracht tot zekerheid. Men verg. hierover de literatuur, vermeld bij Asser-Beekhuis, blz. 331/332, vooral i.v.m. de regeling in het Ontwerp B.W. 2).

Wanneer wij nu het hierboven vermelde geval bezien in het licht van de Duitse jurisprudentie, dan blijkt het, dat wij met een duidelijk geval van „Gläubigergefährdung” te maken hebben. De Amsterdamse Bank had de credietovereenkomst geheim gehouden, terwijl zij had kunnen weten, dat latere schuldeisers als gevolg van het verleende crediet een te gunstige voorstelling zouden krijgen van de credietwaardigheid van de Vries en van Buuren. Hier stond echter tegenover, dat Erba op een gemakkelijke wijze voor haar eigen belangen had kunnen waken, bv. door een eigendoms-voorbehoud te maken t.a.v. de te leveren goederen of door tijdig gebruik te

¹) Volgens het Reichsgericht is het voor een beroep op nietigheid van de overeenkomst (anders dan bij een actie uit onrechtmatige daad) echter niet noodzakelijk, dat de schuldeiser, die zich de goederen van zijn schuldenaar in eigendom doet overdragen, zich ervan bewust is, dat andere schuldeisers benadeeld kunnen worden. Zie R.G. 9 juli 1953 N.J.W. 1953, 1665 en de Grooth, W.P.N.R. 4447. Betreft het evenwel een saneringspoging, dan kan de overdracht geldig zijn, indien vóór de overdracht een neutrale deskundige is geraadpleegd en deze de saneringspoging als gerechtvaardigd heeft beschouwd.

²) Het Ontwerp B.W. kent behalve het z.g. register-pandrecht ook een vorm van bezitloos pandrecht op de tot een onderneming behorende roerende goederen, dat niet gepubliceerd wordt, echter alleen voor vorderingen wegens aan de pandgever ten behoeve van zijn bedrijf geleverde goederen of verstrekte geldsommen (3.9.2.2). Dit pandrecht levert evenwel voor de schuldeiser al heel weinig waarborgen op, doordat het achterstaat bij andere pandrechten, zelfs indien later gevestigd, voorzover de latere pandhouders het niet kennen of behoorden te kennen, en eveneens bij vorderingen, die bepaaldelijk op de verpande zaak zijn bevoorrecht (bv. het voorrecht van de verkoper of de verhuurder). Het valt daarom niet te verwachten, dat er in de praktijk veel gebruik van gemaakt zal worden. Wat het registerpandrecht betreft, ook dit is beperkt tot roerende zaken, die tot een onderneming behoren (3.9.1). Roerende zaken, die voor een landbouwbedrijf bestemd zijn, vallen er buiten; eveneens roerende zaken, die nodig zijn voor de uitoefening van een bepaald beroep (men denke aan een tandarts- of doktersinventaris). Bij afschaffing van de mogelijkheid van eigendomsoverdracht tot zekerheid zal er dus zonder twijfel in de praktijk een grote lacune ontstaan.

maken van het recht van reclame. Deze beide zienswijzen hebben uiteindelijk de beslissing van de HR bepaald. Enerzijds overweegt het College, dat de wijze waarop en de mate waarin een credietgever zich goederen tot zekerheid doet overdragen, gelet op de verdere omstandigheden van het geval, *kunnen* meebrengen, dat de credietgever - zo hij al niet de gegeven crediettransactie zelve had behoren na te laten - bij de uitvoering daarvan met de belangen van derden in zekere mate rekening zal moeten houden of doen houden, en zo hij dit nalaat, uit onrechtmatige daad tegenover hen aansprakelijk zal *kunnen* zijn. De HR leidt hieruit af, dat de credietgever onder bepaalde omstandigheden verplicht zal kunnen zijn nieuwe leveranciers te waarschuwen of althans de debiteur in de gelegenheid te stellen hun te betalen of de geleverde goederen aan hen terug te geven. Hierdoor wordt dan voorkomen, dat de oude crediteur ten koste van nieuwe leveranciers wordt voldaan, doordat hij niet slechts de door de debiteur bij verkoop van de geleverde goederen gemaakte winst verwerft, maar mede de inkoopwaarde dan wel de eigendom van de geleverde doch onbetaald gebleven goederen zelf. De HR hecht m.a.w. bijzondere betekenis aan het element van de ongerechtvaardigde verrijking van de oude crediteur ten koste van de latere leveranciers. Maar aan de andere kant is het College van oordeel, dat van deze laatsten een zekere diligentie verwacht mag worden bij het waken voor eigen belangen en met name van hen verwacht mag worden, dat zij tegenover de schuldenaar niet stilzitten, wanneer de betaling niet vlot verloopt, en niet hun risico door het doen van nieuwe leveranties nodeloos vergroten. Doen zij dit toch, dat bestaat de mogelijkheid, dat de door hen geleden schade aan eigen schuld te wijten is.

Tot een definitieve beslissing is de HR in het onderhavige geval niet kunnen komen, omdat het College van oordeel was, dat naar zekere stellingen van beide partijen nog een nader feitelijk onderzoek moest worden ingesteld. De zaak is dus terug verwezen naar het Hof, dat aan de hand van de door de HR gegeven richtlijnen thans uitspraak zal moeten doen. Dit brengt mee, dat ik mij voorlopig van een bespreking van de stellingen van de HR moet onthouden. De enorme betekenis, die het thans gewezen arrest heeft voor het gehele bedrijfsleven, maakte het echter m.i. noodzakelijk de lezers van dit blad van de daarin voorkomende stellingen niet onkundig te laten.