
HOF VAN BEROEP ANTWERPEN 6 JUNI 2011

CONTINUÏTEIT VAN DE ONDERNEMING**Gerechtelijke reorganisatie – Gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord – Homologatie van het reorganisatieplan – Uitoefening retentierecht – Rechtsmisbruik**

Het moratorium ten gevolge van de opening van de gerechtelijke reorganisatie doet geen enkele afbreuk aan feitelijke zekerheidsrechten uit het gemeen recht zoals het retentierecht en de niet-uitvoeringsexceptie (enac). Dit geldt eveneens wanneer de procedure van gerechtelijke reorganisatie is beëindigd na homologatie van het reorganisatieplan. De schuldeiser-retentor is een zogenaamde 'separatist': zijn retentierecht blijft buiten het reorganisatieplan in het kader van de WCO.

Het feit dat het retentierecht in het kader van de procedure WCO onaangetaast blijft, sluit echter niet uit dat de uitoefening van het retentierecht kan neerkomen op rechtsmisbruik. Het rechtsmisbruik bestaat er in casu uit dat appellante ook nog de vijf laatste wagons in retentie genomen heeft, op een tijdstip dat zij reeds op de hoogte werd gesteld van de WCO-procedure.

CONTINUITÉ DE L'ENTREPRISE**Réorganisation judiciaire – Réorganisation judiciaire par accord collectif – Homologation du plan de réorganisation – Exercice du droit de rétention – Abus de droit**

Le moratoire qui fait suite à l'ouverture de réorganisation judiciaire ne porte pas préjudice aux droits de sûreté réelle de droit commun comme le droit de rétention et l'exception d'inexécution. Cela s'applique également lorsque la procédure de réorganisation judiciaire prend fin après l'homologation du plan de réorganisation. Le créancier-rétenteur est ce qu'on appelle un 'séparatiste': son droit de rétention reste en dehors du plan de réorganisation qui s'inscrit dans le cadre de la LCE.

Le fait que le droit de rétention reste intact dans le cadre de la procédure de la LCE, n'exclut toutefois pas que l'exercice du droit de rétention puisse revenir à un abus de droit. L'abus de droit consiste en l'espèce à ce que l'appellante a aussi pris en rétention les cinq derniers wagons, à un moment où elle était déjà informée que la procédure de la LCE était initiée.

NV Sati / NV Crossrail Benelux**Zet.: P. Renaers (voorzitter), B. Ponet en B. Bullynck (raadsheren)****Pl.: Mrs. F. Stevens loco L. Keyzer en M. Lauwers**

De door de wet vereiste procedurestukken worden overlegd, o.m. het op tegenspraak gewezen vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen d.d. 29 december 2009, waartegen hoger beroep werd ingesteld door middel van een verzoekschrift neergelegd op 29 januari 2010.

Er wordt geen akte van betekening voorgelegd. Het hoger beroep is naar vorm en termijn regelmatig. Het is ontvanke-lijk.

I.

Bij exploit d.d. 4 december 2009 liet de NV Crossrail Benelux (huidig geïntimeerde) de NV Sati (huidig appellante) dagvaarden. Haar vordering strekte ertoe:

– te oordelen dat huidig appellante haar retentierecht/pandrecht uitoefent in het nadeel van huidig geïntimeerde, minstens op grond van artikel 31 van de wet op de continuïteit van de onderneming;

– te oordelen dat huidig appellante verplicht is van de hieronder opgesomde wagons die door huidig geïntimeerde aan huidig appellante werden afgegeven met het oog op herstellingswerken uit te voeren door huidig appellante, vrij te geven in het voordeel van huidig geïntimeerde zodat deze

haar commerciële activiteiten kan verder zetten en dat de continuïteit van de onderneming niet verder in het gedrang wordt gebracht.

De vordering in afgifte van wagons had betrekking op de volgende wagons:

Hersteld

– 37 80 4557 112 – 2 (60 minuten): binnengebracht op 27 augustus 2009;

– 33 68 4954 108 – 9 (90 minuten): binnengebracht op 19 augustus 2009;

– 33 68 4954 100 – 6 (90 minuten): binnengebracht op 19 augustus 2009;

– 37 80 4961 411 – 8 (90 minuten): staat klaar sinds 9 oktober 2009 (volgens appellante binnengebracht op 2 oktober 2009);

– 37 80 4961 470 – 4 (90 minuten): staat klaar sinds 7 oktober 2009 (volgens appellante binnengebracht op 2 oktober 2009);

– 37 80 4961 420 – 9 (90 minuten): staat klaar sedert 7 oktober 2009 (volgens appellante binnengebracht op 2 oktober 2009).

Nog niet hersteld

- 37 80 4961 455 – 5 (90 minuten): binnengebracht op 2 oktober 2009;
 - 37 80 4961 478 – 7 (90 minuten): binnengebracht op 2 oktober 2009;
 - 37 80 4565 982 – 8 (60 minuten): binnengebracht op 2 oktober 2009;
 - 37 80 4565 963 – 8 (60 minuten): binnengebracht op 2 oktober 2009;
 - 37 80 4961 449 – 8 (90 minuten): binnengebracht op 21 oktober 2009;
 - 37 80 4961 404 – 3 (90 minuten): binnengebracht op 21 oktober 2009;
 - 37 80 4961 417 – 5 (90 minuten): binnengebracht op 21 oktober 2009;
 - 37 80 4961 428 – 2 (90 minuten): binnengebracht op 21 oktober 2009;
 - 37 80 4961 435 – 7 (90 minuten): binnengebracht op 21 oktober 2009;
- deze verplichting op te leggen onder verbeurdverklaring van een dwangsom van 1.000 EUR per dag, per wagon, die niet is vrijgegeven te rekenen vanaf de datum dat de tussen te komen beslissing aan huidig appellante wordt betekend en de tussen te komen beslissing uitvoerbaar te verklaren;
- huidig appellante tevens te veroordelen tot de kosten van het geding.

II.

De feiten en voorgaanden kunnen als volgt samengevat worden:

- De NV Crossrail Benelux is een Belgische private spoorwegmaatschappij voor goederenvervoer. De NV Sati is actief in de herstelling en het onderhoud van treinwagons.
- Partijen hadden sedert 2006 een bestendige handelsrelatie waarbij Crossrail Benelux regelmatig wagons bij Sati aanbod voor herstellingen.
- Niet betwist wordt dat Crossrail een bedrag van 64.756,04 EUR aan achterstallige (36) facturen aan Sati verschuldigd is (facturen daterend van 11 mei 2009 t.e.m. 21 oktober 2009).
- In oktober 2009 stonden er bij de NV Sati 15 treinwagons van de NV Crossrail Benelux, waarvan er zes hersteld waren en negen nog niet hersteld. Van de herstelde wagons zouden er drie binnengekomen zijn op 27 augustus en 19 augustus 2009 terwijl er drie wagons ‘klaar zouden staan’ sedert 7 en 9 oktober 2009. Van de nog niet herstelde wagons werden er vier binnengebracht op 2 oktober 2009 en vijf op 21 oktober 2009.
- De NV Sati beroept zich op het contractueel retentierecht zoals vervat in artikel 4 van haar algemene voorwaarden, dat tevens in een pandrecht voorziet.

– De NV Crossrail Benelux heeft op 24 september 2009 een verzoekschrift WCO ingediend. Bij vonnis van 7 oktober 2009 werd haar een opschorting toegekend voor een periode die eindigde op 15 maart 2010.

– Sedert het vonnis *a quo* is de periode van voorlopige opschorting verlopen en is het herstelplan van de NV Crossrail Benelux goedgekeurd door de meerderheid van de schuldeisers. De rechtbank van koophandel te Antwerpen heeft bij vonnis van 6 april 2010 het herstelplan gehomologeerd en heeft de procedure reorganisatie beëindigd.

– De NV Crossrail Benelux informeerde de schuldeisers bij schrijven van 16 oktober 2009 over de bescherming onder de WCO. Hierop reageerde de NV Sati bij brief van 20 oktober 2009 stellende dat zij betaling verwachtte van al haar facturen en wees zij erop dat zij zowel over een retentierecht als hersteller als over een pandrecht van de spoorwegwagons beschikte conform artikel 4 van haar algemene voorwaarden. Bij schrijven van 21 oktober 2009 preciseerde de NV Sati dat haar vordering 64.756,04 EUR bedroeg.

– Bij schrijven van 1 december 2009 betwistte de NV Crossrail Benelux de houding van de NV Sati (en het door haar uitgeoefende retentierecht) en wees zij op de begrenzing van een schuldeiser om zijn retentierecht uit te oefenen. Dit schrijven werd omstandig door de NV Sati betwist per aangetekende brief van 2 december 2009.

– Vervolgens werd tot dagvaarding overgegaan op 4 december 2009.

III.

Bij vonnis d.d. 29 december 2009 zegde de eerste rechter voor recht dat de NV Sati haar retentierecht mag uitoefenen over wagons 37 80 4557 112 – 2 en 33 68 4954 108 – 9.

De eerste rechter veroordeelde de NV Sati om onmiddellijk en meteen de wagons 33 68 4954 100 – 6, 37 80 4961 411 – 8, 37 80 4961 470 – 4, 37 80 4961 420 – 9, 37 80 4961 455 – 5, 37 80 4961 478 – 7, 37 80 4565 982 – 8, 37 80 4565 963 – 8, 37 80 4961 449 – 8, 37 80 4961 404 – 3, 37 80 4961 417 – 5, 37 80 4961 428 – 2 en 37 80 4961 435 – 7 vrij te geven in het voordeel van de NV Crossrail Benelux op straffe van een dwangsom van 1.000 EUR per dag en per wagon.

De eerste rechter verleende akte aan de NV Crossrail Benelux van haar voorbehoud tot het vorderen van schadevergoeding.

De eerste rechter verwees de NV Sati in de kosten van het geding, aan de zijde van de NV Sati begroot op 1.900 EUR rechtsplegingsvergoeding en aan de zijde van NV Crossrail Benelux niet begroot.

De eerste rechter verklaarde het vonnis uitvoerbaar bij voorraad niet tegenstaande elk rechtsmiddel en met uitsluiting van kantonement.

Samengevat oordeelde de eerste rechter dat het buiten kijf staat dat de NV Sati het recht heeft zich te beroepen op een conventioneel retentierecht.

De eerste rechter meende echter dat het proportionaliteitscriterium geschonden was en er sprake was van misbruik van recht in hoofde van de NV Sati gelet op de onwrikbare onwil van de NV Sati om tot een redelijke schikking te komen, de wanverhouding tussen het bedrag van de achterstallige facturen en de waarde van de ingehouden wagons, de weinig logische gedachtegang van de NV Sati en het verhuuld verlangen van de NV Sati om de NV Crossrail Benelux naar een faillissement te leiden.

De eerste rechter oordeelde enkel over de bevoegdheid te beschikken om de uitoefening van het retentierecht te matigen waarna de NV Sati enkel gemachtigd werd haar retentierecht uit te oefenen op twee wagons. De overige dertien wagons werden vrijgegeven.

Ten slotte werd tevens uitdrukkelijk voorbehoud verleend aan de NV Crossrail Benelux om schadevergoeding te vorderen wegens het ontrechte retentierecht.

IV.

1. Appellante verzoekt het hof het hoger beroep ontvankelijk, toelaatbaar en gegrond te verklaren.

Dienvolgens het bestreden vonnis te hervormen en, opnieuw rechtdoende, Crossrail Benelux te veroordelen om de 13 wagons die zij in uitvoering van het (bij voorraad uitvoerbare) vonnis heeft weggehaald, aan de NV Sati terug te geven binnen de vijf werkdagen na het tussen te komen arrest, dit op straffe van een dwangsom van 1.000 EUR per dag en per wagon.

Minstens Crossrail Benelux te veroordelen om acht van deze dertien wagons, m.n. de wagons 100 – 6, 411 – 8, 470 – 4, 420 – 9, 455 – 5, 478 – 7, 982 – 8 en 963 – 8 aan de NV Sati terug te geven binnen de vijf werkdagen na het tussen te komen arrest, dit op straffe van een dwangsom van 1.000 EUR per dag en per wagon.

Minstens de NV Crossrail Benelux te veroordelen om, als alternatief voor het fysiek teruggeven van de wagons, een afdoende zekerheid te stellen tot waarborg van de schuldvordering van de NV Sati ten bedrage van 64.756,04 EUR.

De NV Crossrail Benelux te veroordelen tot de kosten van het geding, in hoofde van de NV Sati begroot op 1.900 EUR RPV per aanleg en het rolrecht hoger beroep van 186 EUR.

2. Geïntimeerde concludeert tot ongegrondheid van het hoger beroep en verzoekt het hof het vonnis *a quo* te bevestigen en appellante te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding van 1.900 EUR per aanleg.

V. Beoordeling

1. Het hof stelt vast dat het bedrag van de achterstallige facturen van appellante ten aanzien van geïntimeerde niet ter betwisting staat. Er bestond bijgevolg een opeisbare schuldvordering lastens geïntimeerde wiens wanprestatie als zodanig niet wordt betwist.

2. Terecht oordeelde de eerste rechter dat appellante gerechtigd is zich op het (conventioneel) retentierecht te beroepen op grond van artikel 4 van haar algemene voorwaarden.

Het retentierecht kan ook ingeroepen worden tegen een schuldenaar die een procedure gerechtelijke organisatie heeft gestart, *a fortiori* nu de procedure gerechtelijke organisatie is beëindigd na homologatie van het herstelplan bij vonnis van 6 april 2010.

Naar het oordeel van het hof doet het moratorium ten gevolge van de opening van de gerechtelijke organisatie geen enkele afbreuk aan feitelijke zekerheidsrechten uit het gemeen recht zoals het retentierecht en de niet-uitvoeringsexceptie (enac). De rechten van de schuldeisers blijven immers onaangetaast tenzij de wet uitdrukkelijk voorbehoud maakt (zie o.m. E. DIRIX en R. JANSEN, “De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten” in *De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen (hierna WCO). Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 171, nr. 21). De schuldeiser-retentor is een zogenaamde ‘separatist’: zijn retentierecht blijft buiten het herstelplan in het kader van de WCO.

3. Met appellante is het hof van oordeel dat de voorwaarden voor het uitoefenen van het retentierecht zijn vervuld, nu:

a) een voldoende nauwe band tussen de schuldvordering en de teruggehouden zaak bestaat. Tussen partijen bestonden langdurige handelsbetrekkingen zodat aan de vereiste samenhang tussen de zaak en de schuldvordering voldaan is gezien geïntimeerde sinds 2006 een zeer regelmatige klant van appellante was. Het uitgebreide retentierecht stemt derhalve volkomen overeen met de onderliggende economische realiteit;

b) het enkele feit dat geïntimeerde geen eigenaar was van de wagons die zij ter herstelling binnenbracht als zodanig niet impliceert dat appellante niet te goeder trouw was. Sedert een cassatiearrest van 27 april 2006 (*RW* 2007-08, 1541) is het retentierecht ook tegenwerpelijk aan de eigenaar van de teruggehouden goederen die niet de schuldenaar is, op voorwaarde dat de schuldeiser te goeder trouw is. De schuldeiser is te goeder trouw wanneer hij bij de in ontvangstname van de wagons mocht aannemen dat zijn schuldenaar bevoegd was om ter zake van die goederen overeenkomsten te sluiten die aanleiding kunnen geven tot de uitoefening van het retentierecht op deze wagons. Er kan aangenomen worden dat geïntimeerde Crossrail als huurder/gebruiker van de wagons bevoegd was om contracten te sluiten voor het herstellen van de wagons. Het overhandigen van de goederen (wagons) aan

de hersteller Sati kon leiden tot het uitoefenen van een retentierecht indien de facturen van de hersteller niet betaald waren.

In de mate dat geïntimeerde het retentierecht van appellante als zodanig betwist kan haar standpunt alvast niet gevolgd worden.

4. Appellante meent dat er geen reden bestond om haar contractueel retentierecht, gestoeld op artikel 4 van haar algemene voorwaarden, te matigen wegens de wijze van uitoefening ervan op grond van misbruik van recht. Er is volgens appellante geen sprake van enig rechtsmisbruik in haren hoofde, ook niet gelet op het feit dat zij haar retentierecht ook nog uitoefende op 5 wagons die op 21 oktober 2009 werden binnengebracht met het oog op herstelling terwijl appellante voordien (op 16 oktober 2009) werd verwittigd van de bescherming onder de WCO van geïntimeerde.

Appellante kan zich verder ook niet vinden in de wijze waarop de eerste rechter het retentierecht heeft gematigd (waarbij de NV Sati enkel haar retentierecht mag uitoefenen op de eerste twee wagons van de lijst en de andere dertien wagons dienden vrijgegeven te worden). Er bestond volgens appellante geen reden voor de eerste rechter om tot matiging over te gaan nu de schrootwaarde van de vijftien wagons volgens appellante slechts 28.560 EUR bedroeg. Dat de nieuwwaarde van de vijftien wagons in totaal 1.170.000 EUR zou bedragen, zoals geïntimeerde beweert, wordt volgens appellante niet aangetoond. Ten slotte meent appellante dat de eerste rechter ten onrechte eigen berekeningen gemaakt heeft (zonder deze berekeningen te preciseren) om te bepalen dat twee wagons volstaan om de uitstaande schuld te waarborgen.

De wijze van matiging door de eerste rechter impliceert volgens appellante dat zij iedere zekerheid kwijt is. Door de reductie van het retentierecht van vijftien naar twee wagons verliest het retentierecht volgens appellante iedere betekenis. Voor zover het retentierecht zou gematigd moeten worden, mag deze matiging alleszins niet van aard zijn dat het retentierecht elke reële betekenis als drukkingsmiddel verliest.

5. Naar het oordeel van het hof sluit het feit dat het retentierecht in het kader van de procedure WCO onaantast blijft, echter niet uit dat de uitoefening van opschortingsrechten zoals de enac en het retentierecht kan neerkomen op rechtsmisbruik.

De rechtsleer merkt overigens op dat vanuit de bedoeling van de wetgeving die de continuïteit van de onderneming boven de rechten van de schuldeiser stelt, onder de WCO een misbruik van recht sneller mag aangenomen worden dan in een andere context (zie E. DIRIX en R. JANSEN, *l.c.*, p. 171, nr. 21). Het hof sluit zich bij deze visie aan.

In casu is er naar het oordeel van het hof sprake van rechtsmisbruik in hoofde van appellante doordat zij haar retentie-

recht ook nog uitoefende op de 5 nog niet herstelde wagons binnengebracht op 21 oktober 2009 (de wagons 37 80 4961 449 – 8, 37 80 4961 404 – 3, 37 80 4961 417 – 5, 37 80 4961 428 – 2 en 37 80 4961 435 – 7) terwijl zij op 16 oktober 2009 per brief verwittigd werd door geïntimeerde van de WCO-procedure en appellante zelf bij brief van 20 oktober 2009 reageerde door te wijzen op haar retentierecht (en pandrecht) als hersteller van de wagons.

De eerste rechter wees terecht op de proportionaliteitsvereiste bij de uitoefening van het retentierecht. Alhoewel het niet vereist is dat er gelijkheid is tussen de schuldvordering van de retentor en de waarde van de in retentie gehouden goederen, en ook de vraag of de goederen (wagons) al hersteld/bewerkt werden als zodanig geen doorslaggevend criterium is, gezien het retentierecht in beginsel ondeelbaar is, bestaat het rechtsmisbruik er in casu uit dat appellante ook nog de vijf laatste wagons in retentie genomen heeft, op een tijdstip dat zij reeds op de hoogte werd gesteld van de WCO-procedure.

De overige motieven van de eerste rechter ter ondersteuning van het rechtsmisbruik overtuigen het hof echter niet. Noch het feit dat appellante het minnelijk voorstel van geïntimeerde niet aanvaard heeft noch het feit dat het faillissement van geïntimeerde voor appellante een gunstigere situatie zou inhouden, kan tot de conclusie leiden dat appellante haar retentierecht niet in redelijkheid heeft uitgeoefend. Verder kan het retentierecht niet herleid worden wegens rechtsmisbruik op grond van eigen berekeningen van de rechtbank die niet verder geëxpliciteerd worden.

6. De sanctie op het rechtsmisbruik bestaat in het herleiden van zijn recht tot zijn normaal gebruik. Het is de rechter die de matigingsbevoegdheid dient in te vullen en de aangepaste sanctie dient op te leggen.

In casu is het hof van oordeel dat appellante slechts gerechtigd was het retentierecht uit te oefenen op tien wagons (de zes herstelde wagons en de vier niet-herstelde wagons binnengebracht op 2 oktober 2009).

De precieze voorwaarden over de toegelaten vorm van het retentierecht van appellante worden in het beschikkend gedeelte van dit arrest vermeld.

Het hoger beroep van appellante is deels gegrond en het vonnis *a quo* wordt deels hervormd.

Volledig ondergeschikt vordert appellante dat aan geïntimeerde bevolen wordt om als alternatief voor het fysiek teruggeven van de wagons, een afdoende zekerheid te stellen tot waarborg van de schuldvordering van de NV Sati ten bedrage van 64.756,04 EUR. Geïntimeerde voert hiertegen geen verweer zodat ook dit alternatief in het beschikkend gedeelte van het arrest wordt opgenomen.

7. Er bestaat geen reden om in huidige stand van het geschil reeds uitdrukkelijk voorbehoud te verlenen aan geïntimeerde om schadevergoeding te vorderen van appellante wegens het

retentierecht door appellante uitgeoefend. Op dit punt wordt het vonnis *a quo* hervormd.

8. Beide partijen zijn deels in het gelijk en deels in het ongelijk in de zin van artikel 1022 Ger.W. nu appellante wel gerechtigd was om haar retentierecht uit te oefenen doch dit retentierecht deels gematigd wordt op grond van rechtsmisbruik. De respectievelijk gevorderde RPV's in eerste aanleg en in hoger beroep worden omgeslagen.

Beide partijen dienen tevens hun respectievelijke gerechtskosten (dagvaardingskosten en rolrecht hoger beroep) zelf te dragen.

Om die redenen

HET HOF

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935.

Rechtdoende op tegenspraak.

Verklaart het hoger beroep van appellante ontvankelijk en deels gegrond.

Bevestigt het vonnis *a quo* in de mate dat de eerste rechter zegde voor recht dat de NV Sati haar retentierecht mag uit-

oefenen over wagons 37 80 4557 112 – 2 en 33 68 4954 108 – 9.

Hervormt het vonnis *a quo* deels

En opnieuw rechtdoende:

Zegt bovendien voor recht dat NV Sati haar retentierecht mag uitoefenen over de wagons 33 68 4954 100 – 6, 37 80 4961 411 – 8, 37 80 4961 470 – 4, 37 80 4961 420 – 9, 37 80 4961 455 – 5, 37 80 4961 478 – 7, 37 80 4565 982 – 8, 37 80 4565 963 – 8, en beveelt aan geïntimeerde om deze wagons aan de NV Sati terug te geven binnen de vijftien werkdagen na betekening van het tussen te komen arrest, dit op straffe van een dwangsom van 1.000 EUR per dag en per wagon.

Zegt voor recht dat geïntimeerde als alternatief voor het fysiek teruggeven van de wagons, een afdoende zekerheid vermag te stellen tot waarborg van de schuldvordering van de NV Sati ten bedrage van 64.756,04 EUR.

Slaat de respectievelijk gevorderde RPV's om en verwijst appellante en geïntimeerde elk in hun respectievelijke gerechtskosten.

Noot

Zie ook bijdrage M. Grégoire, p. 421.