

Meer faillissementen in 2009 10-19

De groei in het totaal aantal faillissementen in Nederland voor 2009 staat nu op 68%. Het lijkt zelfs op te lopen naar een stijging van ruim 70% ten opzichte van 2008. Dit blijkt uit onderzoek door Dun & Bradstreet (D&B). Vooral de bouw, industrie en (financiële) dienstverlening hebben het zwaar gehad dit jaar. In deze sectoren liep de groei in het aantal faillissementen op met 87 tot 105% in vergelijking met 2008. Toen gingen er in totaal 4.190 Nederlandse bedrijven failliet, in 2009 zijn dit er 7.045. De sterkste toename was te zien in de maand mei, in deze maand steeg het aantal faillissementen met 121% ten opzichte van dezelfde maand in 2008. Voorlopig ziet het er naar uit dat december de maand met de lichtste stijging zal worden, dit in lijn met de reeds in september ingezette daling van de groei.

Volgens de onderzoekers is het opvallend dat in 2009 veel grote ondernemingen failliet gingen. Te denken valt o.a. aan: DSB, autobedrijf Kroymans en the Entertainment Group. De teloorgang van deze bedrijven kan echter niet geheel op het conto van de financiële- en economische crises worden geschreven. Soms spelen ook andere factoren, waaronder mismanagement, een belangrijke rol bij de ondergang van deze ondernemingen.

Bron: D&B



ONDERNEMINGSRECHT

Onverplichte rechtshandeling 10-20

Op 22 december 2009 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in de zaak tussen de curator van L.G. Hendriks Beheer Cuijk BV ('Hendriks Beheer') en de ABN AMRO Bank N.V. ('de bank'). Het is al weer de 10e uitspraak in deze zaak. Ook deze keer heeft de Hoge Raad ten nadele van de bank uitspraak gedaan en het beroep van de curator op de actio Pauliana toegewezen.

Feiten

Het geschil vindt zijn grondslag in een kredietverlening door de bank in 1991 aan een groep ondernemingen waar Hendriks Beheer deel van uitmaakte. De bank verstrekte destijds een krediet van 8 miljoen gulden, waarbij de bank een aantal zekerheden bedong. Vervolgens raakte de groep in augustus 1993 in liquiditeitsproblemen en werd na uitgebreid overleg met de bank in november een aanvullend krediet door de bank verstrekt ter hoogte van 1 miljoen gulden. Dit aanvullende krediet werd verleend onder de voorwaarde dat Hendriks Beheer aanvullende zekerheid zou verstrekken door middel van een drietal hypotheek op evenzoveel onroerende zaken van Hendriks Beheer. Ondanks het extra krediet kon een faillissement van Hendriks Beheer niet worden voorkomen. Op 13 december 1993 viel het doek voor

Hendriks Beheer en haar groep van vennootschappen. Toen de bank vervolgens in het faillissement haar hypotheekrecht wenste uit te oefenen stak de curator daar een stokje voor met een beroep op de zogenaamde actio Pauliana.

Onverplichte rechtshandeling

Die actio Pauliana stelt de curator in staat rechtshandelingen ongedaan te maken, die de gefailleerde voor faillissement heeft verricht én voor de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde nadelig zijn. Een goed voorbeeld van een onverplichte rechtshandeling is een schenking, maar ook de betaling van een niet-opeisbare schuld kan als onverplicht worden aangemerkt. In deze zaak had het Gerechtshof Arnhem uitgemaakt dat sprake was van een onverplicht verrichte rechtshandeling (de overeenkomst van 5 november 1993 strekkend tot vestiging van een hypotheekrecht). Dit heeft de Hoge Raad in zijn arrest in stand gelaten.

Voor een succesvol beroep op de actio Pauliana zal naast het onverplichte karakter van de rechtshandeling ook nog moeten blijken dat de gefailleerde wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeisers van de gefailleerde tot gevolg zou zijn. De curator moest dus nog aantonen dat ook de bank wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling benadeling van de schuldeisers van de gefailleerde tot gevolg zou hebben.

Tweede arrest van de Hoge Raad

In de tweede ronde bij de Hoge Raad besliste de Hoge Raad dat de gezamenlijke schuldeisers door de rechtshandeling van de bank wel degelijk in hun verhaalspositie waren benadeeld. De bank verkreeg door het vestigen van de hypotheek voorrang op de opbrengst van de drie onroerende zaken, terwijl de opbrengst anders aan alle crediteuren was toe gevallen. Op een dergelijke wijze verbeterde de bank haar verhaalspositie ten opzichte van de gezamenlijke crediteuren, hetgeen uitdrukkelijk benadeling tot gevolg heeft. De bank promoveert als het ware van concurrent schuldeiser tot preferent schuldeiser.

Wat resteerde, was de vraag of ook bij de bank de wetenschap van benadeling bestond toen de aanvullende kredietovereenkomst van 5 november 1993 werd gesloten. In beginsel rust de bewijslast van de wetenschap van benadeling op de schouders van de curator. De wet komt de curator ten aanzien van de onverplichte rechtshandeling in bepaalde gevallen tegemoet door een omkering van de bewijslast in gevallen waar de rechtshandeling is verricht binnen één jaar voor de faillietverklaring.

Eén van de gevallen waarvoor de omkering van bewijslast geldt, vormt de rechtshandeling tot zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld. In een dergelijk geval wordt van rechtswege vermoed dat zowel de gefailleerde als degene met wie de rechtshandeling werd verricht (in dit geval de bank), wisten of behoorden te weten dat de rechtshandeling

benadeling van crediteuren het gevolg zou hebben. In dit geschil merkte de curator de hypotheek van de bank aan als een onverplichte rechtshandeling (Het ging om de overeenkomst van 5 november 1993. Succesvolle vernietiging daarvan heeft als gevolg dat - achteraf gezien - aan de hypotheekrechten geen geldige titel ten grondslag heeft gelegen. Hierdoor zijn de hypotheekrechten nietig.) nu de bank binnen één jaar voor faillissement van Hendriks Beheer zekerheid had verlangd voor een niet opeisbare schuld. Aan de bank dus de schone taak om aan te tonen dat zij op het moment van het vestigen van de hypotheek geen wetenschap had van het feit dat zij crediteuren benadeelde.

Derde arrest van de Hoge Raad d.d. 22 december 2009

De bank stelde zich vervolgens bij zowel het Gerechtshof Leeuwarden, waar de zaak door de Hoge Raad naar was terug verwezen, als in cassatie bij de Hoge Raad tevergeefs op het standpunt dat zij geen wetenschap kon hebben van de benadeling van crediteuren, nu zij dit redelijkerwijs in november 1993 niet had kunnen voorzien. Hoewel de Hoge Raad in eerdere uitspraken al eens heeft uitgemaakt dat de wetenschap van een kans op benadeling onvoldoende is om een beroep op de actio Pauliana in faillissement te laten slagen (nu er sprake moet zijn van werkelijke benadeling), heeft de Hoge Raad in het arrest van 22 december 2009 de mate van voorzienbaarheid van benadeling geïntroduceerd voor de actio Pauliana in faillissement (voor de gewone pauliana was dit al in 2003 uitgemaakt door de Hoge Raad). De Hoge Raad heeft bepaald dat de bank wetenschap van benadeling had nu zij in de omstandigheden van het concrete geval met een redelijke mate van waarschijnlijkheid had kunnen voorzien dat zij door het vestigen van een drietal hypotheek op onroerende zaken schuldeisers zou benadelen, zodat zij zich van een dergelijke handelwijze had behoren te onthouden.

Gevolgen van de uitspraak voor de praktijk

Voor de praktijk heeft de introductie van de maatstaf van voorzienbaarheid tot gevolg dat er op banken een grotere onderzoeksplicht zal rusten om te bezien of een reddingsoperatie succesvol zal zijn, alvorens zij besluiten om meer krediet te verlenen en aanvullende zekerheden te vragen van een bedrijf in financiële moeilijkheden. Indien een bedrijf in financiële problemen verkeert en nader onderzoek voor de bank niet goed mogelijk is zal dit waarschijnlijk extra voorzichtigheid/terughoudendheid van de bank (met betrekking tot de kredietverlening) tot gevolg hebben. Het is dus zaak voor bedrijven die in liquiditeitsproblemen geraken om tijdig gespecialiseerde financiële adviseurs in te schakelen, zodat een verzoek om aanvullende financiering bij de bank financieel onderbouwd en degelijk gemotiveerd kan worden voorgelegd.

Mr. V. Kruit, Dijkstra Voermans Advocatuur & Notariaat □

Franchise en huur?

10-21

Franchise is een manier van samenwerken tussen juridisch en financieel zelfstandige en onafhankelijke ondernemingen, de franchisegever en de franchisenemers. Zij maken hierbij gebruik van een gemeenschappelijke naam, een bepaald merk en bieden hun producten of diensten aan volgens een doordacht concept. Dit alles op uniforme wijze. De franchisegever is eigenaar van de naam, het merk en het concept. Deze methode van zaken doen biedt zowel voor de franchisegever als de franchisenemer voordelen.

Beëindiging van de samenwerking

Maar wat te doen als franchisegever de samenwerking met een franchisenemer wil beëindigen? Kan dat zomaar? Met name het pand waarin de franchisenemer de onderneming exploiteert, zorgt regelmatig voor discussie tussen partijen. Dit kan het geval zijn als het pand eigendom is van de franchisenemer, maar ook als de franchisenemer een pand van of via de franchisegever huurt. Opzegging van de huurovereenkomst door franchisegever kan niet zomaar. En de belangen zijn groot, zelfs in de huidige huurdersmarkt. De franchisegever streeft ernaar om de verkooppunten zoveel als mogelijk te behouden voor de organisatie, terwijl een franchisenemer geïnvesteerd heeft in het ontwikkelen van exact die locatie. Hij wil daar ook in de toekomst de vruchten van plukken.

Opzegging huurovereenkomst

Vaak gaat het, als er sprake is van huur, om zogenaamde detailhandelsruimte. Dit noemt men in jargon 'bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 van het Burgerlijk Wetboek'. De huurovereenkomst van dergelijke bedrijfsruimte kan door een verhuurder slechts in een aantal limitatief in de wet genoemde gronden worden opgezegd. De beëindiging van een franchiserelatie behoort daar niet toe. Het is daarom lastig om een ex-franchisenemer het gehuurde te laten ontruimen. Hoe kan een franchisegever toch bewerkstelligen dat een franchisenemer het gehuurde verlaat en hoe kan een franchisenemer zijn rechten zo goed als mogelijk zeker stellen?

Een oplossing die wel werd gebruikt, is het opnemen van een bepaling in de franchiseovereenkomst en de huurovereenkomst, die zegt dat met het einde van de franchiseovereenkomst ook automatisch een einde komt aan de huurovereenkomst (en andersom). Een dergelijke bepaling wijkt echter af van dwingendrechtelijke bepalingen van het huurrecht. Deze bepaling is dan ook alleen geldig als hiervoor vooraf toestemming wordt gekregen van de rechter. Helaas krijgt men deze toestemming niet altijd. Daar komt nog bij dat rechters in den lande verschillend denken over de toelaatbaarheid van zo'n afwijking. De laatste tijd laat de rechtspraak een steeds diffuser beeld zien. Van de toestemmings-