

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 01, 2015

Nummer 1, 2015

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2015:690](#) 10-10-2015

Nike/Sportland

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3023](#) 16-10-2015

DLL/Van Logtenstijn q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3094](#) 16-10-2015

Ingwersen q.q./ICF

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3012](#) 09-10-2015

F&B Holding/mr. Dekker q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:504](#) 03-03-2015

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:4328](#) 20-10-2015

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:2525](#) 29-09-2015

X/Rabobank

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:4031](#) 29-09-2015

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3752](#) 29-09-2015

Dekker q.q. / X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:6884](#) 17-09-2015

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3432](#) 01-09-2015

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3184](#) 11-08-2015

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:2889](#) 28-07-2015
[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:5542](#) 21-07-2015
[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:2435](#) 30-06-2015
[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:4704](#) 25-06-2015
[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:1191](#) 26-05-2015
[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:3424](#) 12-05-2015
[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:3387](#) 12-05-2015
[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:1582](#) 28-04-2015
[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:1517](#) 21-04-2015
[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:2332](#) 31-03-2015
[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:2333](#) 31-03-2015
[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:2361](#) 31-03-2015
[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:350](#) 10-02-2015

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:7323](#) 14-10-2015
Curatoren/SNS en Propertize
[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:11842](#) 14-10-2015
X q.q. / Rabobank
[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:11550](#) 07-10-2015
Curator VLVDL/PARO
[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:11435](#) 30-09-2015
[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:6932](#) 30-09-2015
Fairstar/Dockwise c.s.
[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:6648](#) 23-09-2015
X / Cools q.q.
[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:7345](#) 22-09-2015
mr. Wieringa q.q./Griffier Rechtbank Rotterdam
[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2015:5553](#) 17-09-2015
x/Roeffen q.q.
[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:6386](#) 09-09-2015

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:4311](#) 02-09-2015

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:4210](#) 12-08-2015

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:5196](#) 12-08-2015

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:6178](#) 29-07-2015

Whermo

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:6080](#) 29-07-2015

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:5655](#) 14-07-2015

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:4923](#) 10-06-2015

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:4716](#) 10-06-2015

Vinifera / Quint q.q.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:6394](#) 03-06-2015

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:3658](#) 03-06-2015

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2015:3337](#) 03-06-2015

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:4635](#) 01-06-2015

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:6016](#) 27-05-2015

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:4247](#) 21-05-2015

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:3375](#) 13-05-2015

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:2309](#) 13-05-2015

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:2188](#) 22-04-2015

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:1800](#) 25-03-2015

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2015:1009](#) 03-02-2015

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:324](#) 14-01-2015

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

Curator Ditel/ABN Amro

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

[Annotatie bij ECLI:NL:GHDHA:2015:2525, door A.L. Jonkers](#)

A.L. Jonkers

Annotatie

Failliet verricht in de twee weken voorafgaand aan melding betalingsonmacht en zes weken voor faillissement, nog ruim € 300.000 aan betalingen voor m.n. managementvergoedingen. De curator roept de pauliana in. Volgens de rechtbank is onvoldoende duidelijk dat er sprake is van benadeling. De betalingen zijn verricht ten laste van een bankrekening met een debetstand. Bij de latere doorstart is de bankschuld door de kopende partij overgenomen. De curator heeft volgens de rechtbank onvoldoende duidelijk gemaakt dat door de hogere bankschuld de overnameprijs gedrukt is. Curator zou benadeling dan ook onvoldoende hebben aangetoond.

mr. R.J. de Weijs

RECHTSPRAAK

Garantie aan koper door verkoper van onroerend goed voor verplichting van huurder wordt door het hof gewalificeerd als borgtocht.

De verkoper van een onroerend goed (X) heeft bij verkoop een garantie gegeven aan de koper, H2O Dutch B.V., voor de verplichtingen van de op dat moment zittende huurder (de appellant in deze zaak) voor een bepaalde periode. De huurder schiet op een gegeven moment tekort, waarop H2O de verkoper (X) aanspreekt onder de garantie. X heeft betaald aan H2O. Deze zaak speelt tussen X en de huurder, ten aanzien van de vraag of X regres kan nemen op de huurder.

Het hof kwalificeert de garantie, die in het contract omschreven is als een 'onvoorwaardelijke en onherroepelijke huurrgarantie', zonder daar veel woorden aan te wijden, als borgtocht. Vervolgens overweegt het hof dat X 'bovendien' verhaal kan nemen op de appellant omdat H2O de door X voldane vorderingen van H2O op de huurder gecedeerd heeft na betaling door X, zoals afgesproken in het koopcontract. Hoe die cessie precies gezien moet worden in verhouding tot de borgtocht is mij niet geheel duidelijk. Hoe kunnen immers reeds door een borg voldane vorderingen van een schuldeiser nog eens door die schuldeiser aan de borg gecedeerd worden? De schuldeiser heeft die vordering op dat moment niet meer.

A.L. Jonkers, oktober 2015

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-10-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:4328

Zaaknummer: 200.148.808/01

Rechters: R.H. de Bock, L.A.J. Dun en E.J. Rotshuizen

Advocaten: Th.P. Schut en E.M. Richel

Wetsartikelen: 7:850 BW

ANNOTATIE

Annotatie bij ECLI:NL:GHDHA:2015:2525, door A.L. Jonkers***A.L. Jonkers***

In deze zaak heeft Rabobank de borg aangesproken tot nakoming van zijn verplichtingen uit een borgtocht voor een bedrag van € 100.000. De borgtocht was aangegaan voor de verplichtingen van Horeca Concept Building B.V. (hierna: Horeca) jegens de bank. Horeca is op 6 april 2005 failliet verklaard, welk faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten waarna de vennootschap op 2 maart 2006 ontbonden is. De rechtbank heeft de vordering grotendeels toegewezen. Daartegen keert zich het hoger beroep. Niet geheel duidelijk wordt uit het vonnis wat de verhouding van de borg tot de vennootschap is, maar vermoedelijk gaat het om een DGA. Pas in december 2011 spreekt Rabobank de borg aan tot betaling. In deze noot wordt uitsluitend ingegaan op de overwegingen van het hof ten aanzien van de vraag wanneer een vordering op een borg verjaart en met name hoe de vordering op een borg beïnvloed wordt door verjaring van de hoofdvordering.

Verjaring van de verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht

De schuldeiser, hier Rabobank, die gebruikmaakt van een overeenkomst van borgtocht ter meerdere zekerheid voor de nakoming van zijn vordering, heeft twee te onderscheiden vorderingen: (1) de vordering op de hoofdschuldenaar, hier Horeca, uit de overeenkomst van geldlening, en (2) de vordering op de borg uit de overeenkomst van borgtocht. Beide vorderingen kunnen verjaren. De vordering op Horeca verjaart door verloop van vijf jaren nadat de vordering opeisbaar is geworden (art. 3:307 lid 1 BW). Voor de vordering van Rabobank op de borg geldt dezelfde regel: de vordering verjaart vijf jaar nadat de vordering *op de borg* opeisbaar is geworden (zie ook: Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/99). Aangezien de borg niet gehouden is tot nakoming voordat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekort geschoten (art. 7:855 lid 1 BW), vangt de verjaringstermijn van de vordering op de borg aan op het moment dat de hoofdschuldenaar tekortschiet (Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/99). De termijn vangt dus in ieder geval aan op het moment dat de hoofdschuldenaar, hier Horeca, failliet verklaard wordt (dat was hier 6 april 2005), maar vermoedelijk vaak al eerder nu de ervaring leert dat aan faillissement vaak een periode van

niet voldoen aan verplichtingen voorafgaat. Uit de huidige casus wordt echter niet duidelijk wanneer Horeca precies tekort is geschoten jegens Rabobank. Uitgegaan van het moment van faillietverklaring van Horeca, verjaart de vordering op de borg in deze casus dus in april 2010. Het moment van tekortschieten door Horeca zal niet veel eerder dan 2005 liggen, aangezien de kredietovereenkomst in 2004 gesloten werd.

Uit het arrest van het hof en het tussenarrest valt op te maken dat de rechtbank vastgesteld heeft dat de verjaring van de vordering van de bank *op de borg* in 2009 door erkenning is gestuit (art. 3:318 BW). Dat zal dan waarschijnlijk binnen de termijn van vijf jaren na opeisbaar worden van de vordering op de borg zijn gebeurd, maar dat kan op basis van de beschikbare gegevens niet met zekerheid worden vastgesteld. Overigens heeft de borg grieven aangevoerd tegen het feitelijke oordeel van de rechtbank dat hij de vordering in 2009 erkend zou hebben, maar ook het hof meent dat die erkenning voldoende vaststaat, waarbij het hof meer gewicht toekent aan de verklaringen van twee bankmedewerkers, dan aan de verklaringen van de borg en zijn vriendin. Als inderdaad aangenomen mag worden dat de borg de vordering erkend heeft in 2009, was de vordering *op de borg* in december 2011 nog niet verjaard.

Tenietgaan van de borgtocht door verjaring van de verbintenis van de hoofdschuldenaar (art. 7:853 BW)

Los van de mogelijkheid dat de vordering uit borgtocht zelf *verjaart*, gaat de borgtocht *teniet* door voltooiing van de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming van de verbintenis van de hoofdschuldenaar (art. 7:853 BW). Deze regel kan begrepen worden vanuit het afhankelijke karakter van de borgtocht (zie ook Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/99). In dit verband kan ook naar artikel 3:323 BW verwezen worden, dat bepaalt dat pand- of hypotheekrechten tevens tenietgaan door voltooiing van de verjaring van de rechtsvordering waarvoor die rechten tot zekerheid strekken.

Voorts is in dit verband van belang dat rechtsmaatregelen tegen de borg de verjaring van de hoofdvordering niet stuiten (zie Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/99 en ook M. Haentjens, *GS Bijzondere overeenkomsten*, artikel 853 Boek 7 BW, aant. 2). Zelfs als de schuldeiser de borg dus reeds aangesproken heeft tot betaling, lijkt hij erop bedacht te moeten zijn dat verjaring van de hoofdvordering de vordering uit borgtocht teniet kan doen gaan. Zie voor een Europees perspectief ook U. Drobnič, *Principles of European Law, Personal Security*, Sellier 2007, p. 220: 'The provider of dependent personal security may invoke the defense of prescription of the principal debt. [...] This rule applies also if the prescription period has been completed after the creditor has initiated judicial proceedings against the provider of dependent security, because proceedings against the security provider do not interrupt prescription vis-à-vis the debtor.' Anders gezegd, het afhankelijke karakter van de borgtocht blijft onverminderd

bestaan, ook nadat de hoofdschuldenaar tekort is geschoten en de borg (om die reden) aangesproken is tot betaling. Voor een verzelfstandiging van de vordering uit de overeenkomst van borgtocht na aanspreken van de borg, lijkt naar huidig Nederlands recht dus in beginsel geen sprake, zelfs niet indien de hoofdschuldenaar niet meer bestaat.

Artikel 7:853 BW lijkt daarmee een *hard and fast rule*, zie uitgebreid Van Schaick: '(...) de principale verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht gaat *van rechtswege teniet* op het moment dat de verjaringstermijn van de rechtsvordering uit de gewaarborgde verbintenis *verstrijkt*. Dit rechtsgevolg treedt dus óók in (...) wanneer de schuldeiser buiten staat is om de verjaring te stuiten doordat de hoofdschuldenaar onvindbaar is of niet meer bestaat of wanneer het beroep van de hoofdschuldenaar op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt bevonden (...). Dit ligt naar mijn mening anders wanneer de borg is veroordeeld om de gewaarborgde verbintenis na te komen en deze uitspraak kracht van gewijsde heeft.' (Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/99)

Dat is in zijn algemeenheid wel te begrijpen in het licht van artikel 7:868 BW: de hoofdschuldenaar kan de verweermiddelen die hij jegens de schuldeiser heeft, tevens invoeren tegen de borg die regres wil nemen op de hoofdschuldenaar. Het verjaringsverweer van de hoofdschuldenaar is een verweer als bedoeld in artikel 7:868 BW (W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 212). De regeling voor borgtocht wijkt hierin dus af van de algemene regeling ten aanzien van hoofdelijke verbintenissen, welke regeling een verjaringsverweer tegen een regresvordering vrijwel nooit toelaat (art. 6:11 lid 3 BW) (zie J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*, Deventer: Kluwer 2008, p. 240).

Kortom, de schuldeiser die een borg aanspreekt moet steeds, tot aan het moment dat hij daadwerkelijk betaald heeft gekregen, goed in de gaten houden dat de hoofdvordering niet verjaart. Het is dus zaak de hoofdvordering te blijven stuiten, zelfs als de schuldeiser niets meer verwacht van de hoofdschuldenaar, en zelfs als de schuldeiser de borg al in rechte heeft betrokken. Van Schaick acht stuiting van de verjaring van de hoofdvordering pas niet meer nodig indien een veroordelend vonnis tegenover de borg in kracht van gewijsde is gegaan (Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/99). Ik zou menen dat er onder omstandigheden eerder sprake kan zijn van een zekere verzelfstandiging van de vordering uit de overeenkomst van borgtocht ten opzichte van de hoofdvordering. Naar mijn idee kan die verzelfstandiging gebaseerd worden op de redelijkheid en billijkheid (in gelijke zin: A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie bij HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 5). Daarover later meer.

Wanneer is de vordering op de hoofdschuldenaar verjaard?

In het kader van artikel 7:853 BW is dus relevant wanneer de vordering van de bank op Horeca

is verjaard. Uit de feiten blijkt niet wanneer de vordering van de bank op Horeca opeisbaar werd. Op zijn laatst zal dit op de datum van faillissement, dus 6 april 2005, zijn geweest (art. 6:40 sub a BW). Tijdens faillissement verjaren vorderingen niet (art. 36 Fw), maar de verjaring wordt ook niet opgeschort. In artikel 36 Fw is slechts bepaald dat de verjaringstermijn wordt verlengd indien die zou aflopen gedurende of binnen zes maanden na faillissement. Dat is hier niet aan de orde, nu het faillissement in maart 2006 is opgeheven wegens gebrek aan baten, en de verjaringstermijn toen dus nog lang niet verlopen was. Aangenomen kan worden dat de vordering op Horeca op zijn laatst in april 2010 verjaard is. Die verjaring had gestuit kunnen worden, maar niet door een stuiting van de verjaring van de vordering op de borg, en ook niet door de borg aan te spreken.

In de onderhavige zaak werd de borg op 19 december 2011 aangemaand tot betaling van een bedrag van ruim een ton, zo valt uit het tussenarrest van het hof op te maken. Ik ga ervan uit dat dit de eerste aanmaning was. Toepassing van artikel 7:853 BW moet dan ook tot de conclusie leiden dat, gezien de verjaring van de vordering op Horeca, de (verbintenis uit de overeenkomst van) borgtocht reeds teniet was gegaan in 2011. De eventuele erkenning van de borg in 2009 van de vordering van de bank op de borg, doet daar niet aan af nu deze erkenning niet de verjaring van de vordering van de bank op Horeca stuit.

Het hof slaat echter een andere richting in. Volgens het hof *kan* de vordering van de Rabobank op Horeca niet verjaard zijn. Het hof overweegt daartoe eerst: 'De vordering van de bank op de vennootschap is na 2 maart 2006 wel blijven bestaan en kan, als nog blijkt van het bestaan van een bate, daarop met toepassing van artikel 2:23c lid 1 BW worden verhaald. Om te voorkomen dat in een geval als dit de mogelijkheid van verhaal door verjaring verloren zou gaan, bepaalt artikel 2:23c lid 2 BW dat gedurende het tijdvak waarin de rechtspersoon had opgehouden te bestaan er een verlengingsgrond als bedoeld in artikel 3:320 BW is ten aanzien van de verjaring van rechtsvorderingen tegen de rechtspersoon.'

Dat lijkt mij geheel juist, behalve dat de regel van artikel 2:23c lid 2 BW in mijn lezing pas in werking treedt zodra inderdaad heropend is (art. 2:23c lid 1 BW), lid twee spreekt immers van '*had* opgehouden te bestaan'. Het hof vervolgt: 'Het feit dat er thans nog geen bate is gebleken maakt dit niet anders. Dat brengt mee dat de verjaringstermijn van de vordering van de bank op de vennootschap tot op heden is voortgelopen. De borgtocht is derhalve niet op grond van artikel 7:853 BW geëindigd.'

Dit valt moeilijk te volgen. Artikel 2:23c lid 1 en 2 BW zijn geschreven voor de situatie waarin, nadat de rechtspersoon is opgehouden te bestaan, toch nog van een bate blijkt. Mocht inderdaad van een bate blijken en dus heropend worden, *dan* bepaalt artikel 2:23b lid 2 BW dat er sprake is van een verlengingsgrond van de verjaring als bedoeld in artikel 3:320 BW. Pas dan

is er immers ook sprake van een situatie waarin de rechtspersoon *had* opgehouden te bestaan. Die regel is eenvoudig te begrijpen: als pas (lang) nadat de schuldenaar ophoudt te bestaan van een bate blijkt, zou het onrechtvaardig zijn als schuldeisers met inmiddels verjaarde vorderingen, waarvan zij dachten dat die onverhaalbaar waren, achter het net zouden vissen. Het hof past echter artikel 2:23c lid 2 BW toe op de onderhavige situatie, terwijl er helemaal niet van een bate van de rechtspersoon is gebleken. Voorts valt nergens in de wet te vinden dat rechtsvorderingen op ontbonden vennootschappen nooit verjaren. Rechtsvorderingen kunnen wel gewoon verjaren nadat de schuldenaar ophoudt te bestaan, maar zodra van een bate blijkt, kan de verlengingsgrond intreden. Zo valt artikel 2:23c lid 2 ook te lezen. Zie bijvoorbeeld Lennarts/Roest in *T&C Burgerlijk Wetboek*, commentaar op artikel 23c Boek 2: 'Is er in de periode tussen het ophouden te bestaan (art. 2:23b lid 9) en de herleving (art. 2:23c lid 1) een rechtsvordering van of tegen de rechtspersoon verjaard, dan bestaat er een verlengingsgrond voor de verjaringstermijn zoals bedoeld in art. 3:320.' Zie in gelijke zin ook Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/99 en A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie bij HR 9 oktober 1998, *NJ* 1999, 5. Artikel 2:23c lid 2 BW moet mijns inziens dan ook zo gelezen worden dat de verjaring zolang er geen bate gevonden wordt, gewoon kan voltooien, maar zodra er wel een bate is en heropend wordt, is er (met terugwerkende kracht) een verlengingsgrond aanwezig.

Redelijkheid en billijkheid kan aan beroep op artikel 7:853 BW in de weg staan in het geval van een niet meer bestaande hoofdschuldenaar

De overweging van het hof is wel begrijpelijk in het kader van de ogenschijnlijke hardheid van artikel 7:853 BW. Immers, in een geval als in het onderhavige, waarin de hoofdschuldenaar niet meer bestaat, ligt het wellicht niet erg voor de hand de vordering uit borgtocht teniet te laten gaan enkel en alleen omdat de schuldeiser jegens de niet bestaande hoofdschuldenaar stil heeft gezeten. Ik meen dan ook dat er, onder omstandigheden, plaats moet zijn voor een zekere verzelfstandiging van de vordering uit de overeenkomst van borgtocht ten opzichte van de hoofdvordering. Als de borg bijvoorbeeld reeds in rechte is betrokken door de schuldeiser, en de hoofdschuldenaar niet meer bestaat, kan er voor een beroep door de borg op artikel 7:853 BW geen plaats meer zijn. Het zou te ver gaan als de borg toegestaan wordt in de nadagen van een slepende procedure de verjaring van de hoofdvordering op een niet meer bestaande hoofdschuldenaar al grijnzend in te roepen. Zie echter anders Van Schaick, die pas een uitzondering lijkt te aanvaarden nadat de borg is veroordeeld om de gewaarborgde verbintenis na te komen en deze uitspraak kracht van gewijsde heeft (zie ook Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/99).

De vraag, die het Hof Den Haag zich m.i. dan ook had moeten stellen, is hoe redelijk het is dat een borg een beroep doet op artikel 7:853 BW in het geval dat de hoofdschuldenaar helemaal niet meer bestaat, zoals hier het geval is met Horeca. Het hof komt aan die vraag helemaal niet

toe omdat het (naar mijn idee ten onrechte) van mening is dat rechtsvorderingen op ontbonden vennootschappen nooit verjaren. Niet alleen lijkt die opvatting mij geen juiste lezing van artikel 2:23c lid 2 BW, ook is de uitkomst van een dergelijke opvatting naar mijn idee te zwart-wit.

Toegegeven moet worden dat het door mij voorgestelde stelsel in het geval van een niet meer bestaande hoofdschuldenaar tot een wat vreemde situatie leidt. De schuldeiser moet opletten dat de vordering op de hoofdschuldenaar niet verjaart (art. 7:853 BW), terwijl stuiting jegens de hoofdschuldenaar niet voor de hand ligt omdat deze niet meer bestaat. Het Hof Amsterdam heeft in een dergelijk geval wel gesuggereerd dat stuiting ingevolge artikel 54 lid 3 en/of lid 4 Rv mogelijk zou moeten zijn (Hof Amsterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV8919 en 7 november 1996, kenbaar uit HR 9 oktober 1998, *NJ* 1999, 5, ECLI:NL:HR:1998:ZC2731). Ik kan me echter goed voorstellen dat een schuldeiser in een dergelijk geval betoogt dat stuiting jegens een niet bestaande rechtspersoon geen redelijke zin heeft. Anderzijds denk ik, met A-G De Vries Lentsch-Kostense, dat 'niet zonder meer [kan] worden aanvaard de stelling dat het enkele feit dat de hoofdschuldenaar een vennootschap is waarvan het faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten steeds moet meebrengen dat de borg geen beroep op verjaring toekomt ingeval hij (lang) voor de verjaring tot betaling is aangesproken omdat ervan wordt uitgegaan dat de hoofdschuldenaar (definitief) niet meer zal nakomen'. De oplossing over de boeg van de verjaringsregels, zoals aangedragen door rechtbank en hof in deze zaak, inhoudende dat de vordering op een niet meer bestaande vennootschap nooit verjaart, lijkt mij dan ook te zwart-wit. Welke redelijke zin heeft het immers de schuldeiser zonder meer toe te staan nog (vele) jaren te wachten, zoals de bank hier heeft gedaan, met daadwerkelijk aanspreken van de borg terwijl al kraakhelder is dat de hoofdschuldenaar niet meer gaat betalen? Juist in de situatie dat de hoofdschuldenaar heeft opgehouden te bestaan, mag verwacht worden dat de schuldeiser zich spoedig bij de borg meldt. Stuiten van de verjaring bij openbaar exploitatie jegens de niet bestaande hoofdschuldenaar is dan inderdaad nogal onzinnig. In plaats van te oordelen dat de rechtsvordering dan maar nooit verjaart, lijkt het mij zinniger te oordelen dat de schuldeiser in een dergelijk geval, behoudens bijzondere omstandigheden, voort moet maken met het aanspreken van de borg en deze desnoods in rechte moet betrekken. Mocht de borg echter met allerlei chicanes aan betaling trachten te ontkomen en aldus tijd rekken, dan dient de borg uiteraard geen beroep op artikel 7:853 BW toe te komen.

Onder omstandigheden had Rabobank dan ook een beroep van de borg op artikel 7:853 BW kunnen afweren met een beroep op de redelijkheid en billijkheid. Voor zover uit de feiten naar voren komt, blijkt echter niet van bijzondere omstandigheden. Het onderhavige geval lijkt daarentegen een typisch voorbeeld van een geval waarin de schuldeiser wél lang stil gezeten heeft. Hoewel door rechtbank en hof voldoende bewezen is geacht dat de borg zijn schuld

tijdens een gesprek bij de Rabobank in 2009 mondeling heeft erkend, is verder niet bewezen dat de bank tussen 2005 en 2011 ook maar iets heeft gedaan om betaling van de borg te verkrijgen. Hoewel daarmee vaststaat dat de vordering uit borgtocht is gestuit, biedt artikel 7:853 BW hier naar mijn idee welkome aanvullende bescherming, waardoor van de bank meer verwacht mag worden dan slechts een stuitingshandeling jegens de borg. Als bewezen kan worden dat de bank wel meer heeft gedaan, dan lijkt de uitkomst van de zaak mij echter wel gerechtvaardigd, zij het op andere gronden dan door het hof naar voren gebracht.

Vervolg vraag: herleeft borgtocht na toepassing artikel 2:23c BW?

Een vervolgvraag die in dit feitencomplex niet aan de orde is, is of artikel 2:23c BW in combinatie met artikel 7:853 BW verhaal op de borg nog mogelijk maakt voor een inmiddels verjaarde rechtsvordering op een hoofdschuldenaar, welke verjaring ongedaan is gemaakt door het intreden van een verlengingsgrond omdat er toch nog van een bate bij de hoofdschuldenaar is gebleken (in de onderhavige casus is niet van een dergelijke bate gebleken). Uiteraard komt die vraag alleen op indien de vordering op de borg inmiddels zelf niet is verjaard. Verhaal op de borg lijkt mij ook in dit geval toch niet mogelijk, omdat de ratio van artikel 2:23c lid 2 BW dergelijk verhaal op de borg niet rechtvaardigt. Hoewel een toelichting in de parlementaire geschiedenis ontbreekt, lijkt artikel 2:23c lid 2 BW er immers duidelijk voor geschreven dat een schuldeiser die zijn vordering niet kon verhalen omdat er geen baten waren en (alleen) daarom heeft stilgezeten, niet door verjaring in de weg wordt gestaan als er later toch nog van baten blijkt (zie overigens kritisch over deze bescherming van de schuldeiser: T.E. de Jonge, 'Onevenredige bescherming van schuldeisers bij ontbinding van een rechtspersoon-schuldenaar', *V&O* 2014/06, p. 119-122). Zie in gelijke zin Nethe: 'Schuldeisers worden beschermd indien en voor zover zij zich gedurende de periode waarin de rechtspersoon "had opgehouden te bestaan" (de dode periode) niet hebben kunnen verzetten tegen het aflopen van verjaringstermijnen.' (M.Y. Nethe, 'Verlenging van verjaringstermijnen in geval van een herleefde rechtspersoon (art. 2:19a lid 8 BW en art. 2:23c lid 2 BW)', *WPNR* 1997/6289, p. 753). Waarom zou artikel 2:23c lid 2 BW het inmiddels teniet gegane verhaalsrecht op de borg (art. 7:853 BW), op wie hij tot aan het moment van tenietgaan nog wel gewoon verhaal kon nemen, tevens nieuw leven inblazen? Daartegen pleit overigens ook dat aangenomen wordt dat tenietgaan van de borgtocht door verjaring van de hoofdverbintenis (art. 7:853 BW) onherroepelijk is (zie in dezelfde zin M. Haentjens, *GS Bijzondere overeenkomsten*, artikel 853 Boek 7 BW, aant. 4).

RECHTSPRAAK

Vinifera / Quint q.q.

Insolventieclausule (ontbindende voorwaarde) opgenomen in koopcontract perceel, maar niet in leveringsakte. Uitleg overeenkomst.

Vinifera heeft in 2000 een perceel aan X B.V. verkocht met daarin opgenomen een ontbindende voorwaarde in het geval van faillissement van X: 'De koop is ontbonden, zonder dat één der partijen tot schadevergoeding gehouden zal zijn bij faillissement van de koper. In de akte van levering zal dit eveneens als ontbindende voorwaarde worden opgenomen.' In de leveringsakte is deze ontbindende voorwaarde echter niet opgenomen. In de leveringsakte is daarentegen opgenomen dat alle ontbindende voorwaarden 'thans uitgewerkt' zijn. De koopovereenkomst bevat verder dat X een bedrag ineens verschuldigd is (zo'n f 775.000), en nog eens zo'n f 1.250.000 in het geval de bestemming van het perceel in bouwgrond voor woningen verandert. De bestemming is nooit veranderd en X is in 2011 failliet verklaard.

Vinifera meent dat ze door het faillissement van X eigenaar van het perceel is geworden, gezien de ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst. Dat de ontbindende voorwaarde niet in de leveringsovereenkomst is opgenomen, is volgens Vinifera een fout van de notaris geweest. De curator in het faillissement van X stelt daarentegen dat Vinifera geen eigenaar is geworden omdat met de leveringsakte wel bedoeld was de ontbindende voorwaarde opgenomen in het koopcontract te laten vervallen. De rechtbank is voorshands van oordeel dat moet worden uitgegaan van een onvoorwaardelijke eigendomsoverdracht van het perceel. Vinifera zal worden toegelaten tegenbewijs te leveren van feiten en omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de leveringsakte opgenomen tekst met betrekking tot de ontbindende voorwaarden niet overeenstemt met de wil van Vinifera.

Wellicht opmerkelijk aan de uitspraak is dat de rechtbank niets overweegt ten aanzien van de geoorloofdheid van een dergelijke insolventieclausule. Uit het recente arrest van de Hoge Raad inzake Curatoren Megapool/Laser (HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087) valt immers op te maken dat dergelijke insolventieclausules onder omstandigheden in strijd kunnen zijn met artikel 20 Fw en/of artikel 6:248 BW. Wellicht dat dit niet (duidelijk) is aangevoerd door de curator, hoewel de rechtbank wel ergens in één zin weergeeft dat de curator gesteld heeft dat de ontbindende voorwaarde nietig dan wel vernietigbaar zou zijn,

gelet op de inhoud van de ontbindende voorwaarde. De rechtbank gaat daar echter niet op in.

A.L. Jonkers, 27 oktober 2015

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 10-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:4716

Zaaknummer: C/08/150676 / HA ZA 14-43

Rechters: M.H.S. Lebens-De Mug, F.E.J. Goffin en A. Skerka

Advocaten: J.J. Spronk en M. Poelsema

Wetsartikelen: 20 Fw en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

X q.q. / Rabobank

Tussenvonnis: plotselinge opzegging kredietovereenkomst door Rabobank is in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Partijen mogen zich nog uitlaten over de vraag naar causaal verband tussen kredietopzegging en faillissement.

Rabobank heeft een kredietovereenkomst met Advistaal opgezegd, waarna Advistaal faillieert. De curator doet een beroep op de redelijkheid en billijkheid, stellende dat Rabobank dit onder de aanwezige omstandigheden niet had mogen doen. De rechtbank geeft de curator gelijk. Daarbij acht de rechtbank van belang dat er weliswaar reeds gesprekken zijn geweest met Rabobank over verslechterde resultaten en aanscherping, maar dat hieruit geenszins aanstaande opzegging was op te maken. Rabobank had de nadelen die plotselinge opzegging met zich meebrengen, kunnen ondervangen door haar voornemen om op te zeggen kenbaar te maken, danwel Advistaal meer tijd te gunnen. Hoewel Rabobank goede redenen had om bezorgd te zijn over de situatie van Advistaal, was er geen zwaarwegende grond voor opzegging *per direct*.

Over de vraag naar het al dan niet bestaan van causaal verband tussen de tekortkoming van Rabobank en het faillissement en de gestelde schade, die de curator in dit geval stelt op dat gehele faillissementstekort, stelt de rechtbank partijen in de gelegenheid om zich nogmaals uit te laten.

A.L. Jonkers, oktober 2015

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 14-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:11842

Zaaknummer: C/09/463520 / HA ZA 14-436

Rechters: H.F.M. Hofhuis

Advocaten: J.E.M. Lustberg en L.Ph.J. van Baron Utenhove

Wetsartikelen: 6:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Dekker q.q. / X

Nadat de bestuurder erin is geslaagd het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW te ontzenuwen, maakt de curator aannemelijk dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is, voornamelijk omdat de bestuurder na een verkeersongeluk, welk ongeluk hij zelf aandraagt als oorzaak van het faillissement, nog lange tijd de schulden heeft laten oplopen. De bestuurder wordt dan ook aansprakelijk gehouden voor het faillissementstekort.

De (indirect) enig aandeelhouder en bestuurder van W&D, dat zich tot aan faillissement in augustus 2011 bezig hield met het werven en uitlenen van Poolse uitzendkrachten voor de grond- en waterbouwsector, wordt door de curator aangesproken voor het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW. Relevant is dat de bestuurder én twee voor W&D belangrijke werknemers in 2010 betrokken zijn geraakt bij een verkeersongeval waardoor zij langdurig arbeidsongeschikt zijn geraakt.

Het hof overweegt dat de jaarrekening niet tijdig is gepubliceerd, dat daarmee de onbehoorlijke taakvervulling vaststaat en dat vermoed wordt dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is (art. 2:248 lid 2 BW). De rechtbank had echter geoordeeld dat de bestuurder dit vermoeden heeft weten te ontzenuwen, door er kort gezegd op te wijzen dat het verkeersongeval de oorzaak van het faillissement is geweest. Het hof lijkt daar ook wel iets in te zien, maar gaat er slechts veronderstellenderwijze van uit dat het vermoeden daarmee ontzenuwd is. Dat kan het hof doen, omdat het van oordeel is dat de curator erin slaagt aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (vgl. HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773). Kort gezegd is de bestuurder na het ongeluk te lang doorgegaan met het maken van nieuwe schulden, terwijl W&D ten tijde van het ongeluk al in een benarde financiële positie verkeerde en er zeker na het ongeluk geen reëel perspectief op continuïteit was. Geen redelijk denkend bestuurder zou W&D zo lang hebben voortgezet als de bestuurder

hier heeft gedaan.

De curator wordt wel opgedragen de gestelde hoogte van het faillissementstekort (bijna 4 ton) te onderbouwen door alsnog de slotuitdelingslijst over te leggen.

A.L. Jonkers, oktober 2015

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3752

Zaaknummer: HD 200.127.122_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, D.A.E.M. Hulskes en J.W.P.M. van der Velden

Advocaten: F. Ortiz Aldana en A.A.P.M. Theunen

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

X / Cools q.q.

Renvooiprocedure. Bestuurder van stichting krijgt voor faillissement stichting ontslagvergoeding toegekend in een vaststellingsovereenkomst. De curator doet in deze renvooiprocedure een beroep op artikel 42 Fw. Volgens de rechtbank is het aangaan van de vaststellingsovereenkomst geen onverplichte rechtshandeling in de zin van artikel 42 Fw, omdat de arbeidsovereenkomst de bestuurder reeds recht gaf op een ontslagvergoeding. Het beroep van de curator op verrekening met een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid kan ook geen grond voor betwisting van de vordering van de bestuurder zijn, omdat dit beroep pas bij de eventuele uitkering aan de orde kan komen.

Op initiatief van een later failliete stichting wordt in 2011 het dienstverband met een (enig) bestuurder met wederzijds goedvinden opgezegd, waarbij de bestuurder een vergoeding van bijna € 200.000 meekrijgt. Op basis van zijn arbeidsovereenkomst kon de bestuurder aanspraak maken op een ontslagvergoeding. Enkele maanden daarna wordt het faillissement van de stichting uitgesproken. De stichting had onder de betreffende bestuurder in 2009 € 4 a € 5 miljoen verlies geleden, en in 2010 zo'n € 18 miljoen. Volgens zijn vervanger en volgens de curator valt de bestuurder wanbeleid te verwijten. In rechte is nog niet vastgesteld of de bestuurder inderdaad aansprakelijk is. Aanleiding voor onderhavige procedure is dat de curator de vordering van de bestuurder uit hoofde van de vaststellingsovereenkomst betwist. Tegen die betwisting ageert de bestuurder in deze renvooiprocedure (art. 122 Fw).

De curator voert drie gronden voor betwisting aan: hij doet een beroep op verrekening met de (gepretendeerde) vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid; hij doet een beroep op vernietiging van de vaststellingsovereenkomst op grond van artikel 42 Fw; en hij meent dat de vaststellingsovereenkomst nietig is wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde, danwel dat de inhoud van de overeenkomst ongeoorloofd is.

Over het verrekeningsverweer is de rechtbank kort: daarmee is de curator prematuur. De vraag naar verrekening dient niet bij de erkenning van vorderingen op te komen, maar pas bij eventuele uitbetaling. Op die grond kan de curator de vordering dan ook niet betwisten. Ten aanzien van het beroep op de pauliana tegen de vaststellingsovereenkomst overweegt de rechtbank dat dit een verplichte rechtshandeling is. Volgens de rechtbank berustte de toekenning van de beëindigingsvergoeding op de arbeidsovereenkomst en was die toekenning dus verplicht. Hoewel de rechtbank daar niet expliciet op ingaat, ziet de rechtbank blijkbaar geen bezwaar in het feit dat het aangaan van de vaststellingsovereenkomst zelf strikt genomen niet verplicht was. Voorts ziet de rechtbank niet veel in het beroep op nietigheid. De Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT) was destijds nog niet in werking getreden en het feit dat er in de publieke opinie kritiek bestond op de hoogte van dit soort vergoedingen, is onvoldoende om nietigheid van de overeenkomst aan te nemen. Ook maakt het enkele enkele feit dat de stichting er op het moment van het aangaan van de vaststellingsovereenkomst financieel ongunstig voor stond, de toekenning en aanvaarding van de ontslagvergoeding nog niet onzedelijk.

A.L. Jonkers, oktober 2015

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 23-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:6648

Zaaknummer: C/16/384869 / HA ZA 15-126

Rechters: A.S. Penders

Advocaten: P.R.W. Schaink en F.M.W. van Tol

Wetsartikelen: 122 Fw en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Nike/Sportland

Het Hof oordeelt dat artikel 13 IVO aldus moet worden uitgelegd dat niet enkel getoetst moet worden aan de geldende insolventiebepalingen als de pauliana, maar ook aan ‘alle andere bepalingen en algemene beginselen van dit recht’ en bezien dient te worden of de handeling op een van deze gronden kan worden bestreden.

Het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie ziet op de toepasselijkheid van de Insolventieverordening op de pauliana in grensoverschrijdende context en met name wie wat moet stellen en bewijzen.

De feiten zijn als volgt. Ten aanzien van de Finse rechtspersoon Sportland wordt op 5 mei 2009 een insolventieverzoek ingediend in Finland. Sportland wordt op 26 mei 2009 insolvent verklaard. In de periode van 10 februari tot en met 20 mei 2009 betaalt Sportland nog € 195.108 aan Nike voor leveranties binnen een franchiseovereenkomst onderworpen aan Nederlands recht.

De Finse pauliana blijkt ruimer te zijn dan de Nederlandse pauliana ten aanzien van wat het Nederlandse recht als verplichte rechtshandeling in de zin van artikel 47 Fw kwalificeert. Het Nederlandse artikel 47 Fw is daarbij in het verleden door professor Vriesendorp in 1996 ook wel omschreven is als een ‘geamputeerde tentakel’ vanwege de beperkte toepassingsmogelijkheden. In gevallen van nauw verbonden partijen en een slechte financiële situatie, wil overeenkomstig het nadien gewezen arrest HR Cikam (JOR 2003/102) de bewijslast nog wel eens omgekeerd worden. Verder is in het verleden door Rechtbank Utrecht (JOR 2008/19) in geval van het afdwingen van een betaling over de band van een borg afgegeven door een DGA ook ‘samenspanning’ aangenomen, omdat door de wens zichzelf te bevrijden van de borg ook de wens bestond deze schuldeiser boven de andere te bevoordelen. Buiten deze gevallen biedt artikel 47 Fw echter nauwelijks mogelijkheden om verplichte rechtshandelingen te bestrijden.

In het voorliggende geval was terugvordering van de betaalde gelden naar Fins recht kennelijk wel mogelijk. Daarmee was de curator er echter nog niet. Het systeem van Insolventieverordening (IVO) is als volgt. Artikel 4 lid 2 sub m IVO bepaalt dat handelingen ten eerste getoetst moeten worden aan het recht van de openende lidstaat (*forum concursus*), hier dus het Finse recht (*lex concursus*). Artikel 13 IVO bepaalt echter vervolgens dat de pauliana toch nog kan stranden als de aangesproken partij kan aantonen dat de rechtshandeling onderworpen is aan een ander recht (*lex causa*), hier het Nederlandse recht, en deze rechtshandeling in het concrete geval niet voorziet in aantastbaarheid van de rechtshandeling. Het systeem van de Insolventieverordening is daarmee als het ware een hordenloop voor de curator. Hij zal altijd over de horde van zijn eigen recht moeten kunnen springen. Indien hij hierin is geslaagd, kan de aangesproken partij als het ware nog een tweede horde plaatsen, die van de *lex causa* indien deze verschilt van de *lex concursus*. De achtergrond van deze dubbele toets is de wens 'het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid van rechtshandelingen in andere lidstaten dan die waar de procedure is geopend te beschermen'.

Het onderhavige arrest gaat over de vraag hoe de tweede horde te plaatsen. De belangrijkste vraag is in hoeverre de aangesproken partij zich in haar verweer kan beperken tot het aanvoeren dat de nationale equivalent van de Finse pauliana niet de mogelijkheid van aantasting van de rechtshandeling biedt, of dat meer algemeen moet blijken dat het andere recht (*lex causa*) geen mogelijkheden biedt voor het aantasten van de rechtshandeling. Naar Nederlands recht zouden bijvoorbeeld andere rechtsfiguren dan artikel 42-47 Fw onder omstandigheden nog kunnen voorzien in de aantastbaarheid van schuldeisersbenadelende handelingen, zoals de terugwerkende kracht van het faillissement van artikel 23 Fw, artikel 2:7 BW inzake doelloverschrijding of artikel 2:216 BW inzake dividenden, maar naar alle waarschijnlijkheid ook onrechtmatige daad en eventueel beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (zie bijvoorbeeld het recente Wind-arrest van Hof Leeuwarden, *JOR* 2015/166). Indien de aangesproken partij zou kunnen volstaan met zich verweren dat de nationale equivalent van de pauliana niet voorziet in aantastbaarheid, zou de bescherming van artikel 13 IVO volgens het Hof van Justitie te ruim worden. Bezien dient dan ook te worden of de rechtshandeling ook niet op andere gronden haar werking ontnomen kan worden. Het Hof oordeelt dat artikel 13 IVO aldus moet worden uitgelegd dat niet enkel getoetst moet worden aan de geldende insolventiebepalingen als de pauliana, maar ook aan 'alle andere bepalingen en algemene beginselen van dit recht' en gezien dient te worden of de handeling op een van deze gronden kan worden bestreden.

Vervolgens komt de vraag op wie de bewijslast rust. Het is volgens het Hof aan de verwerende partij aan te tonen dat er geen gronden voor aantastbaarheid zijn. Daarbij mag het de verwerende partij niet zo moeilijk gemaakt worden dat deze de facto geen bescherming kan

ontlenen aan artikel 13 IVO. Anderzijds ligt de bewijslast wel degelijk bij de verwerende partij en mag het de eisende curator niet zo moeilijk gemaakt worden dat hij zou moeten bewijzen dat het vreemde recht wel in aantastbaarheid voorziet. Het is volgens het Hof dan ook aan de verweerder (hier Nike) om aan te voeren dat van omstandigheden die het mogelijk zouden maken de handeling naar de *lex causa* te bestrijden geen sprake is en hiervoor het bewijs te leveren. Het Hof voegt daaraan toe dat de nationale rechter bij wie een vordering is ingesteld, de bewijslast voor het bestaan van een bepaling of een beginsel van het andere recht op grond waarvan de handeling kan worden bestreden alleen bij de verzoeker mag leggen, indien zij van oordeel is dat de verweerder in eerste instantie, gelet op de regels die normaliter van toepassing zijn in zijn nationale procesrecht, daadwerkelijk heeft aangetoond dat de betrokken handeling niet kan worden bestreden op grond van ditzelfde recht.

R.J. de Wijs

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 10-10-2015

ECLI: ECLI:EU:C:2015:690

Zaaknummer: C-310/14

Rechters: F. Biltgen, M. Berger en S. Rodin

Advocaten: A. Saarikivi

Wetsartikelen: art. 4 IVO, art. 13 IVO

RECHTSPRAAK

Curator VLVDL/PARO

Verkoop van vrachtwagens aan externe schuldeiser gevolgd door verrekening en wetenschap van benadeling. Het betreft een onverplichte rechtshandeling. Aan de vereiste wetenschap van benadeling is niet voldaan. Voor zover een beroep op de pauliana zou slagen, is de sanctie niet een veroordeling tot betaling van de overeengekomen koopprijs, maar een veroordeling tot schadevergoeding waarbij de werkelijke waarde van de goederen leidend zal zijn.

De schuldenaar VLVDL, werkzaam op het gebied van inzameling van afval, is op 9 april 2013 failliet verklaard. Op 22 november 2012 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar de gang van zaken, met benoeming van twee nieuwe bestuurders.

Een van de schuldeisers van VLVDL was PARO, die per december 2012 een vordering van € 212.026 had. In januari 2013 verkoopt VLVDL twee vrachtwagens en zes containers aan PARO. De koopprijs van de vrachtwagens van € 174.540 zal verrekend worden met de openstaande facturen. De koopprijs van de containers van € 20.000 zal voor de helft verrekend worden en voor de helft betaald worden, welke liquide middelen aangewend zullen worden door VLVDL om een andere schuldeiser te voldoen.

Bijna drie maanden later wordt VLVDL failliet verklaard. De curator roept de pauliana in tegen de verkoop gevolgd door verrekening. De rechtbank wijst de vordering af. Sinds het HR Wemaro-arrest is duidelijk dat een verkoop aan een schuldeiser gevolgd door verrekening getoetst moet worden aan de pauliana en niet aan de bepalingen van verrekening van artikel 54 Fw, kort gezegd omdat er geen vordering van *een derde* wordt overgenomen. De rechtbank overweegt dat tussen partijen niet in geschil is dat de verkoop gevolgd door verrekening een onverplichte rechtshandeling anders dan om niet betreft die heeft geleid tot benadeling van de andere schuldeisers van VLVDL. De vordering wordt echter afgewezen omdat de vereiste wetenschap van benadeling niet is komen vast te staan. Volgens de rechtbank wist PARO,

mede gezien eerder gelegde conservatoire beslagen, weliswaar van de financiële moeilijkheden van VDWL, maar kan niet gezegd worden dat PARO reeds wist dat het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien waren geweest. Zie voor deze maatstaf HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273 (ABN/Van Dooren qq III). Onder meer had PARO in januari 2012 nog niet kunnen voorzien dat de ingezette reddingsoperatie niet meer zou slagen en dat een van de middellijke aandeelhouders van VDWL eind februari 2012 de onderhandelingen zou afbreken. Let wel, het betreft hier een externe schuldeiser, PARO. Soortgelijke argumenten, dat nog niet duidelijk zou zijn geweest dat een ingezette reddingsoperatie niet tot succes zou leiden, worden door zittende bestuurders en aandeelhouders regelmatig misbruikt om nog betalingen aan zichzelf te verrichten. Dergelijke gerelateerde partijen zullen echter minder bescherming aan een ingezette reorganisatie kunnen ontfangen. Zie voor een principieel oordeel in deze, Rb. Rotterdam 9 december 2009, *JOR* 2010/335 (Bergeijk/Rootselaar q.q.)

Enigszins ten overvloede maar zeer verhelderend is het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de vordering van de curator. De curator had namelijk primair gevorderd dat PARO veroordeeld zou worden tot betaling van de overeengekomen koopprijs en slechts subsidiair vernietiging van de koopovereenkomst en veroordeling tot betaling aan de curator van de waarde van de overgedragen goederen. De rechtbank overweegt dat de primaire vordering sowieso niet voor toewijzing in aanmerking komt. De rechtbank overweegt te dien aanzien terecht: *'Met de buitengerechtelijke vernietiging van de koopovereenkomst is, voor zover deze effect sorteert, de grondslag aan het beroep op verrekening van PARO komen te ontvallen. Het rechtsgevolg van die vernietiging is alsdan evenwel niet, anders dan de curator blijktens zijn brief van 13 mei 2014 meent, dat PARO verplicht is om alsnog de koopprijs te voldoen. Voor zover de actio pauliana van de curator slaagt, zou dat ertoe leiden dat PARO verplicht is tot schadevergoeding, ervan uitgaande dat het, gezien de verkoop aan een derde, niet mogelijk is dat de activa teruggaan naar de boedel (artikel 51 Fw).'*

R.J. de Weijers

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 07-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:11550

Zaaknummer: C/09/472390

Rechters: M.C. van Ritsema Eck-van Drempt

Advocaten: W.B. van Rookhuijzen en P.J. Winkel

Wetsartikelen: art. 42 Fw

RECHTSPRAAK

Kenbaarheid van het retentierecht als zodanig is niet vereist voor de werking ervan tegenover derden met een jonger recht. Uitsluitend is kenbaarheid van de uitoefening van de feitelijke macht over de zaak vereist.

In de onderhavige [*in mijn optiek vrij warrig beredeneerde, GÁCO*] zaak lijkt de rechtbank te oordelen dat voor uitoefening van een retentierecht tegenover een derde met een jonger recht geen kenbaarheid van het retentierecht zelf is vereist, doch slechts kenbaarheid van de uitoefening van de feitelijke macht over de zaak.

Op 23 oktober 2013 koopt ene X een teboekgestelde motorboot van ene K (hierna: koper resp. verkoper). Ten tijde van de aankoop bevond de motorboot zich in het bedrijfspan van ene A (hierna: de bewaarder). Na de verkoop van de motorboot is verkoper toegelaten tot de WSNP. Een aantal vorderingen die de bewaarder op de verkoper had uit hoofde van werkzaamheden aan de motorboot zijn als gevolg hiervan niet betaald. De bewaarder heeft hierop dan ook aan de koper medegedeeld dat hij niet tot afgifte van de motorboot zal overgaan en hij gebruik zal maken van zijn retentierecht (art. 3:290 BW). Thans vordert de koper – in weerwil van het retentierecht – afgifte van de motorboot.

De rechtbank overweegt dat om een retentierecht rechtsgeldig te kunnen uitoefenen er aan drie vereisten moet zijn voldaan. Er dient volgens de rechtbank sprake te zijn van: (i) een opeisbare vordering, (ii) voldoende samenhang [*kennelijk is hier bedoeld een opschortingsbevoegdheid, GÁCO*], en (iii) uitoefening van feitelijke macht over de zaak. Dat aan de eerste eis is voldaan is volgens de rechtbank niet in geschil. Aan het tweede vereiste is volgens de rechtbank eveneens voldaan. Immers, zo overweegt de rechtbank vrij kort door de bocht, de bewaarder heeft werkzaamheden ten behoeve van de motorboot in opdracht van de verkoper uitgevoerd, welke werkzaamheden niet of deels niet zijn betaald. Ten aanzien van de laatste eis constateert de rechtbank allereerst dat de motorboot een roerende zaak is die tevens een registergoed is. Dit betekent volgens de rechtbank dat – voor zover de koper een jonger recht heeft – van belang is dat de *feitelijke macht* op een voor hem (lees: de koper) kenbare wijze over de motorboot moet worden uitgeoefend. Daarbij moet naar het oordeel van

de rechtbank evenwel niet uit het oog worden verloren dat in de praktijk bij de beoordeling of aan het vereiste van de feitelijke machtsuitoefening en de vraag of aan het kenbaarheidsvereiste is voldaan veelal dezelfde omstandigheden een rol spelen. Uit het vorenoverwogene volgt volgens de rechtbank echter niet dat het *retentierecht* kenbaar moet zijn om rechtsgeldig te worden uitgeoefend [*kennelijk meent de rechtbank aldus dat enkel 'de feitelijke macht' kenbaar dient te zijn en niet 'het retentierecht' als zodanig, GÁCO*]. Dit betekent dan ook volgens rechtbank – nu er gesteld kan worden dat de bewaarder de feitelijke macht over de zich in de loods bevindende motorboot uitoefende – dat de bewaarder rechtsgeldig het retentierecht kan inroepen. De door de koper gevorderde afgifte wordt dan ook afgewezen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 02-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:4311

Zaaknummer: C/o8/165544 HA ZA 14-618

Rechters: Margadant

Advocaten: H.S. de Lint en M.E. Kikkert

Wetsartikelen: 3:291 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Een hypotheekhouder maakt geen misbruik van bevoegdheid van haar recht van parate executie door niet aanstonds over te gaan tot executie.

In de onderhavige zaak oordeelt het hof – gelijk de rechtbank – dat het niet aanstonds uitoefenen van het recht van parate executie niet met zich meebrengt dat de bank thans misbruik van haar recht van parate executie maakt.

Sinds eind 2011 heeft een echtpaar op verschillende momenten niet aan zijn betalingsverplichtingen voldaan ten aanzien van een tweetal door de SNS Bank verstrekte hypothecaire leningen. Als gevolg hiervan is op onder meer 18 maart 2013, 11 mei 2014 en 27 april 2014 door de SNS Bank aangekondigd dat zij de verhypothekerde woningen zal gaan veilen (hetgeen uiteindelijk steeds niet is gebeurd). Op 12 december 2014 heeft SNS Bank nogmaals aangekondigd de woningen te zullen gaan veilen nadat zij de gehele bancaire relatie had beëindigd in verband met de ontdekking van een hennepplantage in een van de woningen. Het echtpaar heeft hierop een kort geding aangespannen ter voorkoming van de veiling. Volgens het echtpaar maakt SNS Bank namelijk misbruik van haar recht op parate executie, onder meer nu zij, alhoewel zij daartoe gerechtigd was, haar recht van parate executie niet aanstonds heeft uitgeoefend. De rechtbank heeft dit standpunt verworpen. Tegen dit oordeel komt het echtpaar thans in hoger beroep.

Het hof overweegt dat het feit dat SNS Bank, nadat het verzuim op 18 maart 2013 respectievelijk 11 mei 2014 was ingetreden, haar recht van parate executie niet aanstonds heeft uitgeoefend, doch eerst nadat zij bij brief van 12 december 2014 de opzegging van de bancaire relatie met het echtpaar had aangekondigd en de schuld uit voormelde leningen wederom had opgeëist, niet betekent dat SNS Bank niet langer gerechtigd was tot het uitoefenen van haar bevoegdheid van parate executie of dat zij van deze bevoegdheid misbruik maakt. Immers, zo overweegt het hof, staat onweersproken vast dat het echtpaar de ontstane betalingsachterstanden niet heeft ingelopen en er in een van de woningen een hennepplantage werd geëxploiteerd. Gelet op het voorgaande dienen volgens het hof dan ook de belangen van SNS bij de uitoefening van haar recht van parate executie (de invordering van haar opeisbare vordering en het voorkomen van integriteitsrisico's) zwaarder te wegen dan de belangen van het echtpaar bij behoud van de woningen (het voorkomen van het verdampen

van de overwaarde bij openbare verkoop en het ontstaan van een restschuld) en maakt SNS Bank geen misbruik van haar recht van parate executie door eerst na de opzegging van de bancaire relatie van deze aan haar verleende bevoegdheid gebruik te maken.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 01-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3432

Zaaknummer: HD 200.172.283_01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, S. Riemens en J.J. Jansen

Advocaten: J.L.H. Holthuijsen en R.H.J. van Houts

Wetsartikelen: 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Geen akte, geen cessie.

In de onderhavige zaak maakt de rechtbank nog eens duidelijk dat voor een openbare cessie zowel een akte als mededeling is vereist. Louter mededeling – zonder (het kunnen overleggen van) een akte – levert aldus geen rechtsgeldige cessie op.

Een tweetal werknemers van CTH B.V. zou, naar ene X stelt, landbouwmachines hebben gestolen, verduisterd of de verkoopprijzen niet hebben afgedragen. X vordert dan ook schadevergoeding van deze twee werknemers, welke vordering X – naar X stelt – gecedeerd zou hebben gekregen van, onder meer, CTH en een verzekeraar. De twee werknemers betwisten echter dat er sprake is van een rechtsgeldige cessie nu er – naar daar om verzocht te hebben – geen akte van cessie is overgelegd. X meent evenwel dat nu hij mededeling heeft gedaan van de cessie aan alle vereisten van artikel 3:94 BW is voldaan zodat er (desondanks) een rechtsgeldige cessie tot stand is gekomen.

De rechtbank overweegt dat, ongeacht het antwoord op de vraag of X op de juiste wijze de door hem gepretendeerde cessie aan de twee werknemers heeft meegedeeld, een akte van cessie zoals voorgeschreven in artikel 3:94 BW ontbreekt. Ingevolge het vierde lid van dat artikel kunnen de twee werknemers verlangen dat hun een door de vervreemder gewaarmerkt uittreksel van de akte van cessie en haar titel ter hand wordt gesteld. X heeft zo'n akte niet overgelegd, ook niet nadat hem dit ter comparitie onder de aandacht was gebracht en hem de mogelijkheid was geboden om dat stuk bij conclusie na comparitie alsnog in het geding te brengen. Reeds hierom moet volgens de rechtbank worden geoordeeld dat X geen schadevergoeding wegens diefstal of verduistering van de landbouwmachines kan vorderen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 12-08-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:4210

Zaaknummer: C/08/162327 HA ZA 14-481

Rechters: W.K.F. Hangelbroek

Advocaten: R.P. Pril en D.P. Kant

Wetsartikelen: 3:94 BW

RECHTSPRAAK

Mededeling doen van een conceptpandakte is een mededeling als bedoeld in artikel 3:246 lid 1 BW.

In de onderhavige zaak betwist de bank dat er mededeling is gedaan van een pandrecht op – kort gezegd – een beleggingsrekening nu er in de ‘mededeling’ louter over een conceptpandakte wordt gesproken. De rechtbank oordeelt echter dat deze mededeling desalniettemin opgevat dient te worden als een mededeling als bedoeld in artikel 3:246 lid 1 BW.

In het kader van een vaststellingsovereenkomst is op 2 april 2012 door ene A ten behoeve van de curator een pandrecht gevestigd op – kort gezegd – de beleggingsrekening van A bij SNS. Op 5 april 2012 heeft de curator het volgende aan SNS medegedeeld:

'In de vaststellingsovereenkomst voornoemd, is echter ook bepaald dat de effectenportefeuille van [A] aan de curator wordt verpand. Deze verpanding is opgenomen in de pandakte die u in concept bijgaand treft (bijlage 4). Een kopie van de definitieve geregistreerde akte zal ik u zo spoedig mogelijk doen toekomen. Deze brief kunt u dan ook beschouwen als een mededeling van het pandrecht ex art. 3:246 lid 1 BW. Ik wijs u er uitdrukkelijk op dat, nu mededeling is gedaan, u slechts bevrijdend aan de curator kunt betalen.'

In geschil tussen de curator en SNS is of deze mededeling opgevat kan worden als een mededeling als bedoeld in artikel 3:246 lid 1 BW als gevolg waarvan SNS slechts bevrijdend kon betalen aan de curator, dit nu SNS nadien een bedrag van ca. € 120.000 aan A heeft betaald. SNS voert hiertoe aan dat uit deze tekst niet ondubbelzinnig blijkt dat er reeds mededeling van een pandrecht wordt gedaan. Volgens SNS volgt uit deze alinea namelijk dat in de toekomst een pandrecht gevestigd zou gaan worden, dat daarom alleen nog maar een conceptakte beschikbaar was, en dat zodra het pandrecht gevestigd zou zijn de curator hiervan mededeling zou doen door toezending van de definitieve akte (welke zij niet heeft ontvangen).

De rechtbank overweegt dat SNS zich niet hoeft te verdiepen in de rechtsverhoudingen tussen haar rekeninghouders en derden en dat er dus ook geen onderzoeksplicht rust op SNS ter zake

van de vraag of er al dan niet rechtsgeldig een pandrecht tot stand is gekomen. Nu de curator in zijn brief uitdrukkelijk schrijft dat er sprake was van een mededeling als bedoeld in artikel 3:246 lid 1 BW en ook dat slechts aan hem bevrijdend kon worden betaald, was het daarom dus ook niet aan SNS om op basis van haar interpretatie van de voorgaande alinea (die inderdaad ook gelezen kan worden op de door SNS bepleite wijze) de conclusie te trekken dat er nog geen pandrecht tot stand was gekomen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-08-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:5196

Zaaknummer: C-16-384457 - HA ZA 15-106

Rechters: L.M.G. de Weerd

Advocaten: C.H. Beuker en K. Heemrood-van Dijk

Wetsartikelen: 3:246 BW

RECHTSPRAAK

Bank komt geen beroep toe op artikel 3:238 lid 1 BW na het toepassen van een bodemverhuurconstructie ten aanzien van aan haar stil verpande goederen die onder eigendomsverbehoud aan de pandgever waren geleverd. De bank geeft er daarmee immers blijk van bekend te zijn met de slechte financiële situatie van de pandgever en is mitsdien niet te goeder trouw.

In de onderhavige zaak meent de Bank (na een bodemverhuurconstructie) rechtsgeldig een vuistpandrecht te hebben verkregen op een aantal krachtens eigendomsvoorbehoud geleverde zaken nu zij te goeder trouw was (art. 3:238 lid 1 BW). Het hof meent evenwel dat de Bank er niet zonder meer van mocht uitgaan dat de pandgever beschikkingsbevoegd was nu zij (gelet op de financiële situatie van de pandgever, die ook leidde tot een bodemverhuurconstructie) er rekening mee diende te houden dat de koop niet door betaling op een normale wijze zou zijn/worden afgewikkeld.

Op 6 en 7 maart 2012 heeft Rondcartonnagefabriek B.V., een fabrikant van papier en karton, een partij kartonnen kokers geleverd aan Just Labels B.V. De levering aan Just Labels geschiedde op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden krachtens eigendomsvoorbehoud. Op 19 maart 2012 heeft Just Labels haar bedrijfspand (waar zich onder andere de nog niet betaalde partij kokers bevond) aan de Bank verhuurd die daarmee op grond van haar eerder (bij voorbaat) gevestigde stil pandrecht een vuistpandrecht kreeg op de in het bedrijfspand aanwezige zaken. Op 11 april 2012 is Just Labels failliet verklaard. Omstreeks die datum heeft de Bank een aantal (in vuistpand genomen) zaken verkocht, waaronder (een gedeelte van) de partij kokers die door Rondcartonnagefabriek was geleverd. Thans vordert Rondcartonnagefabriek betaling door de Bank van de koopprijs van de partij kokers uit hoofde van onrechtmatige daad. Volgens Rondcartonnagefabriek zijn deze kokers immers op grond van het eigendomsvoorbehoud eigendom gebleven van haar zodat de Bank niet bevoegd was deze te verkopen. De Bank meent echter dat zij, ondanks de onbevoegdheid van Just Labels, toch een rechtsgeldig vuistpandrecht heeft verkregen op deze kokers op grond van het bepaalde in artikel 3:238 lid 1 BW.

Het hof overweegt dat Just Labels als gevolg van het door Rondcartonnagefabriek bedongen eigendomsvoorbehoud beschikkingsonbevoegd was om de kokers aan de Bank te verpanden. Ten aanzien van het beroep van de Bank op artikel 3:238 lid 1 BW overweegt het hof dat van goede trouw van de bank als pandhouder niet snel sprake zal zijn indien de bank op het moment van afgifte aan haar redelijkerwijze rekening moest houden met het bestaan van een eigendomsvoorbehoud en zij zich genoodzaakt zag afgifte te vorderen vanwege de financiële toestand van de pandgever. De bank mag er naar het hof meent niet van uitgaan dat de pandgever door de verkoper onder eigendomsvoorbehoud is gemachtigd de afgeleverde zaken (stil) te verpanden, terwijl zij in de gegeven omstandigheden – waarin de slechte financiële situatie van Just Labels de bank tot invuistpandneming bracht – er bovendien rekening mee diende te houden dat de koop niet door betaling op een normale wijze zou zijn/worden afgewikkeld. Het hof komt dan ook tot de conclusie dat de Bank onvoldoende feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zij te goeder trouw heeft mogen aannemen dat Just Labels ten tijde van de verhuur van een gedeelte van de bedrijfsruimte ten aanzien van de door Rondcartonnagefabriek aan Just Labels geleverde zaken die in de bedrijfsruimte aanwezig waren tot verpanding beschikkingsonbevoegd was.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3184

Zaaknummer: HD 200.135.709_01

Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, C.W.T. Vrizen en J.C.J. van Craaikamp

Advocaten: H. Reitsma en I. Soetens

Wetsartikelen: 3:238 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

De koper van een auto kan geen bescherming ontlenen aan artikel 3:86 lid 1 BW als hij het overschrijvingsbewijs van de auto (autopapieren II) niet heeft ingezien. Het feit dat de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder voortvloeit uit de omstandigheid dat de desbetreffende auto onder eigendomsvoorbehoud is geleverd, en regelmatig op dezelfde wijze zaken wordt gedaan, maakt dat niet anders.

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad kan men (behoudens uitzonderingen?) nimmer bescherming ontlenen op grond van artikel 3:86 BW wanneer het overschrijvingsbewijs (autopapieren II) niet is ingezien. In de onderhavige zaak past de rechtbank deze jurisprudentie – zoals gebruikelijk – onverbiddelijk toe op een situatie waarin de autodealer beschikkingsonbevoegd was als gevolg van een door de financier bedongen eigendomsvoorbehoud.

Op 30 augustus 2012 koopt een zekere A een auto van een Hyundaidealer. De eigendom van de auto (op basis van een bedongen eigendomsvoorbehoud) en het overschrijvingsbewijs (autopapieren II) berustten ten tijde van koop nog bij de financier van de autodealer. Op 25 september 2012 is de autodealer failliet verklaard. De door A aan de autodealer betaalde koopprijs is op dat moment nog niet aan de financier betaald, waarop de financier de auto onder A revindiceert op basis van haar eigendomsvoorbehoud. Thans vordert A schadevergoeding van de financier omdat zij – naar A stelt – onrechtmatig de auto onder A zou hebben opgevorderd. A kon immers bescherming ontlenen aan artikel 3:86 BW, aldus nog steeds A. De autodealer had immers toegezegd deze autopapieren een paar dagen later toe te sturen, zoals dat ook de gebruikelijke gang van zaken was tussen A en de dealer.

De rechtbank overweegt dat ook al had de autodealer toegezegd deel II van het kentekenbewijs van de auto, zoals A aanvoert, binnen enkele dagen na het sluiten van de koopovereenkomst aan deze laatste verzenden, dit A nog niet ontsloeg van de plicht om onderzoek te verrichten naar de autopapieren, waaronder kentekenbewijs deel II. Het feit dat deel II in dit geval ontbrak, had A juist argwaan moeten doen hebben naar de beschikkingsbevoegdheid van de autodealer, temeer nu niet is gesteld of gebleken dat A een

verklarende reden voor dat ontbreken heeft vernomen van de dealer. Hierbij telt volgens de rechtbank dat de tenaamstelling van het kenteken van de auto uitsluitend kan worden overgeschreven met dit deel II, dat speciaal daartoe door de wetgever in het leven is geroepen, zulks teneinde de niet rechtmatige vervreemding van motorvoertuigen tegen te gaan (vgl. HR 21 oktober 2011, *NJ* 2011, 494). Hierbij telt voorts volgens de rechtbank dat de auto, naar A bekend was, geen nieuwe auto was en dat daarvoor reeds kentekenbewijzen waren afgegeven. Dat A niet een willekeurige derde was, maar een vaste zakenrelatie van de autodealer, doet aan haar eerdergenoemde onderzoeksplicht niet af. Voorgaande leidt dan ook tot de slotsom dat de financier onder de gegeven omstandigheden afgifte van de haar in eigendom toebehorende auto kon verlangen en dat zij niet onrechtmatig jegens A heeft gehandeld door dit te doen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 29-07-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:6080

Zaaknummer: 3475249 UC EXPL 14-15847

Rechters: R.A. Steenbergen

Advocaten: J.P. Groen en F.J. Scheltema

Wetsartikelen: 3:86 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Akte van achterstelling gaat bij cessie als nevenrecht mee over op cessionaris zodat deze partij – in weerwil van de expliciete bewoordingen – ook een daarin opgenomen aflossingsverbod tegen de schuldeiser van de junior kan invoeren.

In de onderhavige zaak oordeelt het hof – in lijn met de heersende leer – dat bij cessie door een *senior* een akte van achterstelling als nevenrecht mee overgaat op de cessionaris (art. 6:142 BW). Merkwaardig is evenwel de conclusie die het hof in deze zaak hieraan verbindt. Het hof oordeelt namelijk dat de cessionaris door de werking van artikel 6:142 BW ook een in een achterstellingsovereenkomst opgenomen aflossingsverbod (i.e. 'Gij zult de achtergestelde vordering niet afbetalen totdat de vorderingen van X volledig zijn voldaan') tegen de schuldeiser van de *junior* kan invoeren. Dat het aflossingsverbod geschreven is louter met het oog op de vorderingen van de oorspronkelijke schuldeiser van de *senior* op de schuldeiser van de *junior* en niet op de vorderingen van eventuele cessionarissen maakt dat (blijkbaar) voor het hof niet anders. Voor een recente uitspraak waarin in een vergelijkbaar geval anders werd geoordeeld zie: Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6051.

Ter financiering van de overname van een familiebedrijf heeft een zoon geld geleend van zijn ouders en REEAL. Tussen de ouders en de zoon is overeengekomen dat de vorderingen van de ouders achtergesteld zijn bij de vorderingen van REEAL en dat de zoon – zonder toestemming van REEAL – pas aan zijn ouders mag aflossen totdat REEAL niets meer te vorderen heeft van de zoon (i.e. een aflossingsverbod). Nadien is echter – in weerwil van voornoemd aflossingsverbod – tussen de zoon en zijn ouders afgesproken dat de zoon via een fiscaal gunstige constructie toch periodiek het equivalent van 2% zou gaan aflossen. Nadat op een gegeven moment REEAL haar vordering op de zoon heeft overgedragen aan IFMN wordt dit door IFMN ontdekt. IFMN heeft hierop de zoon verboden om nog langer aan zijn ouders af te lossen. De zoon is hier dan ook mee gestopt. Thans, in hoger beroep, vorderen de ouders onder meer een verklaring voor recht dat de zoon verplicht is om aan hen – overeenkomstig het tussen hen afgesprokene – af te lossen.

Het hof overweegt dat onbetwist vaststaat dat uit de achterstellingsakte volgt dat de zoon

toestemming van REAAL nodig heeft om te mogen aflossen op de lening van de ouders, zolang hij nog een schuld aan REAAL heeft (hetgeen de zoon thans – na cessie door REAAL – niet meer heeft). Partijen twisten echter – zo vervolgt het hof – over de vraag of IFMN vanwege de cessie een beroep kan doen op de achterstellingsakte en of de zoon op grond van deze akte thans toestemming van IFMN nodig heeft om te mogen aflossen op de lening van de ouders. De ouders stellen dat dit niet het geval is, omdat een overeenkomst van achterstelling volgens hen geen nevenrecht is dat ingeval van cessie mee overgaat naar de verkrijger van de vordering. Het hof deelt dit standpunt van de ouders echter niet. Het hof is namelijk van oordeel dat het recht dat voor REAAL uit de achterstellingsakte voortvloeit een nevenrecht is dat, in ieder geval ten aanzien van de gecedeerde vordering, op grond van artikel 6:142 BW bij de cessie van rechtswege mee is overgegaan naar IFMN. Bij dit oordeel neemt het hof in aanmerking dat het recht dat uit een achterstellingsovereenkomst voortvloeit voor een schuldeiser ten behoeve van wie de achterstelling plaatsvindt, een zekere verwantschap toont met een voorrecht [*mijns inziens een zeer merkwaardige redenering nu weliswaar de eigenlijke achterstelling (ex art. 3:277 lid 2 BW) een verwantschap met nevenrechten vertoont, maar de oneigenlijke achterstelling – zoals een aflossingsverbod waar het hier om gaat – niet, GÁCO*]. Een achterstelling heeft geen zelfstandige betekenis en kan niet los worden gezien van de vordering ten opzichte waarvan is achtergesteld. Verder betreft het hof bij het voorgaande dat niet is gesteld, althans onvoldoende feitelijk onderbouwd, dat het recht dat voor REAAL uit de achterstellingsakte voortvloeit ten aanzien van de gecedeerde vordering, een zuiver persoonlijk recht van REAAL is. Derhalve kan er niet van worden uitgegaan dat het nevenrecht van REAAL een zuiver persoonlijk recht is dat niet overgaat ex artikel 6:142 BW. Het voorgaande brengt dan ook volgens het hof met zich mee dat er in de onderhavige procedure van moet worden uitgegaan dat IFMN door de cessie een beroep kan doen op de achterstellingsakte. Vanaf de cessiedatum heeft de zoon op grond van deze akte dus toestemming van IFMN nodig om te mogen aflossen op de lening van de ouders, zolang de aan IFMN gecedeerde vordering niet volledig is voldaan [*het hof past hiermee aldus de inhoud van de achterstellingsakte als het ware aan om hierin – in weerwil van de expliciete bewoordingen – (mede) IFMN te lezen, GÁCO*]. Als onbetwist staat echter vast dat de zoon deze vordering nog niet volledig aan IFMN heeft voldaan én dat IFMN geen toestemming aan de zoon heeft gegeven om af te lossen op de lening van de ouders. De door de ouders gevraagde verklaring voor recht wordt dan ook afgewezen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-07-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:2889

Zaaknummer: HD 200.137.352_01

Rechters: E.K. van Veldhuijzen Zanten, D.A.E.M. Hulskes en H.R. Quint

Advocaten: J.F.M. Heuvelmans en E.W. Bosch

Wetsartikelen: 6:142 BW

RECHTSPRAAK

Vordering in kort geding, strekkende tot medewerking aan doorhaling hypotheek door tweede hypotheekhouder ten behoeve van een onderhandse verkoop, strandt op het ontbreken van spoedeisend belang nu de mede-eigenaar van het pand weigert mee te werken aan de levering.

In de onderhavige zaak oordeelt het hof dat een mede-eigenaar geen spoedeisend belang heeft bij een veroordeling van een hypotheekhouder tot medewerking bij de levering van een onroerende zaak (door doorhaling van haar recht van hypotheek) als de andere mede-eigenaar niet (meer) wenst mee te werken aan de levering.

Vanwege tegenvallende resultaten besluit een tweetal restauranthouders het aan hen gezamenlijk in eigendom toebehorende restaurant van de hand te doen. De Rabobank, rechthebbende van een recht van eerste hypotheek op het restaurant, heeft hierop in overleg met de restauranthouders toegezegd om na betaling van een (deel van de) koopprijs aan haar, haar recht van hypotheek door te halen. Een tweede hypotheekhouder weigert dit. In kort geding heeft een van de twee restauranthouders (aanvankelijk beide, maar één heeft zich teruggetrokken) onsuccesvol veroordeling gevorderd van de tweede hypotheekhouder tot doorhaling van haar recht van hypotheek. Tegen dit afwijzende vonnis komt de nog in de procedure overgebleven restauranthouder in hoger beroep.

Het hof overweegt dat gebleken is dat een van de restauranthouders niet meer wil meewerken aan levering van het restaurant, onder meer omdat hij het restaurant nu weer zelf wil gaan exploiteren. Volgens het hof is echter de (al dan niet afgedwongen) medewerking van deze restauranthouder, als mede-eigenaar van de onroerende zaak en als contractspartij bij de koopovereenkomst, wel noodzakelijk om het restaurant te kunnen leveren. Aangezien er niet van uit kan worden gegaan dat deze persoon op korte termijn en met gerede kans op succes kan worden gedwongen mee te werken aan levering van het restaurant, heeft de andere restauranthouder volgens het hof geen spoedeisend belang bij zijn vordering, die erop neerkomt dat de tweede hypotheekhouder meewerkt aan de levering door doorhaling van haar hypothecaire inschrijving.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-07-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:5542

Zaaknummer: 200.166.028-01

Rechters: H. de Hek, J.H. Kuiper en B.J.H. Hofstee

Advocaten: G.B. de Jong en M.F.M. Groot

Wetsartikelen: 3:13 WB

RECHTSPRAAK

Het Openbaar Ministerie kan ook worden gehoord ten aanzien van voordrachten tot opheffing van een faillissement ex artikel 16 Fw.

In de onderhavige zaak wenst het OM te worden gehoord ten aanzien van een voordracht tot opheffing van een faillissement (art. 16 Fw). De rechtbank oordeelt dat, alhoewel de wet daar niet expliciet in voorziet, een ruime uitleg van artikel 4 lid 1 Fw en de artikelen 42 Rv jo. 362 lid 2 Fw het horen van het OM toch mogelijk maakt.

Op de voet van artikel 16 Fw is door de rechter-commissaris voorgedragen het faillissement van een natuurlijk persoon op te heffen. Het Openbaar Ministerie heeft hierop de rechtbank kenbaar gemaakt ten aanzien van deze voordracht te willen worden gehoord. Het OM wenst namelijk eveneens het faillissement opgeheven te zien, nu, naar het OM meent, failliet zijn faillissement enkel gebruikt om de vervangende hechtenis van een aantal boetes te ontlopen.

De rechtbank overweegt dat hoewel artikel 4 lid 1 Fw enkel bepaalt dat het Openbaar Ministerie wordt gehoord op de *aangifte* tot faillietverklaring en het verzoek daartoe en de Faillissementswet geen bepaling bevat die het horen van het Openbaar Ministerie in het kader van de behandeling van de voordracht tot opheffing van het faillissement voorschrijft, zij dit artikel ruim zal uitleggen. De strekking van dit artikel is immers – zo meent de rechtbank – dat het Openbaar Ministerie als behartiger van het openbaar belang de mogelijkheid moet hebben zijn zienswijze aan de rechtbank duidelijk te maken. Deze mogelijkheid dient niet beperkt te blijven tot de behandeling van een aangifte tot faillietverklaring of een verzoek daartoe. De rechtbank vindt voorts steun voor haar ruime uitleg in artikel 42 Rv in samenhang gelezen met artikel 362 lid 2 Fw. Op grond van dit artikel is het Openbaar Ministerie immers bevoegd alle op een zaak betrekking hebbende bescheiden in te zien, op elke terechtzitting tegenwoordig te zijn en op verzoek van de rechter of een partij bescheiden in de procedure te brengen. Gelet op hetgeen het OM heeft gesteld en op het feit dat er geen baten aanwezig zijn beveelt de rechtbank uiteindelijk tot opheffing van het faillissement.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-07-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:5655

Zaaknummer: C/10/14/847 F

Rechters: W. Reinds

Wetsartikelen: 16 Fw en 4 lid 1 Fw

RECHTSPRAAK

Turks recht van toepassing op goederenrechtelijke aspecten van in Turkije geleverde (gestolen) zaken als gevolg waarvan – bij gebrek aan een geldige titel naar Turks recht – geen ruimte is voor Turkse derdenbeschermingsbepalingen.

In de onderhavige zaak probeert een Turkse Leasemaatschappij een aantal van haar machines te revindiceren die door een onbevoegde Turkse verkoper aan een Nederlandse vennootschap waren verkocht en geleverd. Het hof oordeelt dat Turks recht van toepassing is op de goederenrechtelijke aspecten (ex art. 10:127 BW) en op de vraag of de Nederlandse vennootschap een beroep toekomt op enige derdenbeschermingsbepaling (ex. art. 10:131 BW).

Begin 2008 heeft Machinery V.O.F. een tweetal zware machines van het merk Caterpillar gekocht van een Turkse verkoper, waarna ze vanuit Turkije naar Nederland zijn verscheept. Na aankomst in Nederland bleek echter dat de machines gestolen waren en dat de eigendom van de machines aan een Turkse leasemaatschappij toebehoorde, welke de machines thans wenst te revindiceren. In geschil is of Nederlands dan wel Turks recht van toepassing is op de goederenrechtelijke aspecten van de koop van de machines en of Machinery zich aldus op basis van Nederlands dan wel Turks recht al dan niet kan verweren tegen de revindicatie van de Leasemaatschappij op grond van enige derdenbeschermingsbepaling.

Het hof overweegt dat beide machines in Turkije zijn geleverd. Op de goederenrechtelijke aspecten van deze koop is volgens het hof dan ook Turks recht van toepassing (art. 10:127 BW, voorheen art. 2 Wcg). Hetzelfde geldt volgens het hof ten aanzien van de vraag naar de rechtsgevolgen van een verkrijging van een beschikkingsonbevoegde (art. 10:131 BW, voorheen art. 6 Wcg). Ten aanzien van de vraag of Machinery in dit geval beschermd wordt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de Turkse verkoper overweegt het hof dat een verkrijger te goeder trouw op grond van artikel 763 lid 2 Turks BW enkel tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder wordt beschermd en niet tegen het ontbreken van een geldige titel (vgl. art. 3:86 BW). Op de vraag of er in het onderhavige geval sprake is van een geldige titel oordeelt het hof – gelijk de rechtbank – dat de onderhavige koopovereenkomst geen geldige titel vormt. Het hof komt tot dit oordeel door te overwegen dat de vraag naar de geldigheid van

de aan de levering ten grondslag liggende titel en de gevolgen daarvan voor de eigendomsoverdracht, eveneens naar Turks recht beoordeeld dient te worden op grond van artikel 4 EVO (t.a.v. geldigheid koopovereenkomst) resp. artikel 10:127 (t.a.v. de gevolgen daarvan op de eigendomsoverdracht), terwijl er op basis van Turks recht geen sprake van een geldige titel is. Immers, zo overweegt het hof, op basis van Turks recht is voor de verkoop van dit soort machines, onder meer, een notariële akte vereist (welke hier ontbreekt). Een en ander impliceert dan ook volgens het hof dat Machinery geen beroep toekomt op artikel 763 lid 2 Turks BW, zodat de Leasemaatschappij de machines kan revindiceren.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-06-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:2435

Zaaknummer: HD 200.155.049_01

Rechters: J.A.M. van Schaik, W.J.J. Beurskens en G.E. van Maanen

Advocaten: G.M. van Voorst sr en A.I.M. van Mierlo

Wetsartikelen: 10:127 BW en 10:131 BW

RECHTSPRAAK

Geen redelijk belang bij een faillissementsaanvraag wanneer er louter verbeurde dwangsommen aan de faillissementsaanvraag ten grondslag zijn gelegd.

In de onderhavige zaak oordeelt het hof dat twee schuldeisers geen redelijk belang bij hun faillissementsaanvraag van een schuldenaar hebben nu zij enkel – reeds voor datum faillissement – verbeurde dwangsommen aan hun faillissementsaanvraag ten grondslag hebben gelegd.

Op 8 april 2015 is op aangifte van twee schuldeisers ene X failliet verklaard. Aan de faillissementsaanvraag waren enkel verbeurde dwangsommen ten grondslag gelegd. Na – onsuccesvol – in verzet te zijn gekomen, komt X thans tegen dit faillissementsvonnis in hoger beroep.

Het hof overweegt dat ingevolge artikel 611e lid 2 Rv dwangsommen die vóór de faillietverklaring zijn verbeurd, niet in het passief van het faillissement worden toegelaten. In zijn uitspraak van 20 september 1996 (ECLI:NL:HR:1996:ZC2146) heeft de Hoge Raad voorts geoordeeld dat het vereiste dat de aanvrager van een faillissement bij de faillietverklaring een redelijk belang heeft (vaste rechtspraak sedert HR 26 juni 1942, *NJ* 1942, 585), in verband met artikel 611e lid 2 Rv meebrengt dat een faillissementsaanvraag niet enkel kan worden gebaseerd op een vordering ter zake van verbeurde dwangsommen. Daarbij heeft de Hoge Raad overwogen dat die wetsbepaling niet eraan in de weg staat dat een dergelijke vordering van de aanvrager door hem naast andere vorderingen ten grondslag wordt gelegd aan de stelling dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, en zich er evenmin tegen verzet dat een dergelijke vordering van derden door de aanvrager wordt gebezigd als steunvordering. Nu echter door de twee schuldeisers aan hun faillissementsaanvraag enkel verbeurde dwangsommen ten grondslag zijn gelegd, oordeelt het hof dan ook dat zij geen redelijk belang hebben bij hun faillissementsaanvraag. Het vonnis waarin X failliet is verklaard wordt dan ook vernietigd.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-06-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:4704

Zaaknummer: 200.169.420

Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, H.L. van der Broek en C.J.H.G. Bronzwaer

Advocaten: R.P. Groot en J.P. van Vulpen

Wetsartikelen: 611e lid 2 Rv

RECHTSPRAAK

Een vordering ex artikel 25 Fw kan – op straffe van niet-ontvankelijkheid – niet tegen zowel de curator als de failliet worden ingesteld.

In de onderhavige zaak wordt er amotie van een schutting gevorderd van zowel de failliete buur als diens curator. De rechtbank verklaart eiser echter niet-ontvankelijk nu eiser op basis van artikel 25 Fw een keuze had moeten maken tussen het instellen van deze vordering tegen ofwel de failliet ofwel de curator maar niet tegen beiden.

Een typisch burennrechtelijk geschil met een insolventierechtelijk sausje. De burenn van een failliet vorderen van *zowel* de failliet als zijn curator amotie van een (deel van de) schutting en serre omdat deze over de kadastrale grens zou zijn gebouwd. De curator verweert zich tegen deze vordering(en) op basis van artikel 25 Fw. Volgens de curator kunnen dergelijke bezitsacties, welke niet verifieerbaar zijn en dus op grond van artikel 25 Fw ingesteld moeten worden, niet tegen *zowel* de curator als de failliet ingesteld worden. Artikel 25 Fw dwingt tot het maken van een keuze tussen één van hen, aldus nog steeds de curator.

De rechtbank overweegt dat artikel 25 lid 1 Fw – als hoofdregel – bepaalt dat 'bezitsacties' worden ingesteld tegen de curator, omdat krachtens artikel 23 Fw de schuldenaar immers van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen heeft verloren. Voorts geldt dat op grond van artikel 25 lid 2 Fw een vordering kan worden ingesteld tegen de gefailleerde in plaats van tegen de curator. Een eventuele veroordeling van de gefailleerde heeft in dat geval echter geen werking tegenover de boedel. Met de curator is de rechtbank van oordeel dat uit het systeem van de wet volgt dat het van tweeën één is: artikel 25 Fw dwingt de burenn te kiezen jegens welke partij zij hun vordering instellen. Ofwel volgen de burenn de hoofdregel en procederen zij tegen de curator, ofwel maken zij gebruik van de mogelijkheid die artikel 25 lid 2 Fw biedt en procederen zij uitsluitend tegen de failliet. De burenn worden dan ook niet-ontvankelijk verklaard.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 10-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:4923

Zaaknummer: C-03-182121 - HA ZA 13-272

Rechters: T.A.J.M. Provaas

Advocaten: Dronkers en J.P.H. Timmermans

Wetsartikelen: 25 Fw

RECHTSPRAAK

Verzoek tot een verklaring voor recht dat een pandrecht rechtsgeldig tot stand is gekomen – bij gebrek aan belang – niet-ontvankelijk verklaard nu de door curator gestelde termijn uit hoofde van artikel 58 Fw inmiddels is verstreken. Pandhouder dient vordering ter verificatie in te dienen en een rangregeling te verzoeken.

In de onderhavige zaak vordert een pandhouder een verklaring voor recht dat zijn pandrecht op een aantal vorderingen rechtsgeldig tot stand is gekomen. De rechtbank verklaart de pandhouder echter – bij gebrek aan belang – niet-ontvankelijk nu de pandhouder niet meer de verpande vorderingen kan innen door het verstrijken van de termijn van artikel 58 Fw. De rechtbank dwingt de pandhouder aldus zijn vordering ter verificatie in te dienen en een rangregeling te verzoeken.

De borgen van een in mei 2002 gefailleerd aannemersbedrijf vorderen in de onderhavige procedure een verklaring voor recht dat er tot zekerheid van de vorderingen waarin zij gesubrogeerd zijn rechtsgeldig een pandrecht is gevestigd op een aantal vorderingen van de failliet. De door de curator – onder betwisting van het vermeende pandrecht – gestelde termijn krachtens artikel 58 Fw is echter al lang verstreken. Volgens de curator zijn de borgen dan ook – bij gebrek aan belang – niet-ontvankelijk in hun vordering tot een verklaring van recht.

Met de curator is de rechtbank van oordeel dat de vordering van de borgen onder het bereik van artikel 26 Fw valt. De rechtbank stelt vast dat de borgen mede hebben beoogd om hun rechten als separatisten uit te oefenen en de betreffende vorderingen te innen. Zij hebben immers naast de gevorderde verklaring voor recht ook gevorderd de curator te veroordelen om te gehangen en te gedogen dat de vorderingen waarop zij stellen dat ten behoeve van hen rechtsgeldig een pandrecht is gevestigd, door hen worden geïnd. De rechtbank overweegt echter dat door het verstrijken van de termijn van artikel 58 Fw de inningsbevoegdheid van de vorderingen op de curator is overgegaan. Een en ander laat weliswaar onverlet dat de borgen in het geval van inning van de vorderingen door de curator hun voorrang als pandhouders op grond van de artikelen 3:278 en 3:279 BW behouden bij de uitdeling in het faillissement of de

verdeling van de executieopbrengst, maar zij dienen hiertoe wel hun rechtsvorderingen op het geïnde ter verificatie aan te melden op grond van artikel 26 in verbinding met artikel 110 Fw en delen mee in de omslag van faillissementskosten op grond van artikel 182 Fw. Tevens zijn zij alsdan bevoegd om als meest gereede partij overeenkomstig artikel 481 lid 1 Rv de benoeming van een rechter-commissaris ten behoeve van het openen van een rangregeling te verzoeken. Bij betwisting van de vorderingen en gebreke van een minnelijke regeling volgt een renvooiprocedure in de zin van artikel 122 Fw. Gelet hierop concludeert de rechtbank dan ook dat de gevorderde verklaring voor recht geen zelfstandige betekenis heeft (vgl. HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:675 in 3.5.2.). Feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de borgen bij de door hen gevorderde verklaring voor recht een ander belang hebben dan het innen van de vorderingen van, althans, nu zij tot inning niet langer gerechtigd zijn, dat deze vorderingen worden voldaan uit de boedel, zijn niet gesteld of gebleken. De rechtbank verklaart de borgen dan ook niet-ontvankelijk in hun vordering.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 03-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:6394

Zaaknummer: C-09-466126 - HA ZA 14-592

Rechters: M.C. van Ritsema Eck-van Drempt

Advocaten: F.J.H. Somers en M.F.J. Anink

Wetsartikelen: 25 Fw, 26 Fw, 58 Fw, 182 Fw, 122 Fw en 481 lid 1 Rv

RECHTSPRAAK

Coface/Intergamma ook van toepassing op onoverdraagbaarheidsbedingen opgenomen in overeenkomsten.

In de onderhavige zaak vordert de curator afdracht van een tweetal door een bank geïnde vorderingen, nu de bank als gevolg van twee onoverdraagbaarheidsbedingen geen rechtsgeldig pandrecht op deze vorderingen heeft verkregen. De rechtbank komt met toepassing van de Coface/Intergamma-maatstaf tot de conclusie dat er met de onoverdraagbaarheidsbedingen geen goederenrechtelijke werking is beoogd. Het feit dat een van deze bedingen in een overeenkomst is opgenomen (en niet in algemene voorwaarden) maakt dat volgens de rechtbank niet anders.

Medio oktober 2013 worden een aantal vennootschappen toebehorende tot de Astrea Groep op eigen verzoek failliet verklaard. De Astrea-vennootschappen bankierden bij Van Lanschot, welke bank onder meer een rekening-courant aan de Astrea-vennootschappen had verstrekt. Tot meerdere zekerheid had Van Lanschot (via een verzamelpandakte) een pandrecht verkregen op alle bestaande en toekomstige vorderingen van de Astrea-vennootschappen op derden. Na datum faillissement is een tweetal vorderingen dat Astrea nog op derden had op de bij Van Lanschot aangehouden bankrekening voldaan. In de onderhavige procedure vordert de curator 'afdracht' van deze (door Van Lanschot verrekende) bedragen. Van Lanschot weigert dit. Van Lanschot meent namelijk dat zij een rechtsgeldig pandrecht op deze vorderingen had. De curator bestrijdt dit. In een overeenkomst met betrekking tot vordering 1 en in een set algemene voorwaarden met betrekking tot vordering 2 zou namelijk zijn bedongen dat de vorderingen '*cannot be transferred*' respectievelijk niet '*mogen (...) worden overgedragen*'. Deze onoverdraagbaarheidsbedingen – met goederenrechtelijke werking – impliceren dat er geen pandrecht tot stand is gekomen, aldus nog steeds de curator.

Onder verwijzing naar het Coface/Intergamma arrest (HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 Coface/Intergamma) overweegt de rechtbank dat een beding dat naar zijn aard mede bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden die de bedoeling van contracterende partijen niet kennen, en dat ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen, dient te worden uitgelegd naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de Haviltexmaatstaf. Als uitgangspunt bij uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van

een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW is beoogd. Ten aanzien van het beding in de algemene voorwaarden oordeelt de rechtbank dat hiermee geen goederenrechtelijke werking is bedoeld. In het beding is namelijk bepaald dat vorderingen '*niet mogen*' worden overgedragen, welk beding zich dus niet tot de vordering richt (om daaraan de eigenschap van onoverdraagbaarheid toe te kennen) maar juist tot de schuldeiser (omdat het hem wordt verboden de vordering over te dragen). Dit wijst er volgens de rechtbank op dat (met inachtneming van de hierboven weergegeven uitlegregel) partijen aan het beding (slechts) verbintenisrechtelijke werking hebben willen geven. Ten aanzien van het onoverdraagbaarheidsbeding in de overeenkomst komt de rechtbank tot dezelfde conclusie. Het feit dat het beding in een overeenkomst is opgenomen, en niet in algemene voorwaarden, maakt dat volgens de rechtbank niet anders. De reden voor een uitleg naar objectieve maatstaven is immers niet primair gelegen in het feit dat een beding in algemene voorwaarden is opgenomen, maar in het feit dat een overdrachtsverbod is bestemd de rechtspositie van derden (zoals toekomstige cessionarissen en pandhouders) te beïnvloeden door aan de vordering de eigenschap van niet-overdraagbaarheid te geven.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 03-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2015:3337

Zaaknummer: C/01/284493 / HA ZA 14-742

Rechters: T. Zuidema

Advocaten: W.J.G. Smits en S. Winkels-Koerselma

Wetsartikelen: 3:83 lid 2 BW en 3:228 BW

RECHTSPRAAK

Coface/Intergamma. Gebruik van het werkwoord 'kunnen' impliceert goederenrechtelijke werking bij een onoverdraagbaarheidsbeding. Het feit dat de vordering wel overdraagbaar is mits er toestemming is gegeven staat er niet in de weg dat met een dergelijk beding goederenrechtelijke werking kan zijn beoogd.

In de onderhavige zaak vordert een cessionaris nakoming van een aan haar gecedeerde vordering. Volgens de rechtbank heeft de cessionaris echter nimmer de vordering verkregen nu tussen de cedent en debitor cessus was bedongen dat de vordering niet overgedragen kon worden zonder voorafgaande toestemming – welke toestemming niet is gegeven – terwijl het beding daarnaast goederenrechtelijke werking heeft nu partijen gebruik hebben gemaakt van het werkwoord 'kunnen'.

New Business Generation Holding B.V. (hierna: NBG) had begin augustus 2009 een achtergestelde lening verstrekt aan haar volledige dochtervennootschap Mia Media B.V. (hierna: MM) ten bedrage van € 157.787,50. In de leningsdocumentatie was onder meer opgenomen dat beide partijen – zonder voorafgaande toestemming – de rechten en verplichtingen uit de geldleningsovereenkomst niet kunnen overdragen. Drie weken na het sluiten van de geldleningsovereenkomst heeft NBG de rechten voortvloeiend uit de geldleningsovereenkomst gecedeerd aan QYN B.V. (hierna: QYN). In februari 2012 is NBG ontbonden. QYN vordert nu nakoming van de aan haar gecedeerde vordering. In geschil tussen QYN en MM is nu of de vereiste toestemming voor de cessie aan QYN van de vordering op MM uit hoofde van de geldleningsovereenkomst wel is verleend en zo niet, wat de gevolgen daarvan zijn voor de cessie van de vordering aan QYN.

De rechtbank stelt voorop dat in de gegeven omstandigheden niet is gebleken dat er toestemming voor de cessie is verleend. De rechtbank gaat dan ook vervolgens in op de vraag wat de rechtsgevolgen zijn van het ontbreken van deze vereiste toestemming. Bij de beoordeling hiervan overweegt de rechtbank dat de Hoge Raad als uitgangspunt heeft geformuleerd dat bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, aangenomen moet worden dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking

hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven met in achtneming van de zogenoemde 'Haviltex-maatstaf' uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW is beoogd (ECLI:NL:HR:2014:682). Dat overdraagbaarheid onder voorwaarden (i.c. met toestemming) mogelijk is, is volgens de rechtbank niet voldoende om zonder meer aan te nemen dat het beding geen goederenrechtelijke werking heeft. Relevant is immers wat de betekenis van het verbod is als niet aan de voorwaarden is voldaan. Het werkwoord '*kunnen*' impliceert volgens de rechtbank dat het beding partijen niet verbiedt de vordering over te dragen, maar dat het beding het onmogelijk maakt om – zonder toestemming – de vordering over te dragen. Uit die formulering blijkt dat de partijen bij de geldleningsovereenkomst, NBG en MM, een verbod met goederenrechtelijke werking hebben beoogd, aldus de rechtbank. De rechtbank is derhalve van oordeel dat het onderhavige beding goederenrechtelijke werking heeft. Aangezien de vereiste toestemming niet is gegeven is de vordering niet overdraagbaar. QYN is derhalve geen rechthebbende geworden van de vordering uit de geldleningsovereenkomst. De rechtbank wijst de vordering van QYN tot nakoming dan ook af.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 03-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:3658

Zaaknummer: C/13/574417 / HA ZA 14-998

Rechters: J. Kloosterhuis

Advocaten: S.M.E. Hirdes en S.V. Hardonk

Wetsartikelen: 3:83 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Beslagkosten zijn geen executiekosten die een hypotheekhouder dient te voldoen. Het door een beslaglegger weigeren om zijn beslag op te heffen totdat deze kosten zijn voldaan levert dan ook misbruik van bevoegdheid op.

In de onderhavige zaak wijst de voorzieningenrechter de opheffing van een op een appartementsrecht gelegd beslag toe, nu de weigering van de beslaglegger om zijn beslag op te heffen omdat zijn beslagkosten niet door de hypotheekhouder zijn voldaan, onder de gegeven omstandigheden misbruik van bevoegdheid oplevert.

Op een op 21 juni 2002 verhypothekend appartementsrecht wordt op 23 september 2013 executoriaal beslag gelegd. De hypotheekhouder neemt hierop de executie niet over, maar verkoopt het appartementsrecht na daartoe een volmacht van de rechthebbende van het appartementsrecht te hebben verkregen. De levering van het appartementsrecht vindt evenwel niet al plaats nu de beslaglegger (princiepelijk) weigert om zijn beslag op te heffen totdat zijn gemaakte kosten tot het (doen) leggen van beslag ad € 488,25 zijn voldaan. In kort geding vordert de hypotheekhouder dan ook opheffing van het beslag op de grond dat de beslaglegger in zijn ogen misbruik maakt van bevoegdheid.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de vraag of de beslaglegger misbruik maakt van zijn bevoegdheid door opheffing van het executoriaal beslag te weigeren, enkel en alleen omdat de hypotheekhouder weigert de door hem gemaakte beslagkosten te voldoen, bevestigend dient te worden beantwoord. Bij deze stand van zaken valt volgens de voorzieningenrechter immers niet in te zien dat en op grond waarvan de beslagkosten door de hypotheekhouder als executiekosten uit de verkoopopbrengst van het appartement zouden moeten worden voldaan. Deze beslagkosten zijn immers geen executiekosten die de hypotheekhouder als executant zelf in het kader van de uitoefening van zijn recht van parate executie heeft moeten maken om de opbrengst te realiseren. Deze kosten behoren dan ook voor rekening en risico van de beslaglegger te komen. De wet biedt naar het oordeel van de voorzieningenrechter in ieder geval geen aanknopingspunten om te kunnen of moeten veronderstellen dat bij een executoriale verkoop van een registergoed waarop een of meer

beslagen rusten, de executant uit de verkoopopbrengst de met die beslagen gepaard gaande kosten als executiekosten aan de beslagleggers zou dienen te voldoen. De vordering tot opheffing van het beslag wijst de voorzieningenrechter dan ook toe.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 01-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:4635

Zaaknummer: C-03-205973 - KG ZA 15-230

Rechters: A.J. Henzen

Advocaten: G. Hamers

Wetsartikelen: 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Uiterlijk op de verificatievergadering moet duidelijk zijn namens welke schuldeiser een vordering in het faillissement is ingediend.

In de onderhavige zaak dient een schuldeiser een vordering ter verificatie in, doch hij vergeet daarbij te vermelden dat hij dit gedeeltelijk zowel voor zichzelf en gedeeltelijk (op basis van een last tot incasso) namens een ander doet. De rechtbank overweegt dat de curator terecht enkel de vordering die door de schuldeiser namens zichzelf is ingediend erkend heeft nu de eigenschappen van een verificatievergadering nu juist met zich meebrengen dat uiterlijk op de verificatievergadering duidelijk moet zijn wie als schuldeiser optreedt.

In het faillissement van een tweetal personen heeft de Rabobank, uit hoofde van een door haar verstrekt krediet, een vordering van € 272.677,71 ter verificatie aangemeld. Nadien is een gedeelte van dit bedrag, namelijk € 177,595, door de Staat aan de Rabobank betaald. Op basis van de tussen de Staat en de Rabobank bestaande rechtsverhouding gold in dat geval dat de Rabobank gemachtigd werd om namens de Staat de vordering van de Staat te innen. De curator weigert evenwel thans de gehele vordering van € 272.677,71 te erkennen. De curator stelt zich namelijk op het standpunt dat slechts € 95.082,71 (€ 272.677,71 minus € 177,595) voor verificatie in aanmerking komt nu de Rabobank niet uiterlijk tijdens de verificatievergadering kenbaar heeft gemaakt een vordering namens de Staat te incasseren. In de onderhavige renvooiprocedure vordert de Rabobank dat de curator alsnog de gehele vordering erkent.

De rechtbank overweegt dat op de verificatievergadering de rechten van de schuldeisers in het faillissement worden vastgesteld. Erkenning van de door de schuldeisers ingediende vorderingen heeft op grond van artikel 121 lid 4 Fw kracht van gewijsde. Het proces-verbaal van de verificatievergadering levert voor de schuldeiser wiens vordering is erkend na datum faillissement een executoriale titel op (art. 196 Fw). De betwisting van de vordering door de curator of een van de andere schuldeisers in het faillissement leidt tot een verwijzing naar de renvooiprocedure, zonder dat een dagvaarding behoeft te worden uitgebracht. De renvooiprocedure strekt ertoe dat de in het faillissement ingediende vordering van een schuldeiser tot een bepaald bedrag wordt erkend. Schuldeisers die ter verificatievergadering geen betwisting hebben gedaan, kunnen zich in de renvooiprocedure niet voegen of

tussenkomen (art. 122 lid 4 Fw). Deze rechtsgevolgen maken volgens de rechtbank dat uiterlijk op de verificatievergadering duidelijk moet zijn wie als schuldeiser optreedt. Dit betekent ook dat in voorkomend geval uiterlijk ten tijde van de verificatievergadering door een gevolmachtigde (formele) schuldeiser kenbaar moet zijn gemaakt namens welke (materiële) schuldeiser de vordering in het faillissement is ingediend. Nu tussen partijen vast staat dat de Rabobank niet uiterlijk ter verificatievergadering kenbaar heeft gemaakt dat zij zowel voor zichzelf als namens de Staat een vordering in het faillissement heeft ingediend, komt aan de last tot incasso van de Staat geen betekenis toe. De curator heeft het door de Staat aan Rabobank uitgekeerde bedrag van € 177.595 dan ook terecht in mindering gebracht op de vordering van de Rabobank.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 27-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2015:6016

Zaaknummer: C/02/287084 / HA ZA 14-643

Rechters: P.H.J.G. Römers

Advocaten: M.M.S. ter Beek-Ehren en P.E. Butterman

RECHTSPRAAK

Subrogatie door voldoening vordering door niet-medeschuldenaar onder kredietdocumentatie.

In de onderhavige zaak oordeelt het hof dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat een bepaalde vennootschap onder een kredietovereenkomst geen medeschuldenaar was zodat deze vennootschap – terecht – is gesubrogeerd voor hetgeen door haar (via uitwinning van een pandrecht op een aan haar toekomend bouwdepot) aan de Rabobank is verstrekt.

Ter financiering van de bouw van een windturbinepark heeft de Rabobank krediet verstrekt aan WPA, als *First Original Borrower*, en aan REC-A, als *Second Original Borrower*. Het vervolgens ter uitvoering van de kredietovereenkomst aan WPA ter beschikking gestelde krediet is daarop (gedeeltelijk) doorgestort aan REC-A. REC-A heeft dit bedrag vervolgens zelf weer doorgestort naar een (aan de Rabobank verpand) bouwdepot van waaruit de kosten van de bouw van het windturbinepark werden voldaan. Een aantal maanden later heeft de Rabobank, ter aflossing van haar vorderingen onder de kredietovereenkomst, haar pandrecht op het bouwdepot uitgewonnen. In eerste aanleg heeft SFF (na cessie door REC-A) met succes betaling gevorderd van WPA voor het bedrag dat hiermee gemoeid was. WPA is hiertegen in beroep gekomen. Volgens WPA heeft de rechtbank de kredietovereenkomst foutief geïnterpreteerd door REC-A ten onrechte niet als medeschuldenaar aan te merken zodat REC-A niet gesubrogeerd kan zijn in hetgeen de Rabobank uit hoofde van haar pandrecht van REC-A heeft verkregen.

Het hof overweegt dat de vraag of REC-A als medeschuldenaar tegenover Rabobank heeft te gelden dient te worden bepaald door de uitleg van hetgeen WPA en REC-A enerzijds en Rabobank anderzijds zijn overeengekomen. Het hof oordeelt hieromtrent dat de rechtbank terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat de taalkundige betekenis van de bewoordingen van de financieringsdocumentatie in onderlinge samenhang bezien, beslissend is. Immers, het gaat hier om een gecompliceerde financieringstransactie, gesloten tussen commerciële partijen, waarbij de schriftelijke vastlegging met behulp van juridische professionals heeft plaatsgevonden. Op zich is juist dat de overige omstandigheden van het geval ertoe kunnen leiden dat een andere dan de louter taalkundige betekenis aan de bewoordingen van contractuele bepalingen moet worden gehecht (zie o.m. HR 5 april 2013,

ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214, Lundiform/Mexx). Echter, in dit geval heeft WPA – ook in hoger beroep – volgens het hof geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit een andere bedoeling van de partijen kan worden vastgesteld, dan die uit de tekst van de stukken volgt. Het hof verenigt zich dan ook met de uitleg die de rechtbank heeft gegeven aan de kredietovereenkomst en maakt die uitleg tot de zijne. Aan de hand van een uitleg van de bepalingen van de kredietovereenkomst, in samenhang met een uitleg van de andere stukken, over wie als *'Borrower'*, *'Original Borrower'* en *'relevant Borrower'* zijn aan te merken, stelt WPA dat REC-A een *'relevant Original Borrower'* is en dus als medeschuldenaar heeft te gelden. Het hof verwerpt deze uitleg. WPA miskent dat het feit dat de in het geding zijnde faciliteiten ook aan REC-A ter beschikking stonden, niet, en zeker niet zonder meer, betekent dat zij ook (mede)schuldenaar is wanneer – uitsluitend – WPA van die faciliteit gebruikmaakt. De tekst van de kredietovereenkomst wijst in een andere richting. In artikelen 7.1.1 t/m 7.1.3 van de kredietovereenkomst is geregeld wie aan Rabobank terug moet betalen als er van een faciliteit gebruik wordt gemaakt (de *'Repayment'*). Daar wordt expliciet bepaald dat de betalingsverplichting rust op de partij die *'under Facility [...]'* leent. De juistheid van de lezing van WPA is temeer onaannemelijk omdat een expliciete regeling van (al of niet hoofdelijke) aansprakelijkheid van REC-A voor kredietopnamen door WPA, stellig opgenomen zou zijn in de uitvoerige, en professioneel vervaardigde financieringsdocumentatie. Dat een dergelijke regeling ontbreekt, biedt een sterke aanwijzing dat medeschuldenaarschap niet beoogd werd. Kennelijk was het voor Rabobank voldoende dat REC-A een pandrecht op het bouwdepot heeft verstrekt.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:1191

Zaaknummer: 200.124.876-01

Rechters: H.J. Vetter, R.S. van Coevorden en R.F. Groos

Advocaten: A.M. van Aerde en J.M.K.P. Cornegoor

Wetsartikelen: 6:151 BW

RECHTSPRAAK

Rechtbank verklaart een advocatenkantoor uit Maastricht failliet ondanks het verweer dat de Belgische rechter bevoegd zou zijn nu de enige werkzame advocaat bij dat kantoor in België woonachtig is. Geen aanwijzingen om af te wijken van artikel 3 lid 1 InsVo dat de statutaire zetel in beginsel aanwijst als de plaats waar het centrum van voornaamste belangen (COMI) is gelegen.

In de onderhavige zaak wordt een advocatenkantoor uit Maastricht failliet verklaard. Het verweer van de failliet dat het kantoor slechts uit één in België woonachtige advocaat bestaat waardoor de Nederlandse rechter niet bevoegd zou zijn, wordt door de rechtbank verworpen.

De voormalige verhuurder van een pand waarin een (eenpitter) advocaat kantoor hield, verzoekt de rechtbank het kantoor failliet te verklaren. De advocaat (tevens enig aandeelhouder/bestuurder van het kantoor) verweert zich hiertegen. Volgens de advocaat is de Nederlandse rechter namelijk onbevoegd omdat hij zelf woonachtig is in België en de Belgische rechter aldus bevoegd is als de rechter van het land waar haar centrum van voornaamste belangen is gelegen.

De rechtbank overweegt dat ingevolge het bepaalde in artikel 3 lid 1 IVO de rechters van de lidstaat waar het centrum van voornaamste belangen is gelegen bevoegd zijn de insolventieprocedure te openen. Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt, zolang het tegendeel niet bewezen is, de plaats van de statutaire zetel vermoed het centrum van voornaamste belangen te zijn. Dat vermoeden kan worden weerlegd, indien aan de hand van objectieve, voor derden verifieerbare factoren, wordt aangetoond dat het werkelijke centrum van belangen zich in een andere lidstaat bevindt. Het centrum van de voornaamste belangen dient overeen te komen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is. Nu schuldenaar, zoals door haar zelf naar voren is gebracht, sedert geruime tijd in het geheel geen economische activiteiten meer ontplooit, noch in Nederland, noch in België dan wel elders binnen een EU-lidstaat of daarbuiten, oordeelt de rechtbank dat er geen sprake meer is van een daadwerkelijk functionerend centrum van haar voornaamste belangen. Mitsdien kan als zodanig alleen haar

statutaire zetel gelden. Met deze opvatting is volgens de rechtbank de rechtszekerheid in het economisch verkeer, waaraan schuldenaar immers niet meer deelneemt, het beste gediend. Nu de statutaire zetel van schuldenaar is gelegen in Maastricht acht de Rechtbank Limburg zich bevoegd om van het verzoek kennis te nemen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 21-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:4247

Zaaknummer: C/03/15/195 F

Rechters: R.P.J. Quaedackers

Advocaten: R.C.C.M. Nadaud

Wetsartikelen: 3 lid 1 InsVo

RECHTSPRAAK

Geen sprake van (oneigenlijke) lossing nu de curator op eigen houtje verpande zaken heeft verkocht.

In de onderhavige zaak vordert de curator terugbetaling van het door haar aan de bank betaalde bedrag uit hoofde van onverschuldigde betaling/ongerechtvaardigde verrijking omdat er sprake zou zijn van (oneigenlijke) lossing van de pandrechten op een aantal door de curator verkochte roerende zaken. De rechtbank meent evenwel dat er in dit geval geen sprake is van (oneigenlijke) lossing nu er tussen de bank en de curator geen overeenstemming bestond over de verkoop (i.e. lossing) en de bank niet op het punt stond om de roerende zaken te executeren (i.e. oneigenlijke lossing).

Op 9 oktober 2012 is Kliniek Holystaete Heerenveen B.V. (hierna: de Kliniek) failliet verklaard. De activa van de Kliniek, welke verpand waren aan de Friesland Bank ter securering van een openstaand krediet van ca. € 1 miljoen, is vervolgens getaxeerd op ca. € 200.000 (executiewaarde). Op 26 april 2013 heeft de curator de activa kunnen verkopen aan een derde voor een bedrag van ca. € 1,2 miljoen. Op dat moment had de Friesland Bank echter geen medewerking c.q. toestemming aan de verkoop verleend, noch was er overeenstemming bereikt over het bedrag dat de Friesland Bank uit de boedel mocht ontvangen. De Friesland Bank wilde dan ook pas overgaan tot royement van haar pandrechten na voldoening van haar gehele openstaande vordering van ca. € 1 miljoen. Onder protest heeft de curator dit gedaan, waarna de Friesland Bank haar pandrechten heeft geroyeerd. In de onderhavige procedure vordert de curator (terug)betaling van het verschil tussen het door haar betaalde bedrag (ca. € 1 miljoen) en de executiewaarde van de verpande roerende zaken (ca. € 200.000). Volgens de curator zijn de pandrechten immers door (oneigenlijke) lossing (ex art. 58 lid 2 Fw) tenietgegaan als gevolg waarvan de curator voor een bedrag van ca. € 800.000 onverschuldigd aan de Friesland Bank heeft betaald, althans deze laatste voor dit bedrag ongerechtvaardigd is verrijkt.

De rechtbank overweegt dat een pandhouder en een pandgever/curator ingevolge artikel 3:251 lid 2 BW een onderhandse verkoop door de pandgever/curator kunnen overeenkomen. In die situatie – de zogenoemde *oneigenlijke* lossing – verkoopt de pandgever/curator de verpande goederen ten behoeve van de pandhouder en is die verkoop te duiden als de uitoefening door

de pandhouder van zijn recht van parate executie (vgl. HR 25 februari 2011, *NJ* 2012/74 en HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264). Die situatie doet zich volgens de rechtbank in het onderhavige geval echter niet voor. Volgens de rechtbank heeft de curator namelijk geen concrete feiten of omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat hij de roerende zaken van De Kliniek ten behoeve van Friesland Bank – in het kader van de uitoefening van haar executiebevoegdheid – heeft verkocht. Ook is niet komen vast te staan dat er tussen de curator en Friesland Bank overeenstemming bestond over de verkoop van de aan Friesland Bank verpande roerende zaken, te minder nu partijen geen overeenstemming hebben bereikt over de hoogte van het bedrag dat Friesland Bank als pandhoudster toekomt en evenmin over betaling van een boedelbijdrage. Het vorenstaande brengt met zich dat naar het oordeel van de rechtbank van oneigenlijke lossing geen sprake is. Van lossing in de zin van artikel 58 lid 2 Fw is naar het oordeel van de rechtbank evenmin sprake. Lossing is erop gericht om een executie door de separatist (Friesland Bank) te voorkomen. De curator heeft geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat Friesland Bank op het punt stond om van haar executiebevoegdheid gebruik te maken. Ook heeft de curator Friesland Bank niet voorafgaand aan de verkoop betaald, maar nadien. De rechtbank is daarom van oordeel dat de curator de activa van De Kliniek op eigen titel onderhands aan een derde heeft verkocht, met als gevolg dat de verkoopopbrengst in de boedel valt. Op die verkoopopbrengst kan Friesland Bank haar voorrang als pandhoudster doen gelden (art. 3:278 lid 1 jo. art. 3:279 BW). De rechtbank oordeelt tot slot dat de waarde die aan de aan Friesland Bank verpande roerende zaken moet worden toegekend in ieder geval neerkomt op een bedrag ter grootte van voornoemde koopsom van € 414.655, als gevolg waarvan de Friesland Bank het verschil tussen dit bedrag en het aan haar betaalde als onverschuldigd ontvangen aan de curator dient terug te storten.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 13-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:2309

Zaaknummer: C-17-130131 - HA ZA 13-304

Rechters: R. Giltay, S.B. van Baalen en E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: J.M. van Rongen en W. Mollema

Wetsartikelen: 3:227 BW, 3:278 lid 1 BW en 58 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

Curator heeft geen zorgplicht om een schuldeiser op eventuele renteaanspraken te wijzen.

In de onderhavige zaak tracht een schuldeiser zijn rentevordering (welke hij niet heeft kunnen indienen ex art. 128 Fw (oud)) geldend te maken in het tweede faillissement van de failliet. De rechtbank overweegt echter dat er niet voldoende gebleken is dat deze schuldeiser aan de (in 1987) geldende voorwaarden heeft voldaan om aanspraak te kunnen maken op (wettelijke) rente. De curator had volgens de rechtbank voorts geen zorgplicht om de schuldeiser hierover te informeren of adviseren.

In 2011 is het faillissement van een in 1987 failliet verklaarde vennootschap tot een einde gekomen, waarbij aan alle geverifieerde schuldeisers het volledige bedrag van hun vordering werd uitgekeerd. Nadien bleken echter nog baten te bestaan waardoor – ingevolge artikel 2:19 lid 5 BW – de vennootschap is blijven voortbestaan voor zover dit voor de vereffening van het restant van haar vermogen nodig was. De in dat kader benoemde vereffenaar heeft hierop echter – nadat was vastgesteld dat de vorderingen van de vennootschap in liquidatie groter waren dan haar baten – het faillissement van de vennootschap aangevraagd. In de onderhavige renvooiprocedure vordert een schuldeiser dat zijn vordering met grondslag (wettelijke) rente wordt erkend in het faillissement van de vennootschap. Uit de slotuitdeling van faillissement d.d. 2011 had deze schuldeiser namelijk weliswaar de hoofdsom van zijn vordering betaald gekregen, maar niet de wettelijke rente (vgl. art. 128 Fw).

De rechtbank oordeelt dat de schuldeiser geen aanspraak heeft uit hoofde van (wettelijke) rente. Niet gesteld of gebleken is immers dat de schuldeiser met de failliet algemene voorwaarden is overeengekomen (op de toen geldende wijze) op basis waarvan de schuldeiser aanspraak kon maken op (wettelijke) rente. Tevens is niet komen vast te staan dat schuldeiser sommatiebrieven aan de failliet heeft verstuurd (of doen versturen) als bedoeld in artikel 1286 lid 3 (oud) BW. Voor zover de schuldeiser betoogt dat het – gelet op de verstreken tijd – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de curator hem aan deze stelplicht en bewijslast houdt, ziet schuldeiser eraan voorbij dat het niet aan de curator ligt dat schuldeiser niet aan zijn stelplicht of bewijslast voldoet, of kan voldoen. Een en ander leidt ertoe dat de rechtbank concludeert dat onvoldoende is gesteld of gebleken om schuldeiser te

kunnen toelaten tot het bewijs van zijn stelling dat hij ten opzichte van de failliet overeenkomstig aanspraak heeft gemaakt op vergoeding van wettelijke rente. Tot slot overweegt de rechtbank dat de curator geen zorgplicht of verplichting jegens de schuldeiser heeft geschonden door hem niet te informeren over het niet behoorlijk doen gelden van een renteaanspraak, respectievelijk om schuldeiser erop te wijzen dat hij zijn administratie diende te bewaren of om zelf bescheiden te bewaren ter onderbouwing van de renteaanspraken. De rechtbank overweegt hier – kort gezegd – toe dat eerst na de beëindiging van het faillissement in 2011 schuldeiser zijn renteaanspraak kenbaar heeft gemaakt. Daarom heeft de curator in faillissement van 1987 geen aandacht hoeven schenken aan een, hem niet bekende en de faillissementsboedel niet rakende, eventuele aanspraak van schuldeiser op rente na beëindiging van dat faillissement.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:3375

Zaaknummer: C-10-433368 - HA ZA 13-966

Rechters: W.P. Sprenger

Advocaten: M.M.E. Bowmer en R.H.M. van RHAM baron Hövell tot Westerflier

Wetsartikelen: 128 Fw

RECHTSPRAAK

Revindicatie van (vermeend eerder) verkochte en geleverde goederen faalt nu geen feiten of omstandigheden zijn gesteld waaruit deze eerdere overdracht zou blijken.

In de onderhavige zaak wensen twee personen een aantal goederen te revindiceren waarvan zij menen dat deze (eerder) aan hen zijn verkocht en geleverd. Het hof meent evenwel dat dit niet genoegzaam is gebleken.

De Maatschap Oude Markt (hierna MOM) is sinds september 2011 eigenaar van een pand te Enschede waarin de discotheek Lunatic was gevestigd. De exploitant van Lunatic huurde het pand van MOM. Wegens een huurachterstand heeft MOM beslag laten leggen op de inventaris van de discotheek. Ter aflossing van (een gedeelte) van de huurschuld heeft de exploitant van Lunatic vervolgens een aantal inventarisgoederen aan MOM geleverd. Twee personen (hierna: appellanten) wensen deze goederen echter te revindiceren nu zij menen dat de exploitant van Lunatic reeds eerder die goederen aan hen had verkocht en geleverd, en aldus beschikkingsonbevoegd was om deze goederen aan MOM over te dragen.

Het hof stelt voorop dat MOM gemotiveerd heeft betwist dat appellanten de eigenaar van de inventaris zijn. MOM heeft onder meer bestreden dat de door appellanten gestelde overeenkomst is gesloten, althans is uitgevoerd. Appellanten hebben tegenover die bestrijding geen feiten of omstandigheden gesteld, waaruit kan blijken dat de inventaris geheel of gedeeltelijk door de exploitant van Lunatic aan hen is geleverd. Nu van levering aan appellanten niet is gebleken, is niet komen vast te staan dat appellanten eigenaar van de inventaris zijn geworden. Hierop stranden de ingestelde vorderingen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:3387

Zaaknummer: 200.143.925

Rechters: H.E. de Boer, S.B. Boorsma en H.J. Rossel

Advocaten: M.A. Schuring en R.W.A. Kroon

Wetsartikelen: 5:2 BW

RECHTSPRAAK

***Schorsing van hoger beroep ex artikel 29 Fw door tussentijds
faillissement van de geïntimeerde.***

In de onderhavige zaak wordt er hoger beroep ingesteld tegen een vonnis terwijl de geïntimeerde reeds is gefailleerd. Met toepassing van artikel 29 Fw wordt de procedure door het hof geschorst.

De faillietverklaring van een vennootschap (i.c. geïntimeerde) is op 12 april 2013 uitgesproken. Op dat moment liep er echter al een procedure in eerste aanleg tegen deze vennootschap aangespannen door (thans) appellante, welke procedure zich sinds 11 oktober 2012 in staat van wijzen bevond. Uiteindelijk op 15 mei 2013 is vonnis gewezen. Tegen dit vonnis is hoger beroep ingesteld door appellante.

Het hof overweegt dat in artikel 26 Fw is bepaald dat rechtsvorderingen die voldoening ener verbintenis uit de boedel ten doel hebben gedurende het faillissement ook tegen de gefailleerde op geen andere wijze ingesteld kunnen worden dan door aanmelding ter verificatie. In artikel 29 Fw is bepaald dat, voor zover tijdens de faillietverklaring aanhangige rechtsvorderingen voldoening ener verbintenis uit de boedel ten doel hebben, het geding na de faillietverklaring wordt geschorst om alleen dan voortgezet te worden, indien de verificatie der vordering betwist wordt. In de onderhavige zaak geldt dan ook volgens het hof dat de vordering van appellante moet worden ingediend ter verificatie. Met toepassing van artikel 29 Fw oordeelt het hof voorts dat dit geding dan ook vanaf het moment dat het weer aanhangig is geworden – derhalve met ingang van 31 juli 2013 – van rechtswege is geschorst, om alleen dan te worden voortgezet indien de verificatie van de vordering wordt betwist.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:3424

Zaaknummer: 200.153.786-01

Rechters: J.H. Kuiper, L. Groefsema en I Tubben

Advocaten: J.A. Trimbach

Wetsartikelen: 29 Fw

RECHTSPRAAK

Overboeking van verpand creditsaldo op een nieuwe rekening tast het daarop gevestigde pandrecht niet aan.

In de onderhavige zaak wordt een verpand creditsaldo tot tweemaal toe op een nieuwe rekening overgeboekt. Met toepassing van de Haviltex-maatstaf komt het hof tot het oordeel dat het pandrecht op de vordering is blijven rusten ondanks het feit dat die vordering thans voortspuit uit een rekening met een andere naam en een ander rekeningnummer.

Appellant was enig bestuurder van Limburg Travel B.V. (hierna: LT), welke vennootschap in november 2013 failliet is verklaard. LT bankierde bij ING, welke bank onder meer een bedrag aan LT heeft geleend van € 240.000. Aan het verstrekken van de lening had ING de voorwaarde verbonden dat appellant een zelfde bedrag zou plaatsen op een bij ING te openen (geblokkeerde) depositorekening en een pandrecht zou vestigen ten behoeve van ING op de vordering uit hoofde van die rekening. Tot tweemaal toe is het bedrag dat op de depositorekening stond overgeplaatst naar een andere rekening. In kort geding heeft appellant gevorderd ING te verbieden om zich op het creditsaldo te verhalen en ING te gebieden het creditsaldo vrij te geven, daartoe stellende dat ING enkel een pandrecht op het creditsaldo uit hoofde van de eerste depositorekening heeft verkregen en niet op het creditsaldo uit hoofde van de nieuwe rekening(en). De voorzieningenrechter heeft deze vordering afgewezen onder de overweging dat met de door appellant ondertekende pandakte(n) een pandrecht is gevestigd op een vordering op naam van appellant op ING ten bedrage van € 240.000 en dat het nummer van de bankrekening waaronder deze vordering op naam is geadministreerd slechts een administratief hulpmiddel is dat de vordering op zichzelf naar aard en omvang onverlet laat. Tegen dit oordeel komt appellant in hoger beroep.

Het hof overweegt dat voor de bepaling van de inhoud van een pandakte niet slechts van belang is wat uit de desbetreffende akte zelf blijkt, maar dat het aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (Haviltex-maatstaf). Daarbij is van belang dat de wet niet meer eisen stelt dan dat de vordering voldoende bepaalbaar is. Daarvoor is voldoende dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld

om welke vordering het gaat. Zie HR 20 september 2002, *NJ* 2002, 610 en vgl. HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 183. Met toepassing van de hiervoor genoemde maatstaf dienden partijen naar het oordeel van het hof over en weer redelijkerwijs te begrijpen dat het door appellant gegeven pandrecht op zijn vordering uit hoofde van de eerste depositorekening, zou blijven rusten op die vordering na het overboeken van die vordering op een rekening met een andere naam en rekeningnummer. Dit geldt temeer waar het bedrag van € 240.000 op een geblokkeerde rekening stond en bleef staan. Het storten van dit bedrag door appellant onder bezwaring van een pandrecht was een voorwaarde voor het verstrekken van een lening door ING aan LT zodat ook in zoverre niet valt in te zien waarom het pandrecht zich zou beperken tot een vordering ter hoogte van dit bedrag op uitsluitend de bankrekening met het in de pandakte vermelde bankrekeningnummer. Het hof bekrachtigt dan ook het kortgedingvonnis.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1582

Zaaknummer: HD200.157.979_01

Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, L.W. Louwerse en M.J. Pesch

Advocaten: T.E.J. Devens en J.M. Atema

RECHTSPRAAK

De indirect bestuurder van een vennootschap handelt niet te goeder trouw voor de toepassing van art. 3:238 BW (rangwisseling) bij het in vuistpand nemen van door de vennootschap stil verpande goederen.

In de onderhavige zaak neemt de indirect bestuurder van een vennootschap een aantal goederen in vuistpand, welke goederen reeds (stil) aan de bank waren verpand. Volgens de rechtbank heeft hier geen rangwisseling plaatsgevonden (ex art. 3:238 BW) nu de indirecte bestuurder het eerder gevestigde pandrecht kende, althans behoorde te kennen.

In maart 2009 heeft ABN Amro (hierna: de Bank) aan 'Vacanza caravans en campers' (hierna: Vacanza) een kredietfaciliteit ter hoogte van € 400.000 beschikbaar gesteld. Tot zekerheid van terugbetaling heeft Vacanza op 23 maart 2009 door het aangaan van een 'combi-pandakte met volmacht' onder meer haar voorraden, inventaris en vorderingen (waaronder verschillende caravans) verpand aan de Bank. Uit hoofde van deze kredietfaciliteit heeft de Bank een vordering gekregen op Vacanza van € 278.969,50. In december 2012 heeft de indirecte medebestuurder en aandeelhouder van Vacanza (hierna: X) eveneens (nood)financiering aan Vacanza beschikbaar gesteld onder verkrijging van een vuistpandrecht op een aantal caravans. Februari 2013 is Vacanza failliet verklaard. In de onderhavige procedure betwisten de Bank en X elkaars aanspraak op de (in escrow gehouden) verkoopopbrengsten van een aantal caravans. De Bank stelt dat zij als oudere pandhouder in die hoedanigheid gerechtigd is tot de pandopbrengsten. X stelt daarentegen dat er 'rangwisseling' heeft plaatsgevonden als bedoeld in artikel 3:238 lid 1 BW waardoor juist zij gerechtigd is tot de opbrengsten. Verder stelt X dat de Bank ongerechtvaardigd verrijkt is c.q. in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt nu de Bank welbewust heeft besloten Vacanza niet meer te financieren, terwijl zij er volledig van op de hoogte was dat X die financiering op zich nam.

De rechtbank overweegt dat de Bank de caravans in pand heeft gekregen krachtens een eerder gevestigd pandrecht dan dat van X. Ten aanzien van de door X gestelde rangwisseling overweegt de rechtbank dat X niet wordt beschermd door artikel 3:238 lid 2 jo. lid 1 BW tegen de door haar gestelde en door de Bank betwiste onbekendheid met dit oudere pandrecht van

de Bank. Volgens de rechtbank was X ten tijde van haar inpandneming van de caravans namelijk bekend met die eerdere verpanding aan de Bank, althans behoorde zij dat in de zin van de hiervoor genoemde wetsbepaling te zijn. X heeft namelijk alvorens in Vacanza te investeren, een onderzoek naar Vacanza ingesteld en dit ook door financieel deskundigen laten doen. Bovendien is in het conceptjaarrapport van Vacanza over 2011, dat aan de Bank werd verstuurd op 13 juli 2013 en waarvan X als (indirect) bestuurder van Vacanza al veel eerder op de hoogte moet zijn geweest, melding gemaakt van de verpanding van (onder meer) de voorraden van Vacanza aan de Bank. Anders dan X stelt, wordt de Bank door het invoeren van haar pandrecht ook niet ongerechtvaardigd verrijkt. Het pandrecht van de Bank is rechtsgeldig gevestigd. Het invoeren van dat recht is daarom gerechtvaardigd. Daaraan kan ook niet afdoen dat, zoals X heeft aangevoerd, X Vacanza heeft gefinancierd omdat de Bank dat niet meer wilde, en dat zonder die financiering door X Vacanza de onderhavige caravans niet in eigendom zou hebben verworven en de Bank aldus de caravans niet in pand zou hebben gekregen. Door te handelen als zij heeft gedaan heeft de Bank volgens de rechtbank voorts niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid gehandeld. Het stond de Bank immers vrij om de afweging te maken om het door haar aan Vacanza verleende krediet niet (verder) te verhogen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 22-04-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:2188

Zaaknummer: C/08/154293 HA ZA 14-185

Rechters: W. Hangelbroek

Advocaten: J.W. van Rijswijk en J.B.A. Jansen

Wetsartikelen: 3:238 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Vordering (rente, kosten en verhogingen) voldoende in hypotheekakte omschreven nu deze voortvloeien uit de (in de akte omschreven) kredietovereenkomst.

In de onderhavige zaak wenst DNB (althans diens curatoren) een hypotheekrecht uit te winnen ter aflossing van een bedrag van € 12.257,15 aan restschuld, inclusief renten, kosten en verhogingen. Het hof overweegt – anders dan door de schuldenaar was gesteld – dat de hypotheekakte de vordering, voor zowel de hoofdsom als de renten, kosten verhogingen, voldoende omschrijft.

Een echtpaar heeft in 2002 bij DSB bank een lening van € 123.000 aangetrokken tot zekerheid waarvan DSB een hypotheekrecht op hun huis heeft verkregen. In 2011 is het echtpaar uit elkaar gegaan en is de woning aan derden verkocht. Van de verkoopopbrengst is een gedeelte van de lening aan DNB afgelost. Een restschuld van € 12.257,15 is overgebleven (inclusief renten, kosten en verhogingen). Ondanks meerdere aanmaningen is het nog openstaande bedrag door het echtpaar nimmer voldaan. In de onderhavige procedure wenst DNB (althans diens curatoren) dan ook het hypotheekrecht uit te winnen. Het (ex-)echtpaar (dat thans niet weer in de woning woont) verzet zich hiertegen. Het stelt daartoe onder meer dat de hypotheekakte geen executoriale titel oplevert voor de nog openstaande vordering.

Het hof stelt bij de beoordeling van de stelling van het echtpaar voorop dat aan de grosse van een authentieke akte slechts executoriale kracht toekomt met betrekking tot op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven vorderingen, alsmede met betrekking tot toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding. In geval de akte betrekking heeft op één of meer vorderingen die aan deze vereisten voldoen, maar de grootte van het verschuldigde bedrag niet wordt vermeld, is de grosse van de akte niettemin voor tenuitvoerlegging vatbaar, wanneer deze de weg aangeeft langs welke op voor de schuldenaar bindende wijze de grootte van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld, behoudens de mogelijkheid van tegenbewijs door de schuldenaar (HR 8 februari 2013, *NJ* 2013/123). Ten aanzien van de onderhavige situatie overweegt het hof

dat de hypotheekakte de datum vermeldt van de kredietovereenkomst, de partijen bij deze overeenkomst en de hoofdsom van € 123.000. Voor zover de restschuld van € 12.257,15 bestaat uit de hoofdsom van de kredietovereenkomst, is de vordering naar het oordeel van het hof dan ook voldoende bepaald omschreven en biedt de hypotheekakte in zoverre in ieder geval een executoriale titel. Voor zover de restschuld van € 12.257,15 bestaat uit rente, kredietverhogingen en kosten vloeien deze – zo hebben de curatoren onvoldoende gemotiveerd betwist gesteld – voort uit de kredietovereenkomst, de daarop toepasselijke algemene voorwaarden en de voorwaarden op de achterkant van de kredietovereenkomst. Nu de rente, kredietverhogingen en kosten voortvloeien uit de kredietovereenkomst, vinden zij – als toekomstige vorderingen – hun grondslag in een op het tijdstip van het verlijden van de hypotheekakte reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:1517

Zaaknummer: 200.153.786-01

Rechters: J.W.M. Tromp, L.R. thoe van Harinxma Slooten en S.B. van Baalen

Advocaten: mr. M.S. Breeman en P.J. Jans

Wetsartikelen: 3:231 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Loonbeslag wordt opgeheven nu het resterende bedrag uit hoofde van een hypothecaire geldlening inmiddels door het beslag is ingehouden.

In de onderhavige zaak komt een schuldeiser in beroep tegen het vonnis van de voorzieningenrechter waarin het loonbeslag onder de werkgever van de schuldenaar is opgeheven nu de vordering reeds voldaan zou zijn. Het hof oordeelt – anders dan de voorzieningerechter – dat er wel een restantbedrag openstaat, maar, nu dit bedrag reeds door het beslag is ingehouden, het beslag toch terecht opgeheven is.

Medio 2006 wordt (vermoedelijk) om fiscale redenen door een vader aan zijn zoon en diens echtgenote een bedrag van ca. € 165.000 ter beschikking gesteld onder verkrijging van een recht van hypotheek (tweede in rang) op hun echtelijke woning. Op meerdere momenten worden er bedragen door het echtpaar betaald aan de vader. Onduidelijk, althans in geschil, is echter of deze bedragen strekten tot aflossing van de geldlening uit 2006 dan wel een ander doel dienden. In 2013 wordt het huwelijk van het echtpaar ontbonden door echtscheiding waarna de echtelijke woning verkocht wordt. Een bedrag van zo'n € 50.000 is hierop aan de vader betaald ter aflossing van de lening. Voor het (door de vader gestelde) restantbedrag is loonbeslag gelegd onder de werkgever van de voormalige echtgenote van de zoon. In kort geding heeft de echtgenote – met succes – opheffing van dit beslag gevorderd. De voorzieningenrechter overwoog hiertoe onder meer dat (i) de vader misbruik maakt van zijn executiebevoegdheid doordat de lening onderdeel uitmaakt van een (fiscale) constructie zodat voorshands onvoldoende aannemelijk is dat de echtgenote enig bedrag aan de vader verschuldigd is en (ii) dat voorshands voldoende aannemelijk is dat de reeds verrichte betalingen aan de vader voorafgaand aan de echtscheiding in mindering strekten van de lening als gevolg waarvan de lening als afgelost kan worden beschouwd. De vader is hiertegen in beroep gekomen.

Het hof overweegt dat aan de echtgenote weliswaar kan worden toegegeven dat de geldlening van € 165.000, gezien de hoogte van het in die periode door de echtgenoten ontvangen inkomen en de kort daarvoor vanuit de stamrechtvennootschap van de zoon aan zijn vader verstrekte geldlening, de nodige vragen oproept. In het kader van dit kort geding, waarin voor verdere bewijslevering in beginsel geen plaats is, heeft de echtgenote volgens het hof evenwel

onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van een schijnconstructie. De eerste grief slaagt dan ook. Ten aanzien van de tweede grief overweegt het hof dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de door het echtpaar verrichte betalingen zagen op andere (onderhandse) door de vader verstrekte leningen, zoals dat door de vader was betoogd. Dit leidt er dan ook toe dat het hof het er onder deze omstandigheden voorshands voor houdt dat de betalingen in mindering strekten van de door de vader in 2006 verstrekte lening. Een door het hof verrichte rekensom leidt tot dan ook tot het oordeel dat er nog slechts een bedrag van € 4.444,82 openstaat. Nu dit resterende bedrag (€ 4.464,28) al door het beslag is ingehouden, oordeelt het hof dan ook dat de voorzieningenrechter terecht het loonbeslag heeft opgeheven maar ten onrechte heeft geoordeeld dat de vader het ingehouden bedrag aan de vrouw had (terug) te betalen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-03-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:2361

Zaaknummer: 200.158.198-01

Rechters: D.H. de Witte, A.M. Koene en M.C.D. Boon-Niks

Advocaten: M.H. Hamberg en N. Türkkol

RECHTSPRAAK

Haviltex-maatstaf ook van toepassing ten aanzien van de vraag ten behoeve van wie een pandrecht is gevestigd, waarbij ook latere gedragingen van partijen – rechtstreeks of zijdelings – van belang kunnen zijn bij de uitleg van de pandakte.

In de onderhavige zaak staat de vraag centraal of één partij geacht kan worden partij te zijn bij een pandakte hoewel zijn naam niet nadrukkelijk in de pandakte wordt genoemd. Het hof oordeelt – onder toepassing van de Haviltex-maatstaf – dat dit inderdaad het geval is.

In 2006 en 2007 heeft een vervoersbedrijf ten behoeve van de aanschaf van twee vrachtwagens een Financiële Rabolease-overeenkomst gesloten met De Lage Landen Financial Services B.V. (hierna: DLL). Tot zekerheid van terugbetaling zijn de vrachtwagens aan DLL verpand. In 2008 heeft de huisbankier van het vervoersbedrijf besloten om het gehele wagenpark, inclusief de twee vrachtwagens, onderhands te verkopen, waar DLL mee heeft ingestemd. De uit de verkoopovereenkomst voortvloeiende koopsom zou vervolgens verpand worden aan zowel de bank als DLL. In de uiteindelijk tot stand gekomen pandovereenkomst wordt echter enkel gerept over verpanding aan 'de bank'. De curator van het inmiddels failliete vervoersbedrijf vordert nu dan ook dat het bedrag dat de koper van de vrachtwagens – volgens de curator onterecht – aan DLL betaald heeft, door DLL wordt terugbetaald.

Het hof overweegt dat bij de uitleg van de pandakte de Haviltex-maatstaf geldt: het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Ook de vraag wie partij zijn bij deze akte en ten behoeve van wie er een pandrecht is gevestigd, is volgens het hof een kwestie van uitleg waarbij geldt dat bepalend is hetgeen partijen daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Anders dan de curator betoogt, behoeft de enkele omstandigheid dat in de tekst van de pandakte niet met zoveel woorden is opgenomen dat voor 'de bank' ook DLL moet worden gelezen, nog niet tot de conclusie te leiden dat aan DLL geen pandrecht toekomt. Zoals uit voormelde maatstaf volgt, gaat het er volgens het hof immers om of over dat pandrecht tussen

pandgever en pandhouder wilsovereenstemming is bereikt en dat kan ook uit andere omstandigheden dan de letterlijke tekst van de pandakte blijken. Anders dan de curator veronderstelt, kunnen ook latere gedragingen van partijen – zoals nadien gevoerde correspondentie tussen partijen of andere betrokkenen – rechtstreeks of zijdelings van belang zijn voor de uitleg van de pandakte en (dus) voor de vraag of er ten behoeve van DLL een pandrecht is gevestigd. Gelet op de onderhavige omstandigheden (i.e. afstand pandrecht in ruil voor vestiging pandrecht op opbrengsten) moet het er dan ook volgens het hof voor worden gehouden dat de bedoeling van partijen was om (ook) een pandrecht te vestigen ten behoeve van DLL. De vordering van de curator wordt dan ook afgewezen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-03-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:2332

Zaaknummer: 200.138.559

Rechters: C.G. ter Veer, H.C. Frankena en mr. drs. F.J.P. Lock

Advocaten: R.E.F. Bergwerf Bok en F.A.M. Knuppe

RECHTSPRAAK

Revindicatie van een in (stille) consignatie gegeven Stradivarius afgewezen nu vertegenwoordiger op basis van de consignatieovereenkomst bevoegd was de viool over te dragen (vgl. HR Mesdag II)

In de onderhavige zaak trachten de (ex-)eigenaren van een (in stille consignatie gegeven) Stradivarius hun viool te revindiceren onder een Nederlandse koper. Volgens de (ex-)eigenaren was de vertegenwoordiger in dit geval namelijk op basis van de consignatieovereenkomst beschikkingsonbevoegd om de viool over te dragen. Het hof oordeelt echter dat de consignatieovereenkomst deze bevoegdheid wel toekende als gevolg waarvan de revindicatievordering strandt.

Een in (stille) consignatie gegeven Stradivarius wordt voor een bedrag van € 2,2 miljoen gekocht door de Nederlandse miljardair Hans Melchers. De koopprijs – welke betaald is door verrekening – wordt echter door de vertegenwoordiger niet aan de eigenaren van de Stradivarius (door)betaald. Sterker nog, de vertegenwoordiger belandt voor zes jaar in een Oostenrijkse gevangenis wegens grootscheepse fraude met (nep)Stradivariussen. Enfin, de (ex-)eigenaren van de Stradivarius trachten dan ook thans de viool te revindiceren onder Hans Melchers, die immers, zo stellen de (ex-)eigenaren althans, van een beschikkingsonbevoegde vervreemder heeft ontvangen. De vertegenwoordiger was immers op grond van de consignatieovereenkomst niet bevoegd om de Stradivarius over te dragen nu (i) de vennootschap van de vertegenwoordiger partij bij de consignatieovereenkomst was en niet hijzelf en (ii) de vertegenwoordiger slechts bevoegd was nadat de koopprijs volledig aan de eigenaren was voldaan, aldus nog steeds de (ex-)eigenaren.

Het hof overweegt dat op basis van hetgeen partijen jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden (*Haviltex*) dient te worden aangenomen dat niet de vennootschap van de vertegenwoordiger partij was bij de consignatieovereenkomst maar de vertegenwoordiger zelf. Immers, de (ex-)eigenaren hebben specifiek de vertegenwoordiger aangezocht met het oog op zijn expertise en contacten die nodig waren om de viool voor een zo hoog mogelijke prijs te verkopen. Het hof vervolgt

dan ook dat, aangenomen dat er sprake is van stille consignatie, een en ander impliceert dat de vertegenwoordiger binnen de grenzen van de opdracht beschikkingsbevoegdheid was en daarbuiten niet (HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, NJ 2012, 88 Mesdag II). Ten aanzien van de stelling van de (ex-)eigenaren dat beschikkingsbevoegdheid in het onderhavige geval ontbreekt, overweegt het hof dat de passage in de consignatieovereenkomst *'The above item remains the property of the above owner unless paid in full'*, anders dan de (ex-)eigenaren stellen, niet eenduidig is. Uit de daarboven opgenomen zinsnede *'In case of a sale we pay the owner the amount of US \$ 2.200.000,-'* valt volgens het hof enkel af te leiden dat het de bedoeling was dat de vertegenwoordiger de koopsom zou incasseren. Dat partijen ervoor gekozen zouden hebben dat de vertegenwoordiger een koopovereenkomst tot stand zou brengen, de koopsom van de koper zou incasseren, het bedrag van US \$ 2.200.000 aan (ex-)eigenaren zou betalen om pas daarna de viool te leveren aan de koper, ligt volgens het hof niet erg voor de hand. De vordering van de (ex-)eigenaren, thans dus daadwerkelijk ex-eigenaren, tot revindicatie van de Stradivarius strandt dan ook.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-03-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:2333

Zaaknummer: 200.138.788

Rechters: C.G. ter Veer, L.J. de Kerpel-van Poel en A.S. Gratama

Advocaten: C.B. Schutte en T.R.B. de Greve

Wetsartikelen: 3:84 lid 1 BW en 5:2 BW

RECHTSPRAAK

Geen actieve inning door de curator nu de door de curator verstuurde facturen in samenwerking met de pandhouder tot stand zijn gekomen en voorts geen betalingsinstructie bevatten.

In de onderhavige zaak meent een pandhouder dat de curator een aantal aan haar stil verpande vorderingen 'actief' heeft 'geïnd'. De rechtbank overweegt echter dat het sturen van facturen met het rekeningnummer van de failliet in dit geval geen actieve inning oplevert nu de facturen geen betalingsinstructie bevatten, terwijl de pandhouder zelf (ook) betrokken was bij het opstellen van deze facturen door de curator.

De curator van een op 26 februari 2013 failliet verklaarde vennootschap stuurt op 12 maart 2013 facturen aan een aantal handelsdebiteuren van de failliet. In de onderhavige zaak spreekt een andere (groeps)vennootschap (hierna: de pandhouder) de curator hierop aan. Volgens de pandhouder dient dit gedrag van de curator opgevat te worden als 'actieve inning' en 'frustratie van de (stille) pandrechten' welke de pandhouder pretendeert te hebben nu zij reeds aan de curator had medegedeeld zelf tot inning te willen overgaan. De pandhouder vordert dan ook een verklaring voor recht dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld, alsook een veroordeling tot (superpreferente) schadevergoeding.

De rechtbank overweegt dat zonder bijkomende omstandigheden het versturen van de onderhavige facturen op te vatten is als een actieve inning door de curator en een frustratie van de pandrechten van de pandhouder, die de curator had laten weten zelf tot inning te willen overgaan. Op de facturen staat immers het bankrekeningnummer van de failliet vermeld, niet zijnde het bankrekeningnummer van de pandhouder. Dit heeft – zonder andersluidende betalingsinstructie – tot gevolg dat de ontvanger van de factuur zal betalen aan de failliet en niet aan de stilpandhouder (niet zijnde de bank waar dit rekeningnummer wordt gehouden). Het versturen van de facturen is dan ook een activiteit gericht op inning van de verpande vorderingen, waarvan de curator zich in beginsel had dienen te onthouden, ook al was de curator hiertoe op dat moment wel bevoegd. Echter, zo overweegt de rechtbank, de conclusie is gerechtvaardigd dat de curator de pandrechten van de pandhouder in dit specifieke geval toch niet heeft gefrustreerd en niet onrechtmatig gehandeld heeft. Anders dan

door de pandhouder is gesteld, kan uit de brief van 12 maart 2013 geen actieve inning worden afgeleid, omdat in deze brief geen betalingsinstructie is gegeven door de curator ten aanzien van de facturen die onder het pandrecht van de pandhouder vallen en de indirect bestuurder van zowel de failliet als de pandhouder nauw betrokken was bij het opstellen van de facturen en deze zonder enig voorbehoud aan de curator ter beschikking heeft gesteld en daarop het rekeningnummer van de failliet heeft vermeld. De pandhouder wist bovendien dat de curator deze facturen zou gaan versturen en zij heeft daaraan meegewerkt en er niet tegen geprotesteerd.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 25-03-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:1800

Zaaknummer: C-16-367902 - HA ZA 14-352

Rechters: A.K. Korteweg

Advocaten: J.J. Degenaar en R. Dufour

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Hoge Raad sanctioneert nieuwe vorm van zaaksvervanging (zakelijke subrogatie). Pandrecht op roerende zaak brengt na vermenging van deze zaak met een andere roerende zaak (waarbij geen van de twee roerende zaken als hoofdzaak is aan te wijzen) van rechtswege een pandrecht met zich mee op het aandeel van de pandgever in deze nieuw gevormde zaak.

In de onderhavige zaak sanctioneert de Hoge Raad een nieuwe en buitenwettelijke vorm van zaaksvervanging (ook wel zakelijke subrogatie genoemd). De Hoge Raad oordeelt namelijk dat een pandrecht op een hoeveelheid aluminium na vermenging met een andere, niet verpande, hoeveelheid aluminium (waarbij geen van de twee hoeveelheden aluminium als hoofdzaak is aan te wijzen) van rechtswege een pandrecht met zich meebrengt op het aandeel van de pandgever in de nieuwe zaak.

Ten behoeve van Glencore AG (hierna: Glencore) heeft Zeeland Aluminium Company N.V. (hierna: Zalco), producent van aluminium, een pandrecht gevestigd op haar huidige en toekomstige voorraad aluminium (zowel onder meer in gesmolten als in gestolde vorm). Op een gegeven moment is Zalco failliet verklaard. Pas enkele dagen na haar faillissement is het fabricageproces van het aluminium stopgezet. Als gevolg hiervan is een hoeveelheid aluminium die zich reeds voor datum faillissement in de ovens bevond (en aldus verpand was) vermengd met een hoeveelheid aluminium die pas na datum faillissement in de ovens terecht is gekomen (en aldus niet verpand was op grond van art. 35 lid 2 Fw). Glencore meent dat zij een pandrecht heeft op het (inmiddels) gestolde aluminium dat zich in de ovens bevindt. Het hof meent van niet. Volgens het hof was het pandrecht op de hoeveelheid aluminium namelijk teniet gegaan door vermenging met de niet-verpande hoeveelheid aluminium. Tegen onder meer dit oordeel komt Glencore in cassatie.

Na een uitgebreid college over natrekking, vermenging en zaaksvorming concludeert P-G Hammerstein tot vernietiging en verwijzing. Weliswaar is er volgens de P-G bij vermenging sprake van origineire eigendomsverkrijging en heeft dit tot gevolg dat de zaak waarop het pandrecht is gevestigd verdwijnt als gevolg van de vermenging (en dus ook het daarop

gevestigde pandrecht, vgl. art. 3:81 lid 2 onder a BW), maar in dit geval – zo vervolgt de P-G – zou er een vorm van (buitenwettelijke) zaaksvervangings aangenomen moeten worden. Het eigendomsrecht van de verpande zaak blijft immers door mede-eigendom in stand, zodat ook het pandrecht gewoon voortduurt, aldus nog steeds de PG.

Waarom dit volgens de P-G het geval *zou moeten zijn* blijft echter grotendeels onbeantwoord. De enkele argumentatie die door de P-G wordt gegeven voor de acceptatie van deze buitenwettelijke vorm van zaaksvervangings is een verwijzing naar het proefschrift van Sagaert waarin te lezen valt dat *'vermenging als grondslag voor het verlies van zakelijke rechten steeds meer wordt teruggedrongen'*. [In mijn optiek is deze argumentatie nogal zwak. Een feitelijke constatering over wat is ('is') kan immers nimmer zelfstandig een stelling over wat behoort te zijn ('ought') dragen of rechtvaardigen (het zogeheten 'is-ought-problem' of 'Hume's guillotine'), GÁCO].

De Hoge Raad komt tot dezelfde conclusie als de P-G waartoe hij als volgt overweegt:

'Voor het geval dat geen van de zaken als hoofdzaak kan worden aangewezen, bepaalt art. 5:14 lid 2 BW dat een nieuwe zaak ontstaat. Art. 5:15 BW brengt in verbinding met art. 5:14 BW in een zodanig geval mee dat van rechtswege een nieuw pandrecht ontstaat op een aandeel in de nieuwe zaak ten behoeve van degene die het pandrecht op de door vermenging tenietgegane zaak had gevestigd. Weliswaar is dit niet met zoveel woorden in de genoemde artikelen geregeld, maar het strookt met de inhoud en strekking van die bepalingen dat zij ook het hier aan de orde zijnde geval bestrijken van vermenging van gelijksoortige zaken, op één waarvan een pandrecht rust.'(r.o. 3.7.4.).

De Hoge Raad komt aldus op basis van een teleologische interpretatie van genoemde artikelen tot het oordeel dat een pandrecht op een roerende zaak van rechtswege een pandrecht meebrengt op het aandeel van de pandgever in de na vermenging ontstane nieuwe roerende zaak (voor zover geen van de twee roerende zaken als hoofdzaak is aan te wijzen).

En passant lijkt de Hoge Raad met dit arrest mogelijk ook de deur open te hebben gezet voor andere vormen van buitenwettelijke zaaksvervangings (zoals zaaksvervangings bij het eigendomsvoorbehoud zoals onder meer bepleit door J.E. Jansen, *TvI* 2012/28 (afl. 6), p. 134-139). Stilzwijgend lijkt de Hoge Raad namelijk afstand te doen van de in HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471, m.nt. Kleijn (Mulder q.q./CLBN) geformuleerde rechtsregel dat zaaksvervangings alleen mogelijk is op grond van een *'daartoe strekkende regel'*.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 03-03-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:504

Zaaknummer:

Rechters: F.B. Bakels, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion, G. Snijders en M.V. Polak

Advocaten: J.W.H. van Wijk, G.C. Nieuwland en W.H. van Wemel

Wetsartikelen: 5:14 BW

RECHTSPRAAK

Per abuis op de verkeerde bankrekening betaald? Bank niet gehouden onverschuldigd bedrag terug te betalen.

Per abuis betaald op de bankrekening van een inmiddels failliete entiteit? In de onderhavige zaak oordeelt het hof – niet verassend – dat je dit bedrag niet zomaar van de bank kan terugvorderen, ook al breng je nog zoveel leerstukken in stelling.

Hoewel de onderneming van een schoonmaakbedrijf medio oktober 2008 is overgenomen door een ander schoonmaakbedrijf, blijft één klant per abuis op de bankrekening betalen van het oude schoonmaakbedrijf. In totaal wordt er op deze manier voor ongeveer € 24.000 op de verkeerde bankrekening betaald. Het oude schoonmaakbedrijf is inmiddels failliet verklaard, welk faillissement eveneens al is opgeheven bij gebrek aan baten. In de onderhavige procedure vordert de klant (althans het nieuwe schoonmaakbedrijf als lasthebber van de klant) dan ook niet terugbetaling van dit bedrag van het oude schoonmaakbedrijf, maar terugbetaling van de bank. Als grondslag hiervoor voert de klant aan dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de bank niet dit onverschuldigd betaalde bedrag terugbetaalt, althans dat de bank zodoende onrechtmatig handelt.

Het hof overweegt dat de bank op basis van haar rekening-courantverhouding bevoegd was om de door haar van de klant ontvangen betalingen te verrekenen met haar vorderingen op het voormalige schoonmaakbedrijf. De bank was op basis van de rekening-courantverhouding evenwel niet bevoegd of gehouden om zonder toestemming van de rekeninghouder (i.e. het oude schoonmaakbedrijf) over de rekening te beschikken door (onverschuldigd) betaalde bedragen terug te storten. Het faillissement van het oude schoonmaakbedrijf maakt dat volgens het hof niet anders. Ook het Ontvanger/Hamm q.q.-arrest brengt volgens het hof niet mee dat de bank – zonder een dergelijke opdracht van de curator – gehouden was om de onverschuldigd betaalde bedragen terug te betalen. Evenmin brengt het feit dat de bank – naar de klant stelt – de door haar ontvangen bedragen in strijd met artikel 54 Fw heeft verrekend dit met zich mee. Het hof oordeelt dan ook dat op basis van het voorgaande, in onderling verband en samenhang beschouwd, de bank niet op de grond van de redelijkheid en billijkheid gehouden is tot terugbetaling van de door de klant per abuis betaalde bedragen. Het hof oordeelt tot slot dat de vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatigheid

evenmin voor toewijzing vatbaar is. Volgens het hof heeft de klant namelijk geen schade geleden nu niet gesteld of gebleken is dat dat de klant de onderhavige rekening nogmaals heeft moeten betalen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-02-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:350

Zaaknummer: 200.137.688-01

Rechters: J.W.M. Tromp, W.A.H. Melissen en A.K. van de Vorst-Glerum

Advocaten: T.W. Jaburg en M. Bitter

Wetsartikelen: 54 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Hypotheekhouder maakt geen misbruik van haar bevoegdheid bij het weigeren mee te werken aan doorhaling hypotheek bij onderhandse verkoop nu de vastgoedmarkt is aangetrokken.

In de onderhavige zaak weigeren twee hypotheekhouders mee te werken aan een onderhandse verkoop nu zij in dat scenario niets zouden ontvangen. Volgens de voorzieningenrechter levert dit geen misbruik van bevoegdheid op nu niet is gebleken dat er verkocht wordt voor de marktwaarde die blijkt uit een recent taxatierapport. Het wel aanwezige taxatierapport is immers ruim een jaar oud en de vastgoedmarkt trekt aan.

Op verschillende percelen, waarop onder meer een bedrijfshal en een woning staan, zijn (afhankelijk van het perceel) ten behoeve van telkens vier à vijf personen hypotheek gevestigd. De eigenaren van de percelen voldoen al geruime tijd niet meer aan de vorderingen waarvoor hypotheek is verstrekt. De eigenaren van het perceel en de gezamenlijke hypotheekhouders, minus twee, hebben dan ook besloten om de percelen onderhands te verkopen aan een derde. Voorwaarde voor de verkoop is evenwel dat alle hypotheek en beslagen worden doorgehaald. Twee hypotheekhouders weigeren echter met deze verkoop/doorhaling akkoord te gaan. De verkoopprijs is namelijk dusdanig laag dat zij op basis van hun (lager gerangschikte) hypotheekrechten niets van deze opbrengsten zullen ontvangen. In de onderhavige procedure vorderen de eigenaren (die bij de onderhandse verkoop de gronden voor drie jaar mogen blijven huren) dan ook veroordeling van de twee hypotheekhouders hun medewerking te verlenen bij het doorhalen van de hypotheek.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat een hypotheekhouder op grond van het bepaalde in artikel 3:268 lid 1 BW het recht van parate executie heeft en daarmee bevoegd is om het verbonden goed ten overstaan van een bevoegde notaris te verkopen, indien de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt. In beginsel kan van een hypotheekhouder niet worden verlangd dat hij zonder (volledige) betaling afstand doet van zijn hypotheekrecht. Evenmin kan van een hypotheekhouder worden verlangd dat hij niet paraat executeert, terwijl van verzuim sprake is. De voorzieningenrechter vervolgt echter dat de executie door een hypotheekhouder onder meer

kan worden verboden of geschorst indien de hypotheekhouder misbruik van bevoegdheid maakt door tot executie over te gaan. De hypotheekhouder kan worden genoopt mee te werken aan een onderhandse verkoop van de onroerende zaak waarop hij hypotheek heeft door afstand te doen van zijn hypotheekrecht in het geval hij misbruik maakt van zijn bevoegdheid door daaraan niet mee te werken. Volgens de voorzieningenrechter zou van misbruik zou sprake kunnen zijn als de percelen onderhands verkocht zouden worden voor de marktwaarde die blijkt uit een recent taxatierapport. Dat is volgens de voorzieningenrechter echter niet gebleken. Het gebruikte taxatierapport is namelijk al ruim een jaar oud (februari 2014) terwijl de markt weer aantrekt. De verzochte vordering wordt dan ook afgewezen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 03-02-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2015:1009

Zaaknummer: C/01/277373 / KG ZA 14-242

Rechters: E. Loesberg

Advocaten: L.R.G.M. Spronken, N.T.M. Verhoeven, E. Beele, J.P. van Asten, W. Charko, W.H.M. Weijmans en M. de Jong

Wetsartikelen: 3:268 lid 1 BW en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Een advocatenkantoor is niet bevoegd vorderingen op Raad voor Rechtsbijstand te verpanden nu niet het advocatenkantoor schuldeiser is maar de individuele advocaten werkzaam bij het kantoor.

In de onderhavige zaak stelt de bank dat een advocatenkantoor zijn vorderingen op de rechtsbijstand aan haar heeft verpand. Volgens de rechtbank is het advocatenkantoor echter geen schuldeiser van de Raad zodat het niet bevoegd was om de vorderingen te verpanden.

In mei 2007 heeft een advocatenkantoor al zijn huidige en toekomstige vorderingen aan de Rabobank stil verpand. In december 2011 heeft de Rabobank haar pandrecht aan de Raad voor Rechtsbijstand openbaar gemaakt. De Raad heeft vervolgens aan de Rabobank betaald. In de onderhavige procedure stelt de Raad zich evenwel op het standpunt dat er onverschuldigd is betaald (c.q. de Rabobank ongerechtvaardigd is verrijkt) doordat niet het advocatenkantoor schuldeiser van de vordering op hem was. Volgens de Raad zijn het de betreffende advocaten die ieder persoonlijk een vordering op de Raad hebben. Oftewel, het advocatenkantoor was niet bevoegd de vorderingen op hem te verpanden, aldus nog steeds de Raad.

De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 37 lid 1 onder a, in samenhang met artikel 1 lid 1 Wrb, een vergoeding voor door haar op basis van een toevoeging verleende rechtsbijstand wordt verleend aan de advocaat. Het is dan ook de advocaat die ter zake een vorderingsrecht heeft op de Raad. Anders dan de Rabobank heeft betoogd, biedt artikel 37a Wrb en de door haar gestelde feitelijke gang van zaken op de advocatenkantoren in heel Nederland volgens de rechtbank geen, althans onvoldoende, aanwijzing voor de opvatting dat het advocatenkantoor schuldeiser is naast de advocaat. Ook de wetgeschiedenis brengt daar geen verandering in noch artikel 6:16 BW dat – bij gebreke aan een wettelijke grondslag – het bestaan van een meerpartijenovereenkomst impliceert, waarvan het bestaan niet is gebleken. Het feit dat het advocatenkantoor aldus niet als schuldeiser is aan te merken, betekent dat het niet bevoegd was de vorderingen van de afzonderlijke advocaten op de Raad aan de Rabobank te verpanden. De Rabobank op haar beurt was daarom niet inningsbevoegd. Het beroep van Rabobank op derdenbescherming (art. 3:88 c.q. 3:36 BW) wordt om procestechnische redenen verworpen.

G.Á.C. Orbán

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 14-01-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:324

Zaaknummer: 2789346 CV EXPL 14-1743

Rechters: A.H.M.J.F. Piëtte

Advocaten: Y.H.M. Einig

Wetsartikelen: 37 Wet op de Rechtsbijstand en 37a Wet op de Rechtsbijstand

RECHTSPRAAK

Curatoren/SNS en Propertize

Peeters/Gatzen-vordering. Verzoek voorlopig getuigenverhoor afgewezen omdat de curatoren onvoldoende hebben geconcretiseerd welke feiten en omstandigheden met betrekking tot de gang van zaken rond het faillissement zij met het verzoek willen bewijzen. Verzoek in strijd met een doelmatige procesorde.

De curatoren in het faillissement van de tot de X Groep behorende vennootschappen hebben in dat kader de rechtbank verzocht een voorlopig getuigenverhoor te bevelen (art. 186 lid 1 Rv). Een groot deel van het vastgoed van de X Groep werd gefinancierd door verweerster Propertize B.V. Medeoverweester SNS, de moeder van Propertize, heeft met een van de groepsmaatschappijen twee renteswapovereenkomsten gesloten. Tevens heeft SNS zich op 4 december 2006 in een verklaring hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de schulden van Propertize (art. 2:403 BW).

De curatoren menen dat Propertize, onder meer door het voeren van een onjuiste administratie, het kunstmatig in stand laten van achterstanden en het bij herhaling niet nakomen van gemaakte afspraken, dermate onzorgvuldig jegens de vennootschappen en de gezamenlijke schuldeisers heeft gehandeld dat de vennootschappen in de positie zijn gebracht dat zij niet meer in staat waren aan hun verplichtingen te voldoen en de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsbelang zijn benadeeld. Ten aanzien van SNS betogen de curatoren dat zij haar zorgplicht heeft geschonden door schadelijke renteswaps aan de vennootschappen te verkopen en oneigenlijke zekerheid heeft bedongen, zodat andere crediteuren van de vennootschappen op onrechtmatige wijze, althans in strijd met de redelijkheid en billijkheid, zijn benadeeld.

Met betrekking tot het verzoek van de curatoren stelt de rechtbank voorop dat de doelstelling van een voorlopig getuigenverhoor onder meer is om een partij de mogelijkheid te verschaffen om aan de hand daarvan zekerheid te verkrijgen over de voor de beslissing van een geschil relevante feiten en omstandigheden en aldus beter te kunnen beoordelen of het raadzaam is een procedure te beginnen of voort te zetten.

Daarbij geldt dat een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor in beginsel moet worden toegewezen. Dit is slechts anders indien het verzoek in strijd is met een goede procesorde, de bevoegdheid misbruikt wordt of het verzoek afstuit op een ander door de rechtbank zwaarwichtig geoordeeld bezwaar.

De rechtbank is evenwel van oordeel dat het verzoek van de curatoren niet voldoet aan de vereisten van artikel 187 lid 3 Rv. Meer in het bijzonder hebben de curatoren onvoldoende geconcretiseerd welke feiten en omstandigheden zij met het onderhavige verzoek willen bewijzen. Zij laten zich ook niet uit over op wie van partijen de stelplicht en de bewijslast rust.

Daarbij komt dat de curatoren hun procespositie zo helder achten dat zij een dagvaarding in de hoofdzaak hebben uitgebracht. Dit maakt dat een toewijzing van het onderhavige verzoek naar het oordeel van de rechtbank zou leiden tot een in hoge mate ondoelmatige procesvoering.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 14-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:7323

Zaaknummer: C/16/392770 / HA RK 15-115

Rechters: L.C. van Heuveling Beek

Advocaten: B.J.M.P. Cremers, J.M. van Dijk, Z.D. Veldhoen en D.A.M.H.W. Strik

Wetsartikelen: 186 lid 1 Rv en 187 lid 3 Rv

RECHTSPRAAK

F&B Holding/mr. Dekker q.q.

Schending van het beginsel van hoor en wederhoor in hoger beroep van verzet tegen faillietverklaring niet toegewezen wegens stilzitten opposant.

F&B Holding, eiseres, en LHO Beheer B.V. zijn aandeelhouders en bestuurders van Crescendo Leisure Concepts Holding B.V. Bij vonnis van 26 augustus 2014 is Crescendo failliet verklaard, waarbij gedaagde als curator is benoemd. F&B heeft op de voet van artikel 10 Fw verzet gedaan tegen de faillietverklaring van Crescendo. De rechtbank heeft het verzet van F&B op 22 oktober 2014 mondeling behandeld en bij vonnis van 3 oktober 2014 afgewezen. Het hof (art. 11 Fw) heeft dat vonnis bekrachtigd.

In cassatie klaagt F&B erover dat het hof het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden doordat het F&B niet in de gelegenheid heeft gesteld zich uit te laten over het proces-verbaal van de mondelinge behandeling in eerste aanleg van 22 september 2014. Volgens het onderdeel heeft het hof kennisgenomen van genoemd proces-verbaal, hoewel dat proces-verbaal noch ten tijde van de mondelinge behandeling in hoger beroep noch op enig ander tijdstip gedurende de procedure in hoger beroep bekend was bij F&B of haar advocaat.

Het middel faalt. De Hoge Raad overweegt dat in het proces-verbaal van de mondelinge behandeling in hoger beroep van 26 november 2014, dat is gehecht aan het aanvullend beroepschrift in cassatie, is vermeld dat het hof aan partijen heeft medegedeeld dat aan dossierstukken bij het hof zijn binnengekomen (onder meer) de stukken van eerste aanleg, waaronder een proces-verbaal van de mondelinge behandeling in eerste aanleg van 22 september 2014. Het onderdeel klaagt niet dat het proces-verbaal van het hof op dit punt onjuist is. Indien het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 22 september 2014 niet bij F&B bekend was, had het op haar weg gelegen het hof te verzoeken te mogen kennisnemen van dat proces-verbaal en haar in de gelegenheid stellen zich daarover uit te laten.

De overige klachten stranden op artikel 81 lid 1 Wet RO.

Marco Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-10-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3012

Zaaknummer: 14/06388

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, A.H.T. Heisterkamp en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: J. van Weerden en A.C. van Schaick

Wetsartikelen: 1 Fw, 6 lid 3 Fw, 10 Fw en 11 Fw

RECHTSPRAAK

Fairstar/Dockwise c.s.

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling ook van toepassing op commissarissen, nu bestuur bij het aangaan van aanzienlijke financiële verplichting opzettelijk in strijd heeft gehandeld met de daarvoor statutair vereiste goedkeuring RvC. Kritische houding commissarissen ten opzichte van het bestuur ontbrak. Zij hebben immers op het moment dat zij geconfronteerd werden met het feit dat het bestuur namens de vennootschap zeer omvangrijke verplichtingen was aangegaan waarvoor geen financiële armsglag bestond, verzuimd het bestuur daarover ter verantwoording te roepen en in te grijpen.

Kern van het geschil in deze omvangrijke zaak is de vraag of gedaagden als bestuurder of commissaris van Fairstar N.V. hun taak jegens deze vennootschap onbehoorlijk hebben vervuld bij het aangaan van een onvoorwaardelijke overeenkomst ter waarde van USD 110 miljoen met de Chinese werf GSI met betrekking tot de bouw en de aankoop van het door GSI te bouwen schip de Fathom.

Ten aanzien van de vraag naar onbehoorlijke taakvervulling stelt de rechtbank vast dat van de kant van de bestuurders sprake is van opzettelijk handelen in strijd met een door de commissarissen gestelde financieringsvoorwaarde bij het aangaan van de onderhavige overeenkomst, als ook het willens en wetens onjuist informeren van de raad van commissarissen over de status van die overeenkomst terwijl zij wisten dat de op grond van de statuten vereiste goedkeuring van de commissarissen ontbrak. Aldus hebben zij hun bestuurstaak onbehoorlijk vervuld en daarbij willens en wetens gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen (art. 2:9 BW).

Ook het verwijt van Fairstar dat het bestuur met het aangaan van de overeenkomst met GSI gelet op de financiële situatie een onverantwoorde beslissing heeft genomen, treft doel. Naar het oordeel van de rechtbank staat vast dat de vennootschap extra financiële verplichtingen

niet kon dragen en dat er geen enkele garantie was dat zij dat wel zou kunnen op het moment dat de betalingsverplichtingen opeisbaar zouden worden.

Het aangaan van de onvoorwaardelijke overeenkomst voor de bouw en aankoop van het bestelde schip betekent dat het bestuur de markt hierover niet juist heeft geïnformeerd, nu dit koersgevoelige informatie betrof die op grond van (Noorse) beursregels openbaar had moeten worden gemaakt. Door dit bewust na te laten, heeft het bestuur opzettelijk de markt misleid.

Van dit handelen kan het bestuur een ernstig verwijt worden gemaakt, zodat het bestuur tegenover Fairstar aansprakelijk is voor de als gevolg van hun handelen geleden schade. Nu geen decharge is verleend zijn de vorderingen toewijsbaar.

Met betrekking tot de vraag naar onbehoorlijk toezicht overweegt de rechtbank dat van commissarissen een kritische houding ten opzichte van het bestuur van de vennootschap moet worden verwacht. De rechtbank is van oordeel dat de commissarissen de hun opgedragen toezichthoudende taak niet naar behoren hebben vervuld en dat hun hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zij hebben immers op het moment dat zij geconfronteerd werden met het feit dat het bestuur van Fairstar, zonder dat daarvoor de volgens de statuten vereiste toestemming van de raad van commissarissen was verkregen, namens de vennootschap zeer omvangrijke verplichtingen was aangegaan, waarvoor geen financiering voorhanden was en waarvan zonder meer duidelijk was dat de vennootschap de daaraan verbonden financiële lasten niet zou kunnen dragen, verzuimd om het bestuur daarover ter verantwoording te roepen en in te grijpen (art. 2:149 jo. 2:9 BW).

Zowel de gedaagde bestuurders als commissarissen worden op grond van artikel 2:139 en 2:150 BW ook jegens medegedaagde Dockwise als derde aansprakelijk gehouden voor de schade die zij heeft geleden ten gevolge van de misleidende voorstelling die is gegeven in de jaarrekening en de kwartaalcijfers van Fairstar. Dockwise heeft de prijs die zij bereid was voor de aandelen Fairstar te bieden immers (mede) gebaseerd op de gepubliceerde cijfers van Fairstar.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 30-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:6932

Zaaknummer: HA ZA 13-97

Advocaten: P.D. Olden, F.M. Peeters, G. te Winkel en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 2:9, 2:139, 2:149 en 2:150

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid curator pro se op grond van de, terughoudend toe te passen, Maclou-norm afgewezen. De curator heeft bij de verkoop van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken voldoende zorgvuldigheid betracht. De curator treft geen verwijt ten aanzien van de gerealiseerde verkoopopbrengst, nu er slechts één concrete kandidaat-koper was zodat het risico bestond dat die zich terug zou trekken.

De naamloze vennootschap Y is op 18 september 2012 failliet verklaard, met benoeming van gedaagde als curator. Eiseres X Holding was enig aandeelhouder en bestuurder van Y. X Holding had zich jegens diverse schuldeisers van Y garant gesteld, waaronder Z die zaken leverde aan Y onder een verlengd eigendomsvoorbehoud. De curator heeft Z bij brief van 21 september 2012 een termijn van een week gegeven teneinde zich op haar eigendomsvoorbehoud te beroepen.

De curator heeft op 3 oktober 2012 de rechter-commissaris verzocht toestemming te verlenen voor de verkoop van activa van Y aan E B.V. Hij heeft daarbij aangegeven dat zich nog een gegadigde had gemeld, maar dat hij niet op een eventueel bod wilde ingaan. De rechter-commissaris heeft op 5 oktober 2012 toestemming gegeven. Op 7 oktober 2012 heeft Z zich op haar eigendomsvoorbehoud beroepen. Tussen de curator en E is op 8 oktober een koopovereenkomst gesloten. Daarin was onder meer een voorbehoud opgenomen ten aanzien van rechten van derden. De curator heeft E op 11 oktober laten weten dat onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken, waaronder die van Z, dienden te worden teruggeleverd aan de leverancier.

Naar het oordeel van X is sprake van aansprakelijkheid pro se van de curator. Zij stelt schade te hebben geleden als gevolg van het niet respecteren van het eigendomsvoorbehoud van Z en anderzijds als gevolg van het accepteren van een te laag bod voor de activa van Y.

Met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud heeft X aan haar vordering ten grondslag gelegd dat de curator onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door bij de verkoop aan E

onvoldoende rekening te houden met haar belangen als garantieggever voor de schuld van Y aan Z en tevens onrechtmatig jegens Z heeft gehandeld door haar eigendomsvoorbehoud niet te respecteren, welke vordering door Z aan X Holding is gecedeerd.

Het hof overweegt dat ook indien moet worden aangenomen dat de curator wist dat X Holding zich jegens Z garant had gesteld, de curator geen zodanig ernstig verwijt kan worden gemaakt dat hij persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden jegens X Holding. Naar het oordeel van het hof treft de curator evenmin jegens Z een persoonlijk ernstig verwijt. Nu de curator pas een dag voor het sluiten van de koopovereenkomst met E een eerste bericht van Z had ontvangen en nog moest worden uitgezocht of sprake was van een geldig eigendomsvoorbehoud heeft de curator, door op 11 oktober 2012 nogmaals aan E te berichten dat een eigendomsvoorbehoud van Z moest worden gerespecteerd, voldoende zorgvuldigheid betracht.

Met betrekking tot de gerealiseerde opbrengst oordeelt het hof dat E de enige concrete kandidaat-koper was, zodat het risico bestond dat E zich zou terugtrekken. Het is om die reden begrijpelijk dat de curator de transactie zo spoedig mogelijk rond wilde hebben en geen verder onderzoek naar hogere biedingen heeft gedaan.

De curator heeft aldus gehandeld in overeenstemming met de, terughoudend toe te passen, Maclou-norm.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:4031

Zaaknummer: 200.158.419/01

Rechters: W.A.H. Melissen, J.F. Aalders en G.J. Visser

Advocaten: P.F. Keuchenius en V.J.N. van Ooijen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

mr. Wieringa q.q./Griffier Rechtbank Rotterdam

De curator komt in verzet tegen heffing griffierechten voor afzonderlijke verzoeken tot faillietverklaring maten naast verzoek faillietverklaring maatschap. Regel uit HR 6 februari 2015 (Eiser/Bepro B.V.) ook van toepassing op c.v. en maatschap. Nu de griffier de gerechtvaardigde conclusie mocht trekken dat het verzoek ook de maten betrof, impliceert het door de Hoge Raad overwogene dat sprake is van drie afzonderlijke verzoeken die de rechtbank ook afzonderlijk dient te beoordelen.

De curator komt ex artikel 29 Wet Griffierechten Burgerlijke Zaken in verzet tegen de beslissing van de griffier tot heffing van het griffierecht van driemaal een bedrag van € 613 voor het door hem namens zijn cliënte bij de rechtbank ingediende verzoekschrift dat is gericht tegen de maatschap Recuper alsmede haar beide maten.

Zijns inziens is het niet juist om ook de faillissementsverzoeken van beide maten als ingediend te beschouwen, nu in het verzoekschrift niet nadrukkelijk om het faillissement van de afzonderlijke maten is verzocht en artikel 4 lid 3 Faillissementswet vereist dat de maten in het rekest worden genoemd. De rechtbank had hier ook niet zonder meer vanuit mogen gaan.

Deze leer is naar het oordeel van de rechtbank verlaten. Het verzoek wordt om die reden afgewezen. De rechtbank verwijst naar de regel uit HR 6 februari 2015 inzake Eiser/Bepro B.V. (ECLI:NL:HR:2015:251). Die luidt dat een schuldeiser, indien hij niet alleen het faillissement van een vof maar ook dat van de vennoten wil bewerkstelligen, in zijn verzoekschrift ten aanzien van ieder van hen afzonderlijk het faillissement dient te verzoeken, en de rechter dient te onderzoeken of ook ten aanzien van de vennoten afzonderlijk aan de voorwaarden voor faillietverklaring is voldaan. De rechtbank dient de vennoten dan ook de gelegenheid te bieden tot het voeren van afzonderlijk verweer. Dat kan meebrengen dat de vof failliet wordt verklaard en (een van) de vennoten niet. Hierop gelet moet worden aangenomen dat de nieuwe regel die de Hoge Raad voor de vof heeft geformuleerd, ook voor de commanditaire

vennootschap en de maatschap geldt, aldus de rechtbank.

De rechtbank oordeelt dat is vast komen te staan dat in het verzoekschrift het faillissement van gerekestreerden is verzocht, zodat de griffier op grond daarvan de gerechtvaardigde conclusie heeft getrokken dat met het faillissementsverzoek het faillissement van zowel de maatschap als haar maten werd beoogd. Het door de Hoge Raad overwogene impliceert dat in onderhavig geval sprake is van drie afzonderlijke verzoeken die de rechtbank ook afzonderlijk van elkaar dient te beoordelen.

Artikel 29 Wgbz biedt geen mogelijkheid om de tegen de beide maten gerichte faillissementsaanvragen als niet ingediend te beschouwen, zoals verzocht.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:7345

Zaaknummer: C/10/478448 / HA RK 15-512

Rechters: P. de Bruin

Advocaten: M. Wieringa

Wetsartikelen: 29 Wgbz en 25 Fw

RECHTSPRAAK

Ingwersen q.q./ICF

De Hoge Raad beoordeelt het aangaan van een overwaarde-arrangement geen op grond van (een equivalent van) artikel 26 Algemene Bankvoorwaarden verplichte rechtshandeling omdat binnen een overwaardearrangement geen zekerheid door de schuldenaar zelf wordt verstrekt, maar door een ander. Het overwaarde-arrangement staat dan ook in dit geval bloot aan vernietiging op grond van artikel 42 Fw, wat hier uiteindelijk niet slaagt.

De schuldenaar werd gefinancierd door ING Commercial Finance (ICF), ING Bank en ING Lease, waarvoor de schuldenaar zekerheidsrechten heeft gevestigd. In 2006 was reeds een overwaarde-arrangement overeengekomen tussen de schuldenaar, ICF en ING Bank. In december 2009 worden twee nieuwe overwaarde-arrangementen overeengekomen, de eerste tussen ING Lease, ICF en de schuldenaar, de tweede tussen ING Bank, ING Lease en de schuldenaar.

Die laatste twee overwaarde-arrangementen waren overeengekomen op verzoek van ING Lease. Het verzoek hield in dat ING Lease bereid was ten behoeve van de schuldenaar tot tijdelijke bevrozing van de termijnbetalingen over te gaan, mits (o.a.) een overwaarde-arrangement overeen zou worden gekomen. Op de relatie tussen ING Lease en de schuldenaar waren de Algemene Bepalingen van Direct Lease van toepassing, waarvan artikel 5 een zelfde strekking heeft als het bekende artikel 26 Algemene Bankvoorwaarden, dat kort gezegd de verplichting tot verstrekken van aanvullende zekerheid op verzoek van de (hier) ING Lease inhoudt.

De schuldenaar gaat anderhalf jaar later failliet. ICF heeft een surplus aan zekerheden en ING Bank en ING Lease zijn niet voldoende gedekt met eigen zekerheden. ICF wenst een verklaring dat de overwaarde-arrangementen rechtsgeldig overeen zijn gekomen. Curator Ingwersen heeft daarentegen op grond van artikel 42 Fw de vernietiging van de twee latere overwaarde-arrangementen ingeroepen.

In een andere uitspraak van dezelfde dag, ECLI:NL:HR:2015:3023, is de Hoge Raad meer in algemene zin ingegaan op de faillissementsbestendigheid van overwaarde-arrangementen. Daar wordt hier dan ook naar verwezen. Kort gezegd oordeelde de Hoge Raad in die uitspraak dergelijke arrangementen in beginsel faillissementsbestendig mits de schuldenaar er partij is, maar wel blootstaand aan pauliana.

De eerste vraag die voorligt, is of het aangaan van het overwaarde-arrangement in dit geval een onverplichte rechtshandeling in de zin van artikel 42 Fw was. De Hoge Raad oordeelt twee klachten tegen het oordeel van het hof dat sprake was van een verplichte rechtshandeling gegrond. Ten eerste bestond een eventuele verplichting van de schuldenaar op grond van de Algemene Bepalingen van Direct Lease uit het stellen van aanvullende zekerheid, terwijl in het overwaarde-arrangement tussen de schuldenaar, ICF en ING Lease zekerheid door ICF aan ING Lease wordt verstrekt en niet door de schuldenaar. Dat het resultaat van dit arrangement is dat ING Lease aanvullende zekerheid verkrijgt voor haar vorderingen op de schuldenaar, vindt de Hoge Raad niet voldoende om aan te nemen dat de bijdrage van de schuldenaar daarin, die voor de rechtsgeldigheid van de borgstelling niet nodig was, wordt gelijkgesteld met het door de schuldenaar verschaffen van extra zekerheid aan ING Lease.

Hoewel ik mij in het gevolg van deze beslissing kan vinden, is dit in verhouding tot de tevens vandaag gewezen uitspraak van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2015:3023) iets moeizaam in te passen. Immers, in dat arrest oordeelt de Hoge Raad overwaarde-arrangementen zonder medewerking van de schuldenaar niet faillissementsbestendig. De 'bijdrage van de schuldenaar' in het onderhavige arrangement was dus zeer wel noodzakelijk om ING Lease de gewenste zekerheid te bieden. Dat de Hoge Raad aangeeft dat die instemming 'voor de rechtsgeldigheid van de borgtocht' niet nodig was, is in dat licht wat formalistisch en kort door de bocht. ICF geeft, anders dan de Hoge Raad lijkt te suggereren, substantieel niets aan ING Lease, ze is alleen bereid eventueel surplus, dat anders aan de schuldenaar (of zijn curator) afgedragen had moeten worden, aan ING Lease af te dragen. Die afspraak, waar ICF weinig mee te verliezen heeft, is in faillissement alleen iets waard als de schuldenaar ermee instemt (ECLI:NL:HR:2015:3023). Het is, als we het niet al te formalistisch bekijken, dus wel de schuldenaar die met een rechtshandeling zekerheid verleent aan ING Lease. Wel valt er in zijn algemeenheid natuurlijk iets voor te zeggen het begrip van de verplichte rechtshandeling niet al te zeer op te rekken. Dat had dan wellicht wat explicieter overwogen mogen worden door de Hoge Raad.

De tweede klacht die de Hoge Raad gegrond oordeelt, ziet ook op de vraag of hier van een verplichte rechtshandeling gesproken kan worden. De vraag is nu of, nog los van de vraag of het overwaarde-arrangement als zekerheidsverstrekking door de schuldenaar geldt, op grond van de Algemene Bepalingen van Direct Lease überhaupt wel een verplichting bestond

aanvullende zekerheid te stellen. Reeds bij de rechtbank had de curator gesteld dat die verplichting niet bestond omdat niet aan de voorwaarden voldaan is, met name omdat niet door de bank gemotiveerd is waarom meer zekerheid nodig zou zijn, en daar is de rechtbank niet kenbaar op in gegaan. Dezelfde klachten zijn overigens ook gegrond ten aanzien van het overwaarde-arrangement tussen de schuldenaar, ING Lease en ING Bank.

De gegrondheid van deze klachten zal de curator echter niet baten, omdat de Hoge Raad oordeelt dat het oordeel (ten overvloede) van de rechtbank inhoudende dat het beroep op artikel 42 Fw ook niet zou slagen wegens afwezigheid van wetenschap van benadeling, stand houdt. De rechtbank had geoordeeld dat de curator niet aan haar stelplicht heeft voldaan ten aanzien van de vereiste wetenschap van benadeling. Wegens de lange tijd (anderhalf jaar) tussen het sluiten van de arrangementen en het niet meer na kunnen komen van verplichtingen en daarop volgend faillissement, wenste de rechtbank (na gemotiveerde betwisting door ICF) een 'nadere (financiële) onderbouwing', die blijkbaar niet voldoende geboden is door de curator (hoewel de rechtbank op dit punt ook een bewijsaanbod is gepasseerd). De Hoge Raad heeft geen problemen met dat oordeel.

Ook een beroep op (analoge) toepassing van artikel 54 Fw kan de curator volgens de Hoge Raad niet baten, nu hij het ontbreken van de op grond van dat artikel vereiste goed trouw onvoldoende onderbouwd heeft.

A.L. Jonkers, 17 oktober 2015

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 16-10-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3094

Zaaknummer: 14/06049

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, T.H. den Tanja-van Broek en M.V. Polak

Advocaten: K. Teuben, S.M. Kingma en B.T.M. van der Wiel

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

DLL/Van Logtenstijn q.q.

De Hoge Raad beantwoordt prejudiciële vragen over het overwaarde-arrangement. Dat arrangement wordt faillissementsbestendig geoordeeld zolang de schuldenaar partij is bij dat arrangement (of de daarvan deel uitmakende borgtocht) en dus een instemmende rechtshandeling heeft verricht. Tevens gaat de Hoge Raad in op het ontstaansmoment van een contractuele regresvordering en de verhouding tussen haar eerdere uitspraken hierover in HR ASR Achmea en HR Bannenberg.

Hieronder worden achtereenvolgens behandeld: (1) de prejudiciële vragen; (2) de casus; (3) het antwoord van de Hoge Raad; en een kwestie waar de Hoge Raad zijdelings op ingaat: (4) het ontstaansmoment van de contractuele regresvordering.

Prejudiciële vragen

In deze prejudiciële procedure gaat de Hoge Raad in op een tweetal vragen gesteld door de Rechtbank Midden-Nederland ten aanzien van het zogenoemde overwaarde-arrangement. Die vragen waren:

Is het mogelijk voor een pandhouder om staande het faillissement van diens pandgever verhaal te nemen op de opbrengst van de uitwinning van de betreffende voorafgaande aan dat faillissement gevestigde pandrechten, voor een vordering die is ontstaan op of na de dag van faillietverklaring van de pandgever, en is daarvoor noodzakelijk dat die vordering (rechtstreeks) voortvloeit uit een op de dag van faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding tussen de pandhouder en de schuldenaar dan wel een voordien door de schuldenaar verrichte handeling? Kwalificeert de verhouding hoofdschuldenaar-borg als rechtsverhouding waaruit, in geval van betaling door de borg, de wettelijke regresvordering (rechtstreeks) voortvloeit en/of kwalificeert instemming van de hoofdschuldenaar met de

borgtocht als een handeling als hiervoor (vraag 1) bedoeld?

Casus

De Lage Landen Trade Finance B.V. (DLL Factoring), De Lage Landen Financial Services B.V. (DLL FS) en Rabobank hebben krediet verschaft tegen zekerheden aan de schuldenaar. Partijen zijn in maart 2012 met instemming van de schuldenaar een zogenoemde wederzijdse zekerheidsregeling overeengekomen, waarin kort gezegd de financiers zich over en weer borg stellen voor de schuld van de schuldenaar tot een maximum van het bedrag van een eventuele overwaarde die ze uit hoofde van een regres- of subrogatievordering daadwerkelijk op de schuldenaar kunnen verhalen (hierna: het overwaarde-arrangement). Niet ter discussie staat dat de regresvordering hier slechts een wettelijke regresvordering is. Echter, de schuldenaar heeft wel ingestemd met het overwaarde-arrangement. Dit is zowel opgenomen in het overwaarde-arrangement zelf, als in de factoringsovereenkomst tussen de schuldenaar en DLL Factoring.

De schuldenaar wordt in december 2012 failliet verklaard, met aanstelling van Van Logtestijn als curator. Partijen winnen hun zekerheden uit, waarbij DLL Factoring een overwaarde overhield en DLL FS een tekort. DLL c.s. vorderen een verklaring voor recht dat DLL Factoring haar regresvordering kan verhalen op de opbrengst van de uitwinning van haar zekerheden. Die regresvordering komt voort uit het feit dat DLL FS onder de borgtocht overeengekomen in het overwaarde-arrangement een vordering ter hoogte van de overwaarde bij DLL Factoring heeft op DLL Factoring. Curator Van Logtestijn voert verweer, stellende dat die regresvordering ten tijde van de faillietverklaring nog absoluut toekomstig was, en de pandrechten dus niet voor die vordering uitgewonnen kunnen worden.

Antwoord Hoge Raad

Vooropgesteld moet worden dat deze casus onderscheiden dient te worden van die in HR Bannenberg (HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618), waarin het overwaarde-arrangement reeds in brede zin door de Hoge Raad geaccepteerd werd. Er was in dat arrest volgens de Hoge Raad geen sprake van een regresvordering die ten tijde van de faillietverklaring nog toekomstig was (zoals in de onderhavige casus), maar van een op dat tijdstip reeds bestaande contractuele regresvordering (onder opschortende voorwaarde).

Het (niet verrassende) antwoord van de Hoge Raad op de eerste vraag is dat een pandhouder zich op de verpande goederen kan verhalen voor vorderingen op de schuldenaar-pandgever die ten tijde van diens faillietverklaring nog toekomstig waren, mits die vorderingen voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding. De Hoge Raad verwijst ter onderbouwing naar artikel 132 lid 2 Fw in verbinding met artikel 483e

Rv, en naar analogie naar het stelsel voor verrekening in faillissement (art. 53 Fw). Ietwat vreemd is wel dat de Hoge Raad hier wel refereert aan Rechtsvordering en naar analogie aan de regels voor verrekening in faillissement, maar artikel 3:231 BW in het geheel niet noemt. Wellicht dat de Hoge Raad hierin A-G Timmerman gevolgd is, die kortweg in een voetnoot aangeeft: *'Artikel 3:231 BW bepaalt alleen dat een recht van pand ook voor een toekomstige vordering kan worden gevestigd. Over de werking van deze constructie in geval van faillissement zegt de bepaling welbeschouwd niets.'*

Interessanter wordt het echter wanneer de Hoge Raad overweegt dat de 'bestaande rechtsverhouding' wel (mede) door een rechtshandeling van de pandgever/hoofdschuldenaar moet zijn ontstaan. Gezien deze overweging valt het eerste deel van het antwoord op de tweede vraag te voorspellen: de rechtsverhouding (regres) die op grond van de wet tussen borg en hoofdschuldenaar bestaat, kan als zodanig niet aangemerkt worden als een rechtsverhouding die mede door een handeling van de pandgever/hoofdschuldenaar ontstaat, nu een rechtshandeling van de hoofdschuldenaar op grond van de wet immers niet vereist is voor het ontstaan van de regresvordering. In zo'n geval is het overwaarde-arrangement dus niet 'faillissementsbestendig'.

Echter, als de hoofdschuldenaar partij is bij de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement), kan volgens de Hoge Raad wél geoordeeld worden dat de toekomstige regresvordering voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding die (mede) door een rechtshandeling van de pandgever/hoofdschuldenaar is ontstaan. Blijkbaar doet daar niet aan af dat die rechtsverhouding bestaat uit een *wettelijk* regresrecht waar de rechtshandeling van de schuldenaar niet voor nodig is, zoals immers door de rechtbank was vastgesteld. Of de hoofdschuldenaar partij is, moet door uitleg van de overeenkomst(en) worden vastgesteld.

Kort gezegd, zonder rechtshandeling van de schuldenaar is het overwaarde-arrangement niet faillissementsbestendig. Dat lijkt mij, voor zover het overwaarde-arrangement als wenselijk kan worden gezien, een terechte uitkomst. Die rechtshandeling van de schuldenaar staat, zoals de Hoge Raad ook opmerkt, bloot aan een eventueel beroep van de curator op de faillissementspauliana. Zie daarover verder ook het op dezelfde dag gewezen arrest van de Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3094.

Implicaties voor verrekening van regresvorderingen (art. 53 Fw)

Er bestond enige discussie over de vraag of de regresvordering van de borg door de borg verrekend kan worden indien de borg de regresvordering eerst na het faillissement van de hoofdschuldenaar verkrijgt (art. 53 Fw). Dit is met name omstrede in het geval de hoofdschuldenaar geen weet heeft van de borgtocht. Het criterium van artikel 53 Fw is kort

gezegd, evenals in de onderhavige zaak, dat er in zo'n geval sprake moet zijn van een ten tijde van faillissement bestaande rechtsverhouding tussen borg en hoofdschuldenaar. De dominante opvatting in de literatuur leek tot het hier besproken arrest te zijn dat die rechtsverhouding, zelfs als de hoofdschuldenaar niet van de borgtocht weet, toch voldoende aanwezig is (zie Bergervoet, *Borgtocht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 249 en de vindplaatsen waar daar naar verwezen wordt). De analogie met dit arrest dringt zich echter direct op. Wellicht moet geoordeeld worden dat instemming van de schuldenaar met de borgtocht ook voor een beroep door de borg op verrekening nodig is. In ieder geval zal die discussie (opnieuw) oplaaien.

Ontstaansmoment contractuele regresvordering: Hoge Raad over verhouding HR Bannenberg tot HR ASR Achmea

In HR Bannenberg (HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618) was ook sprake van een overwaarde-arrangement. Dat werd door de Hoge Raad toelaatbaar geoordeeld, overwegende dat (mede) sprake was van een contractuele verplichting om de regresvordering te voldoen. Zoals hierboven al aangegeven, was er in dat arrest volgens de Hoge Raad geen sprake van een regresvordering die ten tijde van de faillietverklaring nog toekomstig was (zoals in de onderhavige casus), maar van een op dat tijdstip reeds bestaande contractuele regresvordering (onder opschortende voorwaarde).

Ten tijde van HR Bannenberg ging vrijwel iedereen er echter van uit dat ook de wettelijke regresvordering al voor betaling door de borg een bestaande vordering (onder opschortende voorwaarde) is (zie bijv. noot Van Schilfgaarde bij HR Bannenberg). In HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (ASR/Achmea) heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat een wettelijke regresvordering ontstaat op het moment dat de borg de schuld aan de schuldeiser voldoet. Daardoor is er veel onzekerheid ontstaan rond het overwaarde-arrangement. Ten eerste lagen de door de rechtbank gestelde prejudiciële vragen open. Een andere vraag was echter of een contractuele afspraak het ontstaansmoment van de regresvordering naar voren kan halen. Die vraag is in het huidige arrest strikt gezien niet aan de orde, omdat de rechtbank die de vraag stelde reeds geoordeeld had dat hier alleen sprake is van een wettelijke regresvordering.

De Hoge Raad overweegt nu dat reeds uit Bannenberg voortvloeit dat de wet zich er niet tegen verzet dat bij overeenkomst een dergelijke regresvordering in het leven wordt geroepen. Aldus kunnen partijen het ontstaansmoment van de wettelijke regresvordering contractueel vervroegen. Dat had de Hoge Raad op zijn minst nader mogen motiveren. Dit vloeit, anders dan de Hoge Raad aan lijkt te geven, niet zo duidelijk uit Bannenberg voort, nu ten tijde van Bannenberg ervan uit werd gegaan dat ook de wettelijke regresvordering een reeds voor

betaling door de borg bestaande vordering onder opschortende voorwaarde was. De verhouding tussen de wettelijke regresvordering en een contractuele afspraak was daar dus niet zo'n omstreden onderwerp als het na HR ASR Achmea is. De Hoge Raad lijkt hier een belangrijke goederenrechtelijke kwestie te beslissen, terwijl hij slechts doet alsof eerdere jurisprudentie herhaald wordt.

A.L. Jonkers, 17 oktober 2015

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 16-10-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3023

Zaaknummer: 14/05050

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, T.H. den Tanja-van Broek, C.A. Streefkerk en M.V. Polak

Advocaten: F.E. Vermeulen, T.T. van Zanten en M.B.A. Alkema

RECHTSPRAAK

Verzet tegen verstekvonnis van voor faillietverklaring moet na faillietverklaring door de curator, of met procesvolmacht van de curator, worden ingesteld. Verzet is dan ook niet-ontvankelijk, en artikel 6 EVRM niet geschonden omdat desnoods bij R-C geklaagd had kunnen worden over eventueel niet verlenen van een procesvolmacht door de curator.

A is in 2012 als bestuurder van CB-NL Development B.V. bij verstek veroordeeld de schade van B wegens onrechtmatig handelen jegens B te vergoeden. Dat verstekvonnis is echter nooit correct in persoon aan A betekend. A is op 22 januari 2015 in verzet gekomen tegen het verstekvonnis. Hoewel, omdat betekenen nog niet correct plaats had gevonden, dit door de rechtbank tijdig wordt geacht, is A niet-ontvankelijk omdat hij inmiddels failliet is verklaard. Het verzet tegen het verstekvonnis had moeten worden ingesteld door de curator of door A zelf met door de curator verstrekte procesvolmacht. Van een dergelijke volmacht is niet gebleken. Uit artikel 25 lid 2 Fw volgt weliswaar dat de gefailleerde ten aanzien van rechten tot de boedel behorende als eiser kan optreden, maar de gedaagde in de procedure kan dan, zoals B heeft gedaan, de niet-ontvankelijkheid van de eiser inroepen (HR 1 mei 1914, *NJ* 1914, 709).

De rechtbank ziet niet veel in het beroep van A op artikel 6 EVRM. A heeft weliswaar het recht om ten minste in één instantie inhoudelijk verweer te voeren, maar de Faillissementswet voorziet daar ook in, zij het dat de curator dergelijke procedures met betrekking tot de boedel voert. Of de curator op goede gronden geen verzet heeft willen instellen van het verstekvonnis althans geen procesvolmacht aan A heeft verstrekt, staat in deze zaak echter niet ter beoordeling. Deze kwestie had aan de orde kunnen worden gesteld in een verzoekschriftprocedure als bedoeld in artikel 69 Fw. A is met de klacht dat hij nu nergens inhoudelijk verweer kan voeren, dus niet aan het juiste adres.

A.L. Jonkers, oktober 2015

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 30-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:11435

Zaaknummer:

Rechters: D.R. Glass

Advocaten: S.D. van de Kant en P.A. de Lange

Wetsartikelen: 25 Fw en 29 Fw

RECHTSPRAAK

X/Rabobank

Een borg verweert zich tegen verhaal door Rabobank. De hoofdschuldenaar is al in 2005 failliet verklaard. Is de vordering op de borg tenietgegaan door verjaring van de vordering van de hoofdschuldenaar (art. 7:853 BW)? Dat kan volgens het hof niet het geval zijn ingevolge artikel 2:23c BW, ook al is niet van baten bij de hoofdschuldenaar gebleken.

In deze zaak heeft Rabobank de borg aangesproken tot nakoming van zijn verplichtingen uit een borgtocht voor een bedrag van € 100.000. De borgtocht was aangegaan voor de verplichtingen van Horeca Concept Building B.V. (hierna: Horeca) jegens de bank. De rechtbank heeft de vordering grotendeels toegewezen. Daartegen keert zich het hoger beroep. Niet geheel duidelijk wordt uit het vonnis wat de verhouding van de borg tot de vennootschap is, maar vermoedelijk gaat het om een DGA.

De borg argumenteert dat de vordering van de bank jegens hem wegens verjaring afstuit op artikel 7:853 BW. Op basis van de uitspraak van het hof kan niet goed beoordeeld worden of de vordering van de bank op de vennootschap inmiddels (of ten tijde van het aanspreken van de borg) inderdaad verjaard kan zijn. De redenering die het hof erop nahoudt om tot de conclusie te komen dat de vordering niet verjaard kan zijn, is mijns inziens echter niet goed te volgen.

Het hof overweegt eerst:

'De regeling van artikel 7:853 BW heeft als achtergrond dat als de schuldeiser zijn rechten jegens de hoofdschuldenaar door stilzitten verloren heeft laten gaan, het niet redelijk zou zijn als hij nog wel de borg kan aanspreken. De regresvordering van de borg op de hoofdschuldenaar kan dan immers niet meer geldend gemaakt worden wanneer de hoofdschuldenaar zich op grond van artikel 7:868 BW verweert met de stelling dat de hoofdverbintenis verjaard is (Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 435).'

Vervolgens meent het hof dat de vordering van de bank op Horeca niet verjaard kan zijn omdat (1) de vordering ten tijde van het faillissement van Horeca in 2005 opeisbaar was, en

(2) tijdens faillissement vorderingen niet verjaren (art. 36 lid 1 Fw) en (3) na opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten en ontbinding artikel 2:23c lid 1 en 2 van toepassing zouden zijn, waardoor de vordering op Horeca nooit verjaart. Die redenering van het hof kan m.i. niet juist zijn. Zie daarover mijn noot bij dit arrest.

De borg greeft ook tegen het oordeel van de rechtbank dat hij in 2009 zijn schuld jegens Rabobank mondeling zou hebben 'erkend'. Waarop deze erkenning precies ziet, en wat het rechtsgevolg daarvan in de onderhavige zaak is, wordt uit het arrest van het hof niet direct duidelijk (en de uitspraak van de rechtbank is niet gepubliceerd). Uit het tussenarrest van het hof (ECLI:NL:GHDHA:2015:1312) valt wel op te maken dat de rechtbank had geoordeeld dat de verjaring van de vordering van de bank op de borg in 2009 door erkenning zou zijn gestuit (art. 3:318 BW). Het hof gaat alleen in op de vraag of inderdaad voldoende bewezen is dat de borg zijn schuld heeft erkend, welke vraag het hof bevestigend beantwoordt. Het hof kent daarbij meer gewicht toe aan de verklaringen van twee bankmedewerkers, dan aan de verklaringen van de borg en zijn vriendin.

Ook de overige grieven worden afgewezen.

A.L. Jonkers, 18 oktober 2015

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:2525

Zaaknummer: 200.149.004/01

Rechters: M.J. van der Ven, R.S. van Coevorden en F.R. Salomons

Advocaten: M.P.V. den Engelsman en J.C. Meijroos

Wetsartikelen: 2:23c BW en 7:853 BW

RECHTSPRAAK

Het hof komt, na beroep van een werknemer, anders dan de rechtbank tot de conclusie dat sprake is van misbruik van de bevoegdheid om eigen faillissement aan te vragen, nu de aanvraag van het faillissement was ingegeven met het doel zich te ontdoen van twee van de zes oudste werknemers.

De op eigen aangifte failliet verklaarde vennootschap is onderdeel van een groep van vennootschappen waar in totaal zo'n 35 mensen werkzaam zijn. De groep houdt zich bezig met het leveren van IT-producten en -diensten. Bij de onderhavige vennootschap werkten aanvankelijk twaalf werknemers, maar ten tijde van de faillissementsaanvraag nog zes. De vennootschap houdt zich bezig met verkoop van soft- en hardware ontwikkeld door andere groepsvennootschappen. Er zijn geen activa, geen roerende zaken en behalve vorderingen van werknemers en groepsvennootschappen voor zover bekend geen crediteuren. Voor geen van de overige groepsvennootschappen is faillissement aangevraagd.

Duidelijk wordt dat begin 2015 het voornemen bestond een aantal werknemers te laten afvloeien. Daar werd een ontslagvergunning bij het UWV voor aangevraagd. Toen een van de medewerkers zich daarop ziek meldde, heeft de vennootschap voor een faillissementsaanvraag gekozen, naar eigen zeggen omdat het zich liet aanzien dat de medewerker langdurig ziek zou blijven en dat er geen financiële ruimte was het traject via het UWV voort te zetten. Enkele andere werknemers is wel werk bij een groepsvennootschap aangeboden. De stelling dat de vennootschap niet langer in staat was verliezen aan te zuiveren, is niet nader onderbouwd. Onder die omstandigheden is het hof van oordeel dat de aanvraag van het faillissement door de vennootschap is ingegeven met het vooropgezette doel om zich te ontdoen van (ten minste) twee van haar oudste werknemers.

A.L. Jonkers, september 2015

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:6884

Zaaknummer: 200.173.065

Rechters: C.J.H.G. Bronzwaer, D. Stoutjesdijk en C.G. ter Veer

Advocaten: T. Kressin

Wetsartikelen: 10 Fw en 3:13 Bw

RECHTSPRAAK

x/Roeffen q.q.

De voorzieningenrechter heft een door de curator gelegd derdenbeslag onder de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeraar deels op zodat de bestuurder zijn kosten ter verdediging tegen de bestuurdersaansprakelijkheidsclaim kan voldoen.

Curator Roeffen heeft een bestuurder in een bodemprocedure gedagvaard wegens onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW en/of art. 2:9 BW en/of art. 6:162 BW). De curator claimt een bedrag van zo'n € 4 miljoen van de bestuurder. Die procedure is nog aanhangig. Roeffen heeft tevens conservatoir beslag ten laste van de bestuurder trachten te leggen op van alles, waarbij alleen derdenbeslag onder de aansprakelijkheidsverzekeraar substantieel doel heeft getroffen. Deze verzekering dekt naast het risico van aansprakelijkheid van de verzekerden ook de juridische kosten die verzekerden moeten maken om zich jegens derden te verweren. Het verzekerde bedrag betreft € 750.000.

Het probleem voor de bestuurder is dat hij meent zijn juridische kosten voor verweer niet te kunnen betalen door het derdenbeslag, en hij wenst gedeeltelijke opheffing van dat beslag voor een bedrag van € 185.000. De curator is slechts bereid het beslag tot een bedrag van € 30.000 op te heffen. De curator meent ook dat de bestuurder nog middelen op een bankrekening heeft, waar de bestuurder geen inzage in wil geven.

De voorzieningenrechter acht het redelijk dat het beslag voor een deel opgeheven wordt. In zoverre prevaleert het belang van de bestuurder. De bestuurder hoeft zich niet in zijn kaarten te laten kijken door informatie over zijn eventuele bankrekening vrij te geven. De voorzieningenrechter heft het beslag tot een bedrag van € 90.000 op, en geeft aan dat hij zich voor kan stellen dat de beslagene bij hoge verdedigingskosten een hernieuwd beroep op de voorzieningenrechter zal doen.

A.L. Jonkers, oktober 2015

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 17-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2015:5553

Zaaknummer: C/01/297854 / KG ZA 15-532

Rechters: E. Loesberg

Advocaten: W.L.H. Aerts en M. Geurts

Wetsartikelen: 705 Rv

RECHTSPRAAK

De rechtbank oordeelt een overeenkomst van borgtocht, die weliswaar niet uitblinkt in duidelijkheid, als afdwingbaar jegens de borg.

Eiser heeft in 2005 aan de schuldenaar een bedrag van € 120.000 geleend voor de aankoop van een restaurant. De verkoper van het restaurant staat borg voor de schuld van de koper jegens eiser. Allen zijn natuurlijke personen. De koper van het restaurant wordt in 2013 failliet verklaard. Er staat dan nog een schuld jegens eiser van ruim € 50.000 open. Eiser spreekt in deze procedure de borg aan voor een deel van dat openstaande bedrag.

De borg meent ten eerste dat de vordering onder de borgtocht verjaard is, omdat de koper al in 2005 zou zijn tekortgeschoten. Volgens de rechtbank is de verjaring echter in ieder geval gestuit doordat de koper nog tot 2013 betalingen heeft verricht. Tevens is de rechtbank van mening dat de lening pas in 2011 opeisbaar was.

Ook het beroep op vernietiging van de borgtocht door de geregistreerd partner van de borg (art. 1:88 jo. 1:89 BW) kan de borg niet baten. Die partner beweert destijds al de geregistreerd partner van de borg te zijn geweest. In de leningsovereenkomst staat echter dat de borg ongehuwd is. Het had volgens de rechtbank op de weg van de borg gelegen aan te geven dat hij een geregistreerd partner had.

Voorts meent de borg niet tijdig in gebreke te zijn gesteld (art. 7:855 lid 2 BW). De rechtbank oordeelt, zoals reeds in de uitspraak Rb. Rotterdam 8 april 1999 (*JOR* 1999/111), dat de schuldenaar geen mededeling aan de borg behoeft te doen indien de hoofdschuldenaar van rechtswege, zonder ingebrekestelling, in verzuim is. Dat is hier het geval.

Als laatste kan de verwijzing naar artikel 7:857 BW en de stelling dat geen maximumbedrag is opgenomen voor de borgtocht de borg niet baten. In het contract is opgenomen dat de borg 60% van het openstaande bedrag verschuldigd is. Daarin ziet de rechtbank een maximum zoals bedoeld in artikel 7:857 BW.

A.L. Jonkers, september 2015

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 09-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:6386

Zaaknummer: C/16/384464 / HA ZA 15-107

Rechters: C.S.K. Fung Fen Chung

Advocaten: Ph.A.J. Raaijmakers en L. Kruiswijk

RECHTSPRAAK

Whermo

De curator van Whermo B.V. stelt tevergeefs de (indirect) bestuurders aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW, artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. De curator ziet kwaad in de verkoop van bedrijfsactiviteiten door Whermo aan groepsvennootschappen voorafgaand aan faillissement, maar weet de rechtbank daar niet van te overtuigen. Volgens de rechtbank heeft het bestuur zijn taak niet kennelijk onbehoorlijk vervuld en valt het bestuur geen ernstig verwijt te maken.

Whermo B.V., dat in januari 2014 failliet is verklaard, dreef een detacheringsbureau voor verpleegkundig en paramedisch personeel. Whermo was al een aantal jaren flink verlieslatend. Een half jaar voor faillissement verkocht Whermo haar inventaris voor zo'n € 50.000 aan haar aandeelhouder, haar intellectuele-eigendomsrechten voor € 25.000 aan direct bestuurder Holding en haar lopende contracten en goodwill aan vier groepsvennootschappen voor in totaal zo'n € 1,2 miljoen. De koopprijs voor de contracten zou echter pas opeisbaar worden wanneer de liquiditeitspositie van de betreffende groepsvennootschappen betaling toelaat. Het idee was dat Whermo blijft bestaan en personeel in dienst houdt, waarvoor het de kosten deels doorbelast aan de groepsvennootschappen.

De curator ziet in deze transactie een benadeling van schuldeisers, en meent dat de transactie onbehoorlijk bestuur oplevert en een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement (art. 2:248 BW). Hij vindt met name de prijs te laag, de afspraak dat niet direct betaald hoeft te worden voor de contracten onredelijk, en meent dat de kosten van personeel na de activatransactie niet voldoende doorbelast zijn. De bestuurders stellen daar kort gezegd tegenover dat Whermo al langer verlieslatend was, dat er geen alternatieven waren, dat de verkoop aan vier groepsvennootschappen gericht was op het spreiden van risico's en dat de kosten voor personeel wel voldoende doorbelast zijn. De rechtbank oordeelt, gezien het verweer van de bestuurders, dat niet voldoende bewezen is door de curator dat de bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld. Om dezelfde reden meent de rechtbank dat de bestuurders geen ernstig verwijt te maken valt (art. 2:9 BW).

A.L. Jonkers, september 2015

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 29-07-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:6178

Zaaknummer: HA ZA 14-1013

Rechters: L.S. Frakes, L. Biller en B. van Berge Henegouwen

Advocaten: L. Rijzewijk en R.A. Oskamp

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

ANNOTATIE

Failliet verricht in de twee weken voorafgaand aan melding betalingsonmacht en zes weken voor faillissement, nog ruim € 300.000 aan betalingen voor m.n. managementvergoedingen. De curator roept de pauliana in. Volgens de rechtbank is onvoldoende duidelijk dat er sprake is van benadeling. De betalingen zijn verricht ten laste van een bankrekening met een debetstand. Bij de latere doorstart is de bankschuld door de kopende partij overgenomen. De curator heeft volgens de rechtbank onvoldoende duidelijk gemaakt dat door de hogere bankschuld de overnameprijs gedrukt is. Curator zou benadeling dan ook onvoldoende hebben aangetoond.

mr. R.J. de Weijs

In de aanloop naar haar faillissement betaalt Adler Oxford B.V. nog een aantal bedragen aan gerelateerde vennootschappen voor m.n. managementvergoedingen. De curator spreekt zowel de ontvangende vennootschappen aan op basis van de pauliana als de bestuurder van Adler Oxford op grond van onrechtmatige daad.

De tijdslijn is als volgt. In 2012 leed Adler Oxford een verlies. Op 23 en 27 mei 2013 werd intern een bespreking gehouden bij Adler Oxford, waarbij onder andere de scenario's van een collectief ontslag en een doorstart na faillissement zijn besproken. Op 5 juni 2013 betaalde Adler vervolgens nog wel € 48.000 aan de vennootschap YVB voor managementvergoedingen en ook op 5 juni 2013 een bedrag van € 242.000 aan HVB voor managementvergoedingen van de bestuurder van Adler Oxford, de heer A. Op 11 juni 2013 betaalt Adler Oxford nog een bedrag van ruim € 15.000 aan aan YVB voor rente op een achtergestelde lening. Op 12 juni 2013 doet Adler melding betalingsonmacht bij de belastingdienst. Op 16 juli 2013 wordt Adler Oxford failliet verklaard.

Nu lijken er gezien de tijdslijn goede kansen voor de curator voor een geslaagd beroep op de pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid. Toch wijst de rechtbank de vorderingen af. De

rechtbank komt namelijk opmerkelijk genoeg tot het oordeel dat onvoldoende duidelijk is dat er sprake is van benadeling van schuldeisers. Bij de analyse of er wel of geen benadeling heeft plaatsgevonden, beziet de rechtbank namelijk nog waar het geld vandaan is gekomen. Het geld is betaald vanaf een rekening met een debetstand aangehouden bij de Rabobank. Uiteindelijk is, volgens de rechtbank, onvoldoende duidelijk dat de verhoging van de bankschuld heeft geleid tot benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Wat er namelijk nog is gebeurd, is dat na het faillissement de activa zijn verkocht. De koper, een gerelateerde partij, heeft daarbij ongeveer € 400.000 betaald. De koper heeft daarvoor als activa overgenomen de debiteurenportefeuille, de orderportefeuille, inventaris en voorraden. De koper heeft echter ook economisch de schuld aan de Rabobank overgenomen. In de overeenkomst met de curator wordt dit omschreven als 'De koper zal de vordering van de Rabobank jegens de gefailleerde voor haar rekening nemen en vrijwaart de gefailleerde dienaangaande'. Nu de hogere schuld aan de Rabobank is overgenomen, is volgens de rechtbank onvoldoende duidelijk dat hierdoor de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld. De rechtbank overweegt als volgt: 'Vast staat dat de betalingen hebben plaatsgevonden uit het door de Rabobank verstrekte krediet, dat destijds een negatief saldo had. De betalingen hebben dus geleid tot vergroting van de schuld van Adler Oxford aan de Rabobank en op zichzelf dus niet tot vermindering het actief van Adler Oxford. De schuld aan de Rabobank is in het kader van de doorstart overgenomen door de derde, die Adler Oxford ter zake heeft gevrijwaard. Hieruit volgt dat deze schuld niet ten laste van de faillissementsboedel is gekomen. Niettemin is volgens de curator sprake van benadeling van de schuldeisers, omdat hij in het kader van de doorstart de activa aan de derde heeft verkocht met inbegrip van, als passiefpost, de vordering van de Rabobank. Deze passiefpost heeft de verkoopprijs volgens de curator tenminste met het bedrag van de vordering van de Rabobank gedrukt. De benadeling bestaat volgens de curator hieruit dat de verkoopopbrengst van de activa veel lager is geweest dan de opbrengst die hij zou hebben kunnen genereren indien de vordering van de Rabobank niet mede zou zijn overgedragen aan de derde. Nu de vordering van de Rabobank groter was ten gevolge van de betalingen, is de verkoopopbrengst navenant lager geweest, aldus de curator. (...) Op zich kan de omvang van deze schuld invloed hebben gehad op de prijs die de derde in het kader van de doorstart voor de activa heeft willen betalen. De curator heeft echter niet, althans onvoldoende, toegelicht hoe in dit geval de koopprijs voor de activa is tot stand gekomen. Dit brengt mee dat niet is gebleken dat, zonder de gewraakte betalingen, de koopprijs voor de activa tenminste met het bedrag van de gewraakte betalingen hoger zou zijn geweest dan thans is overeengekomen.'

Het oordeel van de rechtbank blijft opmerkelijk. Kennelijk hadden de activa ook na mindering van de bankschuld, een aanzienlijke overwaarde. Er is immers € 400.000 als overdrachtprijs afgesproken. Voor dat bedrag heeft de koper echter ook een bankschuld overgenomen die

door betalingen ruim € 300.000 hoger was. Er wordt geen enkele reden genoemd waarom aangenomen zou moeten worden dat de verkoopprijs gewoon € 700.000 bedragen zou hebben, indien de bankschuld € 300.000 lager was. Verder miskent de rechtbank de toets van de benadeling voor de pauliana, waar de rechtbank overweegt dat niet is gebleken 'dat de koopprijs voor de activa tenminste met het bedrag van de gewraakte betalingen hoger zou zijn geweest'. Voor de pauliana is vereist dat er sprake is geweest van benadeling van de gezamenlijke schuldeisers, niet dat de benadeling precies gelijk zou zijn aan een bepaalde betaling.

De zaak toont qua gevoerde verweren nog verwantschap met een eerdere zaak (Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2009, JOR 2010/210 (*Roeffen q.q./Van Deursen*)), waarin de aangesproken partij zich verweerde met de stelling dat de girale betalingen aan hem plaatsvonden ten laste van een reeds bestaand debetsaldo bij de bank, zodat het slechts de bank zou zijn geweest die schade heeft geleden en niet de overige schuldeisers omdat hun verhaalspositie door de betalingen niet is gewijzigd. De concurrente crediteur zou slechts vervangen zijn door een andere concurrente crediteur, de bank. Het hof verwierp dit verweer als volgt: 'De curator is bevoegd voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen door het geldend maken van een vordering uit hoofde van artikel 6:162 BW bij benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden (HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 *Peeters q.q./Gatzen* en HR 24 april 2009, NJ 2009, 416 (JOR 2010/22, m.nt. NEDF)). Een dergelijke benadeling in de verhaalsmogelijkheden kan onder meer bestaan in een doorbreking van de paritas creditorum. Daarvan is in dit geval sprake. Immers, door de girale betalingen is Operations B.V. mogelijk boven andere concurrente schuldeisers begunstigd en dan zijn deze andere concurrente schuldeisers in vergelijking met Operations B.V. benadeeld. De curator is derhalve ontvankelijk in dit deel van zijn vordering.' Eigenlijk overweegt het hof hier dat bij betalingen voor faillissement, 'de een zijn voor, de ander zijn na' is. In het geval van Adler Oxford moge ook duidelijk zijn dat de voldoeningen in aanloop naar het faillissement ten voordele zijn geweest van de ontvangende schuldeisers en dat dit 'voor', behoudens zeer duidelijk tegenbewijs, ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers komt.

R.J. de Weijs

RECHTSPRAAK

Curator Ditel/ABN Amro

Toepasselijkheid van de pauliana op het toetreden van een dochtervennootschap tot bestaande financiering van moedervennootschap tevens bestuurder in financiële problemen. De rechtbank wijst het beroep op de pauliana af. Hoewel de toetredende vennootschap Ditel mogelijk wel wist dat er sprake was van een kans op benadeling, is onvoldoende gebleken dat zij op het moment van toetreden reeds wist dat haar faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien.

De curator probeert de nadelige gevolgen van het toetreden van de failliete vennootschap Ditel B.V. tot een bestaande kredietrelatie ongedaan te maken met een beroep op de pauliana. Ditel B.V. was namelijk ruim een jaar voorafgaand aan haar faillissement toegetreden tot een financieringsovereenkomst die haar 100% aandeelhouder en bestuurder Vincewoud B.V. reeds eerder had gesloten met ABN Amro. Voor deze schuld had de persoon achter Vincewoud, waarschijnlijk haar DGA hoewel de feiten niet expliciet zijn, zich ook in privé hoofdelijk verbonden.

Het toetreden van Ditel B.V. geschiedde 11 april 2012, op welk moment Vincewoud B.V. reeds ruim een half jaar door de afdeling bijzonder beheer van de ABN Amro werd behandeld. Op 24 september 2011 had de afdeling bijzonder beheer van ABN Amro reeds aan Vincewoud B.V. bericht dat het bestaande krediet moest worden afgebouwd en dat Vincewoud haar aandelen in Ditel diende te verpanden aan ABN Amro én dat de natuurlijk persoon achter Vincewoud zijn woonhuis moest zien te verkopen en daartoe de vraagprijs diende te verlagen. Reden hiervoor was 'de negatieve vermogenspositie van Vincewoud B.V.' en 'de privé inkomens- en vermogenspositie' van de persoon achter Vincewoud B.V.

Op 11 april 2012 treedt Ditel dan ook zelf toe tot de kredietrelatie van Vincewoud B.V. en ABN Amro en wordt daarmee hoofdelijk aansprakelijk voor de dan bestaande schuld van Vincewoud B.V. van ongeveer 80.000 euro. Ditel verpandt daarbij ook haar debiteuren aan de

ABN Amro.

Ruim een jaar later, op 12 mei 2013, biedt Ditel een minnelijke regeling aan, in de zin dat zij gezien haar slechte financiële positie aanbiedt een bedrag van 20.000 euro tegen finale kwijting aan ABN Amro te betalen. De achtergrond daarvan is blijkens een brief o.m. de volgende: 'De vennootschap (Ditel) heeft een negatief eigen vermogen. De personal holding (Vincewoud) had ultimo 2011 een bescheiden positief eigen vermogen maar alle middelen zijn in rekening courant opgenomen door de ondernemer zodat er een omvangrijke latente belastingclaim is' en 'de totale privé vermogenspositie (kennelijk van de DGA) is vermoedelijk enkele tonnen negatief'.

ABN Amro blokkeert daarop in mei 2013 de rekeningen van Ditel en Vincewoud. Op dat moment bedraagt het saldo van de rekening op naam van Ditel 30.000 euro positief, welk positief saldo nog toeneemt door binnenkomende betalingen tot 80.405 euro en daarmee waarschijnlijk voldoende is om ABN Amro geheel te voldoen voor zover het de schuld van Vincewoud en inmiddels ook Ditel gezamenlijk betreft.

De curator roept de pauliana in, maar de rechtbank wijst de vordering af. Ten aanzien van het toetreden tot de kredietrelatie door Ditel door zich hoofdelijk te verbinden oordeelt de rechtbank dat het een onverplichte rechtshandeling is. De latere verpanding van debiteuren bestempelt de rechtbank terecht als een verplichte rechtshandeling. Partijen twisten vervolgens over de vraag of het toetreden tot de kredietrelatie een rechtshandeling om niet of anders dan om niet was. Dit is van belang voor de vraag of enkel de schuldenaar de vereiste wetenschap van benadeling moet hebben gehad, of zoals bij een rechtshandeling anders dan om niet, tevens de wederpartij, hier ABN Amro. Hoewel op goede gronden betoogd kan worden dat het hier een rechtshandeling om niet betreft, gaat de rechtbank aan het twistpunt voorbij omdat sowieso niet zou zijn gebleken dat Ditel als schuldenaar deze wetenschap heeft gehad.

De rechtbank loopt de omstandigheden langs en overweegt dat Ditel mogelijk wel wist dat er een kans op benadeling was toen zij op 11 april 2012 toetrad tot de kredietrelatie, maar dat niet gebleken is dat toen haar faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Gebleken is namelijk (i) dat Vincewoud en de privépersoon daarachter in financieel zwaar weer verkeerden, (ii) dat Vincewoud in juni 2011 een nieuwe onderneming startte middels Ditel, (iii) dat het de bedoeling was dat het krediet van Vincewoud door de inkomsten uit Ditel zou worden afgelost, (iv) dat dit scenario in 2011 niet irreëel was, (v) dat in mei 2013 bleek dat Ditel te klein was om winstgevend te worden en (vi) dat de blokkering van de bankrekening van Ditel aanleiding voor de faillissementsaanvraag is geweest.

De uitkomst heeft iets onbevredigends. Wat er namelijk gebeurd is, is dat Ditel aanvankelijk bedoeld was om inkomsten voor Vincewoud te genereren. Hier is niets mis mee, ook niet dat de *aandelen in* Ditel aan ABN Amro verpand werden. Waar het echter minder fraai wordt, is het moment dat Ditel zelf toetreedt, onder het verschaffen van zekerheden, tot de financieringsovereenkomst van Vincewoud en de vermoedelijke DGA van Vincewoud op een moment dat beiden kennelijk reeds materieel insolvent zijn. Op dat moment komt het risico dat Ditel niet genoeg inkomsten genereert en daarmee de oude pijn van de eerdere financiering van Vincewoud en haar DGA ineens bij de schuldeisers van Ditel te liggen. Dit is heel iets anders dan de aanvankelijke opzet 'dat het de bedoeling was dat het krediet van Vincewoud door de *inkomsten uit* Ditel zouden worden afgelost'. ABN Amro heeft er uiteraard belang dat zij in zekerheid krijgt alle activa inclusief debiteuren van een draaiende onderneming. De vermoedelijke DGA heeft er belang bij dat de oude schuld aan ABN Amro van 80.000 euro zo veel mogelijk voldaan kan worden uit de activa en niet enkel uit de winsten van Ditel. De aanvankelijke hoofdelijke verbondenheid van de DGA voor de schuld aan ABN Amro maakt inzichtelijk dat de DGA er belang bij heeft de schuld van Vincewoud te laten doorzakken tot het niveau van Ditel.

De centrale vraag is daarmee in hoeverre een DGA en een holding een bestaande schuld mogen laten doorzakken naar een nieuwe vennootschap op een moment dat zij beide reeds materieel insolvent zijn. De pauliana is voor deze gevallen mogelijk minder geschikt vanwege de subjectieve criteria dat de toetredende vennootschap die nog goed haar best doet, zou moeten hebben geweten dat haar eigen faillissement reeds met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te verwachten was. Mogelijk zouden de grenzen hier toch in artikel 2:7 BW en doeloverschrijding gezocht moeten worden.

R.J. de Weij s

Datum uitspraak:

Zaaknummer: