



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 11-9-2017 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder
b.veen@shadv.nl.

Cessie en verrekening bij faillissement (/actualiteit/10239[1])

Deel deze actualiteit ([https://twitter.com/intent/tweet?text=Cessie en verrekening bij faillissement%20&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239](https://twitter.com/intent/tweet?text=Cessie+en+verrekening+bij+faillissement%20&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239))
([https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239&title=Cessie en verrekening bij faillissement%20&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239&title=Cessie+en+verrekening+bij+faillissement%20&source=IBR+Tracker)) ([https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239&t=IBR Tracker%20Cessie en verrekening bij faillissement%20](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239&t=IBR+Tracker%20Cessie+en+verrekening+bij+faillissement%20)) ([mailto:?subject=IBR Tracker Actualiteit delen&body=Ik vond deze actualiteit in IBR Tracker:%20](mailto:?subject=IBR+Tracker+Actualiteit+delen&body=Ik+vond+deze+actualiteit+in+IBR+Tracker:%20)<http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239>)

Actualiteiten Bouwrecht

Jurisprudentie privaatrecht

Cessie en verrekening bij faillissement

Publicatiedatum: 02-04-2014

Arbiters hebben in hun vonnis d.d. 17 maart 2014 (geschilnr. 34.253) geoordeeld over een – zeker in deze tijden – vaak voorkomend type geschil.

Hoofdaanneemster werd in deze kwestie aangesproken door een partij – de cessionaris - die de debiteurenportefeuille door middel van een activa-transactie van de curator van de failliete onderaanneemster had overgenomen.

Inzet van het geschil waren door hoofdaanneemster onbetaald gelaten openstaande termijnfacturen en facturen voor meerwerk. Hoofdaanneemster voerde aan dat de onderaanneemster haar werkzaamheden niet conform het contract had uitgevoerd, waardoor zij schade had geleden. In het verlengde van deze stelling was hoofdaanneemster overgegaan tot verrekening van de door haar gestelde schade met de openstaande termijnen – zoals wel vaker terecht of onterecht wordt gedaan in vergelijkbare situaties – en voerde zij ook in de procedure een verrekeningsverweer.

Voor het beoordelen van de rechtmatige aanspraken van de cessionaris dienden arbiters te oordelen over de vraag of sprake is geweest van een rechtsgeldige cessie, of sprake is van rechtmatig beroep op verrekening en verder of de vorderingen van hoofdaanneemster enig hout snijden.

Een rechtsgeldige cessie geschiedt conform artikel 3:94 BW door middel van een zogenaamde onderhandse akte, gewoon een overeenkomst, tussen de vervreemder – de curator/cedent – en de verkrijger – de cessionaris, van welke levering mededeling moet worden gedaan door één van de voorgaande partijen aan de debiteur cessus, hoofdaanneemster. Verder is voor cessie vereist dat de (vorderings)rechten die worden geleverd voldoende bepaalbaar zijn. Tot slot speelde hier de vraag of de algemene voorwaarden van hoofdaanneemster van toepassing waren, omdat daarin een cessieverbod was opgenomen.

Arbiters beoordelen eerst de vraag op welke tussen hoofdaanneemster en onderaanneemster gesloten overeenkomsten – geen overeenkomsten waarop de UAV van toepassing waren overigens - de vorderingen van cessionaris betrekking hebben. Aan de hand van de door cessionaris in het geding gebrachte facturen stellen arbiters vast dat zij inderdaad betrekking hebben op één van de tussen hoofdaanneemster en onderaanneemster gesloten overeenkomsten.

Verder heeft hoofdaanneemster de verschuldigdheid van de facturen niet bestreden, behalve die facturen waarvan hoofdaanneemster stelde dat die betrekking hadden op meerwerk; dit meerwerk zou niet vooraf schriftelijk zijn overeengekomen. Arbiters oordelen dat de wet – artikel 7:755 BW – niet vereist dat meerwerk schriftelijk moet worden overeengekomen, en dat hen van een contractsbepaling op dit punt ook niet is gebleken. Wat arbiters betreft staat daarmee vast dat de gevorderde meerwerkfacturen toewijsbaar zijn omdat hoofdaanneemster niet heeft betwist dat meerwerk is uitgevoerd en door haar is opgedragen; een benadering die binnen UAV-contracten gebruikelijk is.

Ik wijs overigens op strenge(re) recente civiele jurisprudentie over artikel 7:755 BW en de waarschuwingsverplichting van de partij die meerwerk pretendeert; vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 24 januari 2012, 24 september 2013 en 10 december 2013 (ECLI: GHLEE:2012:BV6686 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHLEE:2012:BV6686>), ECLI:GHARL:2013:7180 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHARL:2013:7180>), en ECLI:GHARL:2013:9440 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHARL:2013:9440>)). Onderaanneemster heeft hier 'geluk' dat hoofdaanneemster niet (voldoende) betwist heeft dat zij het meerwerk heeft opgedragen, en de kosten van het meerwerk in het geheel niet betwist lijkt te hebben. Opvallend is nog wel, dat hoofdaanneemster heeft aangevoerd dat meerwerk *vooraf* schriftelijk moet zijn geaccordeerd, hetgeen lijkt op een dubbel verweer, te weten vooraf, en schriftelijk; arbiters lijken slechts het laatste aspect te beoordelen.

Het woord 'vooraf' duidt overigens op de (waarschuwings)verplichting om concreet inzichtelijk te maken wat meerwerk is, en welke financiële (en eventueel tijds-) consequenties daarmee gemoeid zijn, bij gebreke waarvan de gepretendeerde aanspraken op meerwerk vervallen! Die plicht is op grond van voornoemde jurisprudentie derhalve zeer zwaar geworden - per saldo glazen bol werk, naar mijn mening – omdat het niet altijd c.q. concludent mogelijk is om meerwerk vooraf inzichtelijk te maken, en omdat de "tenzij-clausule" in artikel 7:755 BW als een ongrijpbare reddingsboei wordt beoordeeld. Op grond van die clausule kan een opdrachtgever niet stellen dat meerwerk is vervallen als hij had moeten begrijpen dat er sprake was van meerwerk. De Memorie van Toelichting bij artikel 7:755 BW vermeldt op dit punt echter dat de deskundigheid van de opdrachtgever, zeker als directie wordt gevoerd, de mogelijkheid voor de opdrachtgever op een succesvol beroep op artikel 7:755 BW bepaalt, en al helemaal bij een hoofdaannemer – onderaannemer verhouding, zoals in casu.

Terug naar de cessie.

Is sprake van een cessieverbod, voortvloeiend uit de algemene voorwaarden van hoofdaanneemster? Daarvoor dient uiteraard te worden vastgesteld of de algemene voorwaarden van hoofdaanneemster op de overeenkomst van toepassing zijn. Arbiters houden in dat kader de contractvorming tegen het licht; voorhanden is een aantal offertes van de zijde van onderaanneemster, waarbij haar algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard, en een onderaannemingsovereenkomst afkomstig van hoofdaanneemster.

Arbiters stellen vast dat noch de opdrachtbevestigingen noch de onderaannemingsovereenkomst door partijen zijn ondertekend, hetgeen zeker niet ongebruikelijk is. Wel is tijdens de mondelinge behandeling komen vast te staan dat onderaannemster op basis van een mondelinge opdracht van hoofdaannemster met haar werkzaamheden is begonnen. De vraag is dan op grond waarvan die mondelinge opdracht is verstrekt, te meer omdat een handtekening onder een contract geen vereiste is voor het aannemen van een overeenkomst c.q. wilsovereenstemming over een bepaald contract.

Arbiters concluderen dat de mondelinge opdracht dateert van vóór de schriftelijke onderaannemingsovereenkomst van hoofdaannemster, waarin het cessieverbod is opgenomen. Tot het moment van de mondelinge opdracht van hoofdaannemster waren er slechts offertes van onderaannemster voorhanden, zodat arbiters het aannemelijk oordelen dat de opdracht verstrekt is op basis van die offertes. Hoofdaannemster heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij op het moment dat partijen definitieve overeenstemming bereikten over de onderaannemingsovereenkomst de in het aanbod van onderaannemster van toepassing verklaarde algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen. Immers, de onderaannemingsovereenkomst van hoofdaannemster is niet ondertekend, terwijl onderaannemster op dat moment reeds met haar werkzaamheden bezig was. Op grond van de voorgaande vaststelling en de onbetwist stelling van cessionaris dat onderaannemster de onderaannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden van hoofdaannemster nimmer heeft ontvangen, komen arbiters tot de conclusie dat de algemene voorwaarden van hoofdaannemster met daarin verwoord het cessieverbod, niet van toepassing zijn.

Dan komen arbiters bij de vraag of de vorderingen die zijn overgedragen voldoende bepaald zijn. Teneinde zeker te zijn dat de vorderingen voldoende bepaald zijn, is het te allen tijde verstandig, en eigenlijk noodzakelijk, om bij de cessieovereenkomst een lijst met specifiek benoemde vorderingen op te nemen.

Hoewel de ook in casu bestaande lijst niet in het geding is gebracht, waarom is niet duidelijk, blijkt uit de overeenkomst tussen de curator en cessionaris van de overdracht van de vordering op hoofdaannemster, alsmede uit – zijnde de mededeling in de zin van de wet - zowel het bericht van de curator aan hoofdaannemster, als het nadien gevolgde bericht van cessionaris aan hoofdaannemster. Het verweer van hoofdaannemster dat zij die lijst niet kent, wordt gepasseerd, omdat zij een brief aan cessionaris heeft geschreven, waarin zij reageert op de brief van cessionaris waarin over de overdracht wordt gesproken.

Kortom, arbiters stellen vast dat sprake is van een rechtsgeldige cessie.

Vervolgens komt het verweer van hoofdaannemster aan de orde, te weten dat er sprake is van door haar ten gevolge van tekortkomingen van onderaannemster geleden schade. Naar goed gebruik is deze vordering uiteraard hoger dan de vordering van de cessionaris.

Cessionaris brengt vervolgens artikel 6:136 BW in stelling. Op grond van dit artikel kan de rechter de vordering van de wederpartij van degene die zich op verrekening beroept toch toewijzen, als naar het oordeel van de rechter de vordering waarmee wordt verrekend en met name de redenen waarom het verrekeningsverweer wordt gevoerd, niet op eenvoudige wijze vast te stellen zijn en er overigens niets aan toewijzing van de vordering in de weg ligt. Anders gezegd, en omdat verrekening een krachtig middel is, moet de gegrondheid van elk verrekeningsverweer uiteraard op zijn merites worden beoordeeld. Als er geen kiem is van een tegenvordering waarmee wordt verrekend, dan kan de rechter verrekening passeren.

Op grond van artikel 53 Fw. is verrekening in casu mogelijk. Echter, artikel 53 lid 3 Fw. ontnemt de curator het beroep op artikel 6:136 BW. Omdat cessionaris verkregen heeft van de niet tot het beroep op artikel 6:136 BW bevoegde curator, kan ook cessionaris geen beroep doen op dat artikel. De curator kan dat recht ook niet geacht worden te hebben overgedragen, omdat hij dat recht niet heeft.

Vervolgens dienen arbiters de vorderingen van hoofdaanneemster te beoordelen. Arbiters stellen vast dat ook van de zijde van cessionaris wordt aangegeven dat sprake is van uitvoeringsfouten aan de zijde van onderaanneemster. Dat zou in beginsel tot haar schadeplichtigheid leiden en een grondslag bieden voor de tegenvorderingen van hoofdaanneemster. Echter, geen enkele vordering van hoofdaanneemster snijdt hout, hetzij omdat deze onvoldoende onderbouwd is, hetzij omdat geen sprake is van aangetoond causaal verband en zo verder. Arbiters kunnen dan ook niet meer of anders concluderen dan dat het verrekeningsverweer van hoofdaanneemster sneuvelt.

Hoewel hoofdaanneemster volledig onderuit gaat, zien arbiters toch geen reden om de gevraagde veroordeling in de werkelijke proceskosten aan de zijde van cessionaris toe te wijzen. Arbiters menen dat hoofdaanneemster (toch niet) misbruik van procesrecht kan worden verweten.

mr. B.R. (Bard) van Veen

Severijn Hulshof Advocaten (<http://www.severijnhulshof.nl/>)

Scheidsgerecht: mr. W. ten Cate, ing. A.F.M. van der Kemp en ir. F.H. van der Linde

Gemachtigde eiseres, cessionaris: mr. M.D. Kalmijn

Gemachtigde verweerster, hoofdaanneemster: mr. Ing. E.W.M. Aalsma

Bron: RvA 17 maart 2014, No. 34.253

Brondatum: 17-03-2014

Deel deze actualiteit ([https://twitter.com/intent/tweet?text=Cessie en verrekening bij faillissement%20&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239](https://twitter.com/intent/tweet?text=Cessie+en+verrekening+bij+faillissement%20&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239))
([https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239&title=Cessie en verrekening bij faillissement%20&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239&title=Cessie+en+verrekening+bij+faillissement%20&source=IBR+Tracker)) ([https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239&t=IBR Tracker%20Cessie en verrekening bij faillissement%20](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239&t=IBR+Tracker%20Cessie+en+verrekening+bij+faillissement%20)) ([mailto:?subject=IBR Tracker Actualiteit delen&body=Ik vond deze actualiteit in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239](mailto:?subject=IBR+Tracker+Actualiteit+delen&body=Ik+vond+deze+actualiteit+in+IBR+Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10239))