

6. Ten slotte, voor wat betreft verhaalsmogelijkheden van de werknemer op de boedel: volgens het arrest HR 24 januari 2003, «JOR» 2003/72, m.nt. Wessels (*Niehe/Heidinga*) levert het niet afdragen van pensioenpremies een concurrente vordering van de pensioenverzekeraar in het faillissement op c.q. een concurrente vordering tot schadevergoeding van de werknemer. Verdedigbaar is mijns inziens, deels als alternatief, dat de werknemer ervoor kan kiezen het ingehouden maar niet afgedragen werknemersdeel van de pensioenpremie aan te merken als “tekortgekomen” loon, en daarmee als werknemersclaim vallend onder het voorrecht van art. 3:288 sub e BW.

P.R.W. Schaink,
BLIX Advocaten Amsterdam

81

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
6 december 2016, zaaknr. 200.168.362/01,
ECLI:NL:GHSHE:2016:5410
(mr. Riemens, mr. Vriezen, mr. De Moor)
Noot mr. J.A. Stal

Borgtocht en verjaring. Overeenkomst aangaan in kader van normale uitoefening van bedrijf. Geen sprake van uitzonderlijke situatie, zodat uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW van toepassing is. Verjaring van vordering op hoofdschuldenaar. Vraag of borgtocht op grond van art. 7:853 BW is tenietgegaan. Aanhouding van zaak in afwachting van cassatieberoep in soortgelijke kwestie bij Hof Den Haag 29 september 2015, «JOR» 2016/101, m.nt. Stal.

[BW art. 1:88 lid 5, 3:307, 3:316, 3:318, 7:853;
Fw art. 36]

Tussen partijen is in geschil of het aangaan van de financieringsovereenkomst behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf van ISE Holding plachten te worden verricht. Vaststaat dat ISE Holding (destijds nog genaamd mr. [geïntimeerde 1] BV) in verband met de beoogde overname van vennootschappen in de transportsector haar statuten heeft gewijzigd en dat volgens de doelomschrijving in de gewijzigde statuten ISE Holding onder meer ten doel heeft

het als houdstervennootschap verwerven van, het deelnemen in, het besturen van en het financieren van andere ondernemingen (met name in de transportsector), het verstrekken en aangaan van geldleningen en het stellen van zekerheden. Gezien de statutaire doelomschrijving van ISE Holding kan het sluiten van de financieringsovereenkomst met Rabobank door ISE Holding, waarbij de geleende gelden overeenkomstig het in de financieringsovereenkomst vermelde bestedingsdoel zijn aangewend voor de financiering van de management buy in (het verwerven van 100% van de aandelen in I.S.E Trucking BV, Intermodal Services BV en – indirect – Transportdiensten BV teneinde het management van die vennootschappen te kunnen voeren), in beginsel als onderdeel van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap worden aangemerkt. De financiering is immers in overeenstemming met het statutaire doel van ISE Holding en overeenkomstig dit doel aangewend.

Dat de aan ISE Holding verstrekte financiering overeenkomstig het bestedingsdoel in de financieringsovereenkomst is gebruikt voor het verwerven van aandelen in transportondernemingen, geeft aan de financiering, gezien bovenomschreven statutair doel van ISE Holding, geen uitzonderlijk karakter. Het enkele feit dat Rabobank naast de verlangde borgstelling door [geïntimeerde 1] (en [betrokkene]) nog vele andere zekerheden heeft bedongen, is daartoe evenmin voldoende. Dat geldt eveneens voor het feit dat ISE Holding en haar werkmaatschappijen binnen één jaar na het aangaan van de financiering zijn gefailleerd. Rabobank mocht immers op basis van het door ISE Holding aan haar verstrekte due diligence rapport van [Corporate Finance] ervan uitgaan dat de financiering van de aandelen in die werkmaatschappijen verantwoord was en er sprake was van een reëel zicht op continuïteit.

Gelet hierop is het hof van oordeel dat het aangaan van de financieringsovereenkomst door ISE Holding is geschied ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van ISE Holding. De Rabobank beroept zich derhalve terecht op de in art. 1:88 lid 5 BW bedoelde uitzondering.

Vaststaat dat Rabobank op 11 november 2008 de aan ISE c.s. verstrekte financiering met onmiddellijke ingang heeft opgezegd en het uitstaande saldo uiterlijk per 25 november 2008 heeft opgeëist, zodat de vordering van Rabobank op ISE c.s. op dat moment opeisbaar is geworden. Dit betekent dat de verjaringstermijn van art. 3:307 BW van vijf jaar daags daarna is aangevangen en dat de rechtsvordering tot nakoming van de verbintenis van ISE

Holding zonder stuiting of het bestaan van een verlengingsgrond in beginsel op 26 november 2013 is verjaard.

Vaststaat dat Rabobank bij brief van 24 november 2008 aan de curator een opgave heeft gedaan van hetgeen zij van ISE Holding heeft te vorderen en dat Rabobank haar vordering op ISE Holding, voor zover die niet uit de gestelde zekerheden zou kunnen worden voldaan, ter verificatie heeft ingediend als bedoeld in art. 26 Fw.

Het hof stelt voorop dat een erkenning als bedoeld in art. 3:318 BW in beginsel zal moeten uitgaan van de schuldenaar zelf en dat deze ook zal moeten zijn gericht tegen de schuldeiser zelf (vgl. HR 10 juni 1983, NJ 1984/294). De mededeling van de curator in zijn e-mailbericht van 16 augustus 2010 aan de schuldeiser van de failliet, die de curator heeft gedaan in het kader van de verificatieprocedure en de voorbereiding daarvan, kan gezien het systeem van de Faillissementswet in ieder geval niet worden aangemerkt als een erkenning in de zin van art. 3:318 BW. Het staat immers de curator vrij om tot op de verificatievergadering terug te komen op een door hem gedane voorlopige erkenning (art. 119 lid 2 Fw), zelfs na heropening van een verificatievergadering. Het staat voorts de failliet vrij om tijdens een verificatievergadering ondanks een erkenning door de curator een vordering te betwisten (art. 126 lid 1 Fw). Nu het faillissement van ISE Holding is afgewikkeld op basis van een vereenvoudigde afwikkeling (art. 137a e.v. Fw) heeft bovendien geen verificatievergadering plaatsgevonden. Dat op zich de aanmelding ter verificatie als daad van rechtsvervolgning heeft te gelden ingevolge art. 3:316 BW en art. 36 Fw daarenboven voorziet in een verlengingsgrond, en verjaring tijdens het faillissement van slechts voor verificatie in aanmerking komende vorderingen aldus voorkomt, maakt het voorgaande niet anders. Dit betekent dat daags na 16 augustus 2010 geen nieuwe verjaringstermijn is gaan lopen.

Tussen partijen is niet in geschil dat ISE Holding op 20 juli 2012 in staat van insolventie verkeerde waardoor de rechtspersoon op die dag is ontbonden (art. 2:19 lid 1 aanhef en onder c BW) en bij gebrek aan baten is opgehouden te bestaan (art. 2:19 lid 4 BW). In art. 36 Fw is bepaald dat indien de verjaringstermijn van een rechtsvordering als bedoeld in art. 26 Fw zou aflopen gedurende het faillissement of binnen zes maanden na het einde daarvan, de termijn voortloopt totdat zes maanden na het einde van het faillissement zijn verstreken, zijnde 20 januari 2013. Nu is vastgesteld dat de verjaringstermijn reeds voortloopt tot 26 november

2013, leidt het bepaalde in art. 36 Fw in ieder geval niet tot een verdere verlenging van de verjaringstermijn.

Voor zover de namens de Rabobank verzonden brief van 14 juli 2010 als nieuwe daad van rechtsvervolgning (als bedoeld in art. 3:316 BW) dan wel de mail van de curator van 16 augustus 2010 (toch) als erkenning (in de zin van art. 3:318 BW) moet worden gezien, is thans in ieder geval de daags daarna aangevangen nieuwe verjaringstermijn van de rechtsvordering van Rabobank op ISE Holding verstreken.

Het Hof 's-Gravenhage heeft in zijn arrest van 29 september 2015, «JOR» 2016/101, echter in een soortgelijke zaak tussen een borg en een bank geoordeeld dat indien de rechtspersoon is opgehouden te bestaan als bedoeld in art. 2:19 lid 4 BW, de vordering van de bank op vennootschap wel is blijven bestaan en dat deze vordering, als nog blijkt van het bestaan van een bate, daarop met toepassing van art. 2:23c lid 1 BW kan worden verhaald. Het hof heeft in dit arrest verder geoordeeld dat, om te voorkomen dat in een geval als dit de mogelijkheid van verhaal door verjaring verloren zou gaan, in art. 2:23c lid 2 BW is bepaald dat gedurende het tijdvak waarin de rechtspersoon had opgehouden te bestaan er een verlengingsgrond is als bedoeld in art. 3:320 BW ten aanzien van de verjaring van de rechtsvordering tegen de rechtspersoon. Het feit dat in die procedure nog geen bate gebleken was maakt dit, aldus genoemd hof, niet anders zodat de verjaringstermijn "tot op heden is voortgelopen".

Het is het hof amtsshalve bekend dat door de wederpartij van de bank in februari 2016 tegen dit arrest cassatieberoep is ingesteld. Aangezien de uitkomst van dit cassatieberoep van belang kan zijn voor de onderhavige zaak, zal het hof de zaak aanhouden totdat op het cassatieberoep is beslist. Het hof houdt verdere iedere beslissing aan.

Coöperatieve Rabobank [regio] UA,
appellante in principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het voorwaardelijk incidenteel
hoger beroep,

hierna aan te duiden als Rabobank,
advocaat: mr. J.G.M. Roijers te Rotterdam,
tegen

1. [geïntimeerde 1],

2. [geïntimeerde 2],

geïntimeerden in principaal hoger beroep,
appellanten in het voorwaardelijk incidenteel ho-
ger beroep,

hierna gezamenlijk in vrouwelijk enkelvoud aan
te duiden als [geïntimeerde 1] c.s.

en ieder afzonderlijk als [geïntimeerde 1] en de
echtgenote van [geïntimeerde 1],

advocaat: mr. J.P. Franx te Amsterdam.

(...; red.)

3. De beoordeling

*In principaal en het voorwaardelijk incidenteel
hoger beroep*

3.1. In dit hoger beroep wordt uitgegaan van de
volgende feiten.

(i) [geïntimeerde 1] en [betrokkene] (hierna:
[betrokkene]) hebben in 2007 besloten tot de
overname van vennootschappen in de transport-
sector behorende tot de Intermodal-groep en van
die vennootschappen zelf het management te gaan
voeren. In verband met de beoogde koop van de
aandelen in deze vennootschappen (management
buy in) zijn de statuten van de voormalige prak-
tijkvennootschap van [geïntimeerde 1], mr.
[geïntimeerde 1] B.V., gewijzigd. Bij statutenwij-
zigging van 3 september 2007 (prod. 10 inleidende
dagvaarding) is het doel van de vennootschap als
volgt gewijzigd:

“a. het optreden als houdstervenootschap van,
met name, vennootschappen in de transportsec-
tor;

b. het oprichten en verwerven van, het deelnemen
in, het samenwerken met, het besturen van, alsme-
de het (doen) financieren van andere ondernemin-
gen, in welke rechtsvorm ook;

c. het verstrekken en aangaan van geldleningen,
het beheren van en het beschikken over register-
goederen en het stellen van zekerheden, ook voor
schulden van anderen;

d. het verrichten van alle verdere handelingen,
die met het vorenstaande in de ruimste zin ver-
band houden of daartoe bevorderlijk kunnen
zijn.”

Op 18 december 2007 is de statutaire naam van
de vennootschap gewijzigd in Intermodal Services
Europe Holding B.V. (hierna: ISE Holding).

(ii) [geïntimeerde 1] en [betrokkene] zijn vanaf
18 december 2007 via hun persoonlijke vennoot-
schappen bestuurder en ieder 50% aandeelhouder
van ISE Holding.

(iii) In de periode van 17 januari 2008 tot 28 ja-
nuari 2008 heeft ISE Holding 100% van de aandelen
in I.S.E. Trucking B.V., Intermodal Services
B.V. en – indirect, via I.S.E. Trucking – [Trans-
portdiensten] Transportdiensten B.V. verworven.
In diezelfde periode verwierf I.S.E. Expeditie B.V.,
in welke vennootschap ISE Holding al 100% van
de aandelen hield, een aantal transportactiviteiten
door middel van een activa-transactie.

Voorafgaand aan de aandelenkoop heeft [geïnti-
meerde 1] naar de Intermodal-groep een e dili-
gence onderzoek laten verrichten door [Corporate
Finance] Corporate Finance B.V. (hierna: [Corpo-
rate Finance]).

(iv) Rabobank heeft op 25 januari 2008 een finan-
cieringsovereenkomst (prod. 1 inleidende dagvaar-
ding) gesloten met ISE Holding en bovengenoem-
de vier vennootschappen (hierna gezamenlijk:
ISE c.s.). De door Rabobank aan ISE Holding
verstreckte geldlening is overeenkomstig het in de
financieringsovereenkomst vermelde bestedings-
doel gebruikt voor de financiering van de manage-
ment buy in. Voor het verkrijgen van de financie-
ring zijn door Rabobank een aantal zekerheden
bedongen. Het betrof hier blijkens de financie-
ringsovereenkomst onder meer een borgstelling
door [geïntimeerde 1] voor de huidige en toekomstige
verplichtingen van de debiteur voor een be-
drag van € 75.000,-.

(v) [geïntimeerde 1] heeft op 25 januari 2008 de
borgtochtovereenkomst (prod. 2 inleidende dag-
vaarding) getekend, waarin hij zich ten behoeve
van Rabobank borg stelt tot een maximumbedrag
van € 75.000,- tot zekerheid voor de voldoening
van hetgeen Rabobank van ISE Holding te vorderen
heeft of mocht hebben. Deze overeenkomst
is niet mede ondertekend door de echtgenote van
[geïntimeerde 1].

(vi) Bij brief van 11 november 2008 (prod. 2 con-
clusie van antwoord) heeft Rabobank de aan ISE
c.s. verstreckte financiering met onmiddellijke in-

gang opgezegd en ISE c.s. gesommeerd het uitstaande saldo uiterlijk op 25 november 2008 aan Rabobank te voldoen. Bij brief van gelijke datum (prod. 3 inleidende dagvaarding) heeft Rabobank aan [geïntimeerde 1] medegedeeld dat zij hem mogelijk als borg zal moeten aanspreken en dat dit afhankelijk zal zijn van de opbrengst van de andere gestelde zekerheden.

(vii) ISE Holding en haar vier werkmaatschappijen zijn op 18 november 2008 in staat van faillissement verklaard met de benoeming van mr. J.G. Princen tot curator (hierna: de curator).

(viii) Bij brief van 24 november 2008 (prod. 17 brief mr. Groenewoud d.d. 4 juni 2014) heeft Rabobank aan de curator een opgave gedaan van haar vordering op ISE c.s. en aan de curator medegedeeld dat, voor zover de vorderingen van de bank niet uit de gestelde zekerheden kunnen worden voldaan, zij haar vorderingen ter verificatie indient.

(ix) De echtgenote van [geïntimeerde 1] heeft bij brief van 2 december 2008 (prod. 4 inleidende dagvaarding) een vernietigingsverklaring uitgebracht ter zake van de borgtochtovereenkomst.

(x) Rabobank heeft [geïntimeerde 1] bij brief van 5 december 2008 (prod. 5 inleidende dagvaarding) aangesproken op zijn verplichtingen uit de borgtochtovereenkomst en hem verzocht over te gaan tot betaling van € 75.000,- uiterlijk op 5 januari 2009.

(xi) Tussen mr. E.H. Servatius (de voormalige advocaat van [geïntimeerde 1]) en Rabobank is gediscussieerd over de vraag of er al dan niet een rechtsgeldige borgtochtovereenkomst is gesloten. Mr. Servatius heeft bij brief van 12 januari 2009 (prod. 7 inleidende dagvaarding) aan Rabobank medegedeeld dat “al met al (...) [geïntimeerde 1] [heeft] besloten, dat betaling van het bedrag ad € 75.000,- als bedoeld in de borgstellingsakte, voldaan zal moeten worden” en “mevrouw [geïntimeerde 2] haar beroep op vernietiging ex artikel 1:88/89 BW laat varen”.

(xii) Mr. Groenewoud heeft namens Rabobank aan de curator bij brief van 14 juli 2010 (prod. 13 brief mr. Groenewoud d.d. 21 mei 2014) onder meer geschreven: “De vordering van Rabobank (...) op uw curandi die onder meer is gedekt door het pandrecht op de handelsvorderingen, is vermeld in de brief d.d. 24 november 2008. Ik heb begrepen dat over voornoemde hoofdsom geen discussie bestaat. (...) Er bestaat slechts discussie over de vraag of de Rabobank thans moet over-

gaan tot betaling van de overeengekomen boedelbijdrage in verband met de geïncasseerde handelsvordering of niet.”

Bij e-mailbericht van 16 augustus 2010 (prod. 13 brief mr. Groenewoud d.d. 21 mei 2014) heeft de curator hierop geantwoord: “Zoals wij in ons telefoongesprek voorafgaand aan uw brief al constateerden zijn wij het eens in de door u beschreven zin.”

(xiii) Bij brief van 24 augustus 2010 (prod. 8 conclusie van antwoord) heeft Rabobank [geïntimeerde 1] opnieuw aangesproken uit hoofde van de borgtochtovereenkomst en hem verzocht uiterlijk 10 september 2010 het bedrag van de borgstelling aan de bank te betalen.

(xiv) Rabobank heeft [geïntimeerde 1] bij brief van 17 september 2013 (prod. 8 inleidende dagvaarding) wederom aangesproken uit hoofde van de borgtochtovereenkomst en hem verzocht binnen twee weken het verschuldigde bedrag van € 75.000,- aan de bank te betalen. In deze brief is over de reden van uitwinning het volgende geschreven: “Op dit moment zijn alle zekerheden uitgewonnen en staat de curator op het punt om het faillissement af te wikkelen. Eerder hebben wij met u afgesproken dat wij, alvorens over te gaan tot het uitwinnen van de borgtocht, zouden bezien of er een mogelijkheid bestond onze schade te verhalen op [Corporate Finance] Corporate Finance B.V. Wij hebben echter, na uitgebreid onderzoek, besloten af te zien van een procedure jegens [Corporate Finance].”

(xv) De echtgenote van [geïntimeerde 1] heeft bij brief van 23 oktober 2013 (prod. 9 inleidende dagvaarding) aan Rabobank geschreven dat zij de borgtochtovereenkomst reeds op 2 december 2008 heeft vernietigd, dat mr. Servatius niet was geautoriseerd tot het doen van de mededeling in de brief van 12 januari 2009 dat zij haar beroep op 1:88/89 BW liet varen en dat zij voor zover nodig genoemde mededeling herroept.

3.2. Rabobank heeft [geïntimeerde 1] c.s. bij inleidende dagvaarding van 22 november 2013 in rechte betrokken en onder meer gevorderd [geïntimeerde 1] te veroordelen tot betaling van € 75.000,-, vermeerderd met wettelijke rente, buitengerechterlijke kosten en beslag- en proceskosten. Daartoe heeft zij zich beroepen op voormelde borgtochtovereenkomst.

3.3. [geïntimeerde 1] c.s. heeft de vordering van Rabobank betwist. Zij heeft de volgende verweren gevoerd:

primair: de vordering van Rabobank op ISE Holding is ingevolge artikel 3:307 BW op 26 november 2013 verjaard, zodat de borgtocht op grond van artikel 7:853 BW op die dag teniet is gegaan;

subsidiar: Rabobank heeft zich gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is met het uitwinnen van de borgtocht. Zij heeft daarom haar recht verwerkt;

meer subsidiar: de borgtocht is niet aangegaan in de normale uitoefening van het beroep of bedrijf. De borgtocht behoeft derhalve op grond van artikel 1:88 lid 1 sub c BW de toestemming van de echtgenote van [geïntimeerde 1], welke toestemming ontbreekt. De echtgenote van [geïntimeerde 1] heeft de borgtochtovereenkomst bij aan Rabobank gerichte brief van 2 december 2008 vernietigd.

3.4. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder meer geoordeeld dat het beroep op rechtsverwerking (het subsidiaire verweer) slaagt en de vordering van Rabobank afgewezen, met veroordeling van Rabobank in de kosten.

3.5. Rabobank heeft in principaal hoger beroep drie grieven aangevoerd, geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis en tot het alsnog toewijzen van haar hiervoor in 3.2. vermelde vorderingen.

3.6 De grieven in het principaal hoger beroep keren zich tegen het oordeel van de rechtbank dat het beroep op rechtsverwerking slaagt. Grief I in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep richt zich tegen het in eerste aanleg verworpen primaire verweer. In het voorwaardelijk incidenteel appel stelt [geïntimeerde 1] c.s. voorts het door de rechtbank in eerste aanleg niet behandelde meer subsidiaire verweer aan de orde.

Rechtsverwerking

3.7. Het hof zal eerst de grieven 1 tot en 3 in het principaal hoger beroep behandelen die zich keren tegen het oordeel van de rechtbank dat Rabobank haar recht heeft verwerkt om haar aanspraak jegens [geïntimeerde 1] uit hoofde van de borgtochtovereenkomst geldend te maken.

3.7.1. [geïntimeerde 1] c.s. heeft gesteld dat Rabobank en [geïntimeerde 1] op 3 september 2010 de afspraak hebben gemaakt dat uitwinning van de borgtocht niet zou plaatsvinden voordat Rabobank de mogelijkheden van een verhaalsactie op grond van onrechtmatige daad tegen [Corpo-

rate Finance] zou hebben onderzocht. Tijdens een vervolgesprek op 26 januari 2011 is de afspraak gemaakt dat Rabobank, alvorens over te gaan tot het uitwinnen van de borgtocht, een procedure tegen [Corporate Finance] tot verhaal van haar schade zou initiëren, behoudens nader onderzoek, in het bijzonder naar de due diligence stukken die [geïntimeerde 1] kort na de bespreking van 26 januari 2011 aan mr. Groenewoud heeft toegezonden. Door het maken van deze afspraak heeft Rabobank bij [geïntimeerde 1] het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat zij haar aanspraken uit de borgtocht niet geldend zal maken voordat door haar serieus onderzoek naar de verhaalsmogelijkheden tegen [Corporate Finance] zal zijn verricht. Uit het faillissementsverslag van de curator van ISE Holding van 16 december 2008 (prod. 3 conclusie van antwoord) blijkt dat het faillissement van ISE c.s. mogelijk is veroorzaakt door het ondeugdelijke due diligence onderzoek van [Corporate Finance] naar de administratie van overgenomen vennootschappen. Rabobank heeft op basis van het due diligence rapport van [Corporate Finance] de financiering aan ISE c.s. verstrekt. Een actie van Rabobank tegen [Corporate Finance] op grond van onrechtmatige daad zou, aldus [geïntimeerde 1] c.s., dus niet zonder kans op succes zijn geweest. Rabobank had in dat geval [geïntimeerde 1] niet hoeven aan te spreken uit hoofde van de borgtochtovereenkomst.

Ondanks deze afspraak heeft Rabobank ruim 2,5 jaar stilgezeten zonder waarneembare onderzoeksinspanningen te doen. Pas bij brief van 17 september 2013 (zie rov. 3.1. onder xiv) waarin Rabobank [geïntimeerde 1] aanspreekt uit hoofde van de borgtochtovereenkomst, geeft Rabobank aan dat zij na uitgebreid onderzoek heeft afgezien van een procedure jegens [Corporate Finance]. Rabobank geeft daarbij op geen enkele wijze aan waaruit haar onderzoek heeft bestaan en wat het resultaat daarvan is. De rechtsvordering van Rabobank tegen [Corporate Finance] op grond van onrechtmatige daad is ieder geval op 18 november 2013 verjaard. Het alsnog uitwinnen van de borgtocht zou voor [geïntimeerde 1] een onredelijk nadeel opleveren, aldus nog steeds [geïntimeerde 1] c.s. 3.7.2. Het hof stelt voorop dat ingevolge vaste rechtspraak van de Hoge Raad van rechtsverwerking slechts sprake kan zijn wanneer een schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken

van het betrokken recht of de bevoegdheid. Een enkel verlopen van tijd waarin een partij heeft stilgezeten is onvoldoende voor het aannemen van rechtsverwerking. Daarvoor zijn bijzondere omstandigheden vereist als gevolg waarvan hetzij (a) bij de wederpartij gerechtvaardigd het vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet meer geldend zal maken, hetzij (b) diens positie onredelijk benadeeld of verzwaaard zou worden ingeval het recht of de bevoegdheid alsnog zou worden uitgeoefend (recentelijk HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574).

3.7.3. Tussen partijen is niet in geschil dat zowel Rabobank bij het aangaan van de financieringsovereenkomsten met ISE c.s. als [geïntimeerde 1] bij zijn beslissing tot het overnemen van de vennootschappen behorende tot de ISE-groep, is afgegaan op het due diligence rapport van [Corporate Finance]. Vaststaat dat Rabobank, nadat zij de financiering van ISE c.s. had opgezegd, [geïntimeerde 1] bij brieven van 5 december 2008 en 24 augustus 2010 heeft aangesproken uit hoofde van de borgtochtovereenkomst (zie rov. 3.1. onder x en xiii). Naar aanleiding van de brief van 24 augustus 2010 hebben partijen op 3 september 2010 en 26 januari 2011 (toen met hun advocaten) besproken of afgesproken dat Rabobank een onderzoek zou verrichten naar de verhaalbaarheid van haar schade (de nog openstaande vordering op ISE c.s.) op [Corporate Finance]. Indien Rabobank haar schade volledig zou kunnen verhalen op [Corporate Finance], zou, zo volgt uit de verklaring van Rabobank ter comparitie, de claim op [Corporate Finance] voorgaan op die op [geïntimeerde 1].

[geïntimeerde 1] mocht op grond van deze op 3 september 2010 en 26 januari 2011 tussen partijen gemaakte “afpraak” weliswaar erop vertrouwen dat indien Rabobank haar schade volledig zou kunnen verhalen op [Corporate Finance], de bank de borgtocht niet zou uitwinnen. Dit feit op zich betekent echter niet dat [geïntimeerde 1] gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat Rabobank haar aanspraak op [geïntimeerde 1] uit hoofde van de borgtochtovereenkomst dus niet meer geldend zou maken. Eén en ander stond of viel immers met het antwoord op de vraag of de Rabobank haar schade ook daadwerkelijk op [Corporate Finance] kon verhalen. Dat zulks het geval was heeft [geïntimeerde 1] c.s. niet voldoende onderbouwd. [geïntimeerde 1] c.s. stelt slechts

dat Rabobank vermoedelijk de afspraak niet serieus heeft genomen, doch dit enkele feit, indien al juist, kan voormelde conclusie niet dragen.

De stelling van [geïntimeerde 1] c.s. dat tijdens de bespreking van 26 januari 2011 de afspraak is gemaakt dat Rabobank alvorens over te gaan tot het uitwinnen van de borgtocht een procedure tegen [Corporate Finance] tot verhaal van haar schade zou initiëren (behoudens nader onderzoek) heeft Rabobank gemotiveerd betwist. Rabobank heeft aangevoerd dat partijen geen (concrete) afspraken hebben gemaakt over (de omvang van) het door Rabobank te verrichten onderzoek naar de eventuele aansprakelijkheid van [Corporate Finance] jegens de bank en evenmin over een door Rabobank tegen [Corporate Finance] aan te spannen procedure. Rabobank stelt daarbij dat zij tijdens de bespreking van 26 januari 2011 nog niet beschikte over de stukken die nodig waren om te beslissen over de eventuele aansprakelijkstelling van [Corporate Finance] door de bank. [geïntimeerde 1] c.s. heeft dit niet weersproken. Integendeel, [geïntimeerde 1] c.s. heeft zelf gesteld dat de afspraak met Rabobank was gemaakt “behoudens nader onderzoek” naar de due diligence stukken die [geïntimeerde 1] na 26 januari 2011 aan Rabobank stuurde. [geïntimeerde 1] c.s. heeft aldus onvoldoende aangevoerd om tot bewijislevering te worden toegelaten van de afspraak dat Rabobank een procedure tegen [Corporate Finance] zou aanspannen.

3.7.4. Voorts heeft [geïntimeerde 1] c.s. niet bestreden dat Rabobank (enig) onderzoek heeft verricht naar de verhaalsmogelijkheden op [Corporate Finance], zoals Rabobank in haar brief van 17 september 2013 (zie rov. 3.1. onder xiv) schrijft. [geïntimeerde 1] c.s. heeft bovendien erkend dat [geïntimeerde 1] in 2013 niet meer bereid was om nadere informatie aan Rabobank te verstrekken omdat [geïntimeerde 1] in verband met een door hem met van [Corporate Finance] getroffen schikking, die onderworpen was aan een geheimhoudingsverplichting, geen mededelingen kon doen. Het stond Rabobank hoe dan ook vrij om, mede gezien de kosten die een procedure tegen [Corporate Finance] met zich zou brengen en de ongewisse uitkomst van een dergelijke, op onrechtmatige daad gegronde, te voeren procedure, van verdere aansprakelijkstelling van [Corporate Finance] af te zien. Gelet op het voorgaande is het hof van oordeel dat [geïntimeerde 1] niet gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat Rabobank

haar aanspraken uit hoofde van de borgtochtovereenkomst jegens [geïntimeerde 1] niet meer geldend zou maken.

3.7.5. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat de positie van [geïntimeerde 1] niet onredelijk is benadeeld of verzaamd doordat Rabobank [geïntimeerde 1] bij brief van 17 september 2013 alsnog heeft aangesproken uit hoofde van de borgtochtovereenkomst. Zoals hiervoor is overwogen, was Rabobank niet gehouden tot aansprakelijkstelling van [Corporate Finance]. Het feit dat de rechtsvordering van Rabobank op [Corporate Finance] op grond van een eventuele door [Corporate Finance] jegens Rabobank gepleegde onrechtmatige daad thans is verjaard, is dan ook niet van belang. Dit los van het feit dat het hof niet vermag in te zien dat de verjaring van genoemde vordering de positie van [geïntimeerde 1], die naar eigen zeggen zelf al met [Corporate Finance] een schikking heeft getroffen, “onherstelbaar en onredelijk” zou hebben benadeeld, zoals [geïntimeerde 1] heeft gesteld.

Nu [geïntimeerde 1] c.s. geen andere feiten en omstandigheden heeft gesteld die, indien bewezen, tot de conclusie kunnen leiden dat sprake is van rechtsverwerking, zal het hof aan het door [geïntimeerde 1] c.s. gedane algemene bewijsaanbod voorbijgaan.

De grieven in het principaal hoger beroep slagen derhalve.

3.8. Het slagen van de grieven in het principaal hoger beroep brengt mee dat het hof op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep de in eerste aanleg verworpen en/of niet behandelde verweren die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven, opnieuw dient te beoordelen. Het instellen van voorwaardelijk incidenteel hoger beroep voor deze in eerste aanleg verworpen en/of niet behandelde verweren is dus strikt genomen onnodig.

Particuliere of professionele borgtocht

3.9. Het hof zal eerst ingaan op de vraag of [geïntimeerde 1] voor het aangaan van de borgtochtovereenkomst de toestemming behoefde van zijn echtgenote, zoals [geïntimeerde 1] c.s. in zijn meer subsidiaire verweer stelt.

3.9.1. Ingevolge artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW heeft een echtgenoot toestemming van de andere echtgenoot voor (onder meer) overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg verbindt. Artikel 1:88 lid 5 BW bevat

een uitzondering op dat toestemmingsvereiste: de toestemming van de andere echtgenoot is alleen dan niet vereist indien (i) de rechtshandeling waarvoor de in artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW bedoelde zekerheid wordt verstrekt wordt verricht door een bestuurder van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt en (ii) mits deze rechtshandeling geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. Tussen partijen is niet in geschil dat aan de eerste voorwaarde voor toepasselijkheid van de uitzondering is voldaan.

3.9.2. Tussen partijen is in geschil of het aangaan van de financieringsovereenkomst behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf van ISE Holding plachten te worden verricht.

Vaststaat dat ISE Holding (destijds nog genaamd mr. [geïntimeerde 1] B.V.) in verband met de beoogde overname van vennootschappen in de transportsector haar statuten heeft gewijzigd en dat volgens de doelomschrijving in de gewijzigde statuten (zie 3.1. onder i) ISE Holding onder meer ten doel heeft het als houdstervennootschap verwerven van, het deelnemen in, het besturen van en het financieren van andere ondernemingen (met name in de transportsector), het verstrekken en aangaan van geldleningen en het stellen van zekerheden. Gezien de statutaire doelomschrijving van ISE Holding is het hof van oordeel dat het sluiten van de financieringsovereenkomst met Rabobank door ISE Holding, waarbij de geleende gelden overeenkomstig het in de financieringsovereenkomst vermelde bestedingsdoel zijn aangewend voor de financiering van de management buy in (het verwerven van 100% van de aandelen in I.S.E Trucking B.V., Intermodal Services B.V. en – indirect – [Transportdiensten] Transportdiensten B.V. teneinde het management van die vennootschappen te kunnen voeren), in beginsel als onderdeel van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap kan worden aangemerkt. De financiering is immers in overeenstemming met het statutaire doel van ISE Holding en overeenkomstig dit doel aangewend.

Bijzondere omstandigheden kunnen tot de conclusie leiden dat niet voldaan is aan het vereiste dat de gezeekerde rechtshandeling is aangegaan ten behoeve van de normale bedrijfsactiviteiten van de via de borgtocht gezeekerde vennootschap.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat hiervan onder meer sprake kan zijn indien de geldlening of het krediet is aangegaan ter financiering van reeds bestaande schulden van de vennootschap en de voor de bedrijfsuitoefening beschikbare liquiditeiten niet worden vergroot, en indien de financiering ertoe strekt de onderneming in staat te stellen op zeer korte termijn extern kapitaal aan te trekken terwijl zonder dit externe kapitaal de beëindiging van de kredietrelatie en het faillissement van de onderneming aanstaande zijn (vgl. HR 14 april 2000, («JOR» 2000/113; *red.*), ECLI:HR: 2000:AA5526, HR 8 juli 2005, («JOR» 2005/233, m.nt. Verdaas; *red.*), ECLI:HR:2005:AT2632 en HR 18 december 2005, («JOR» 2016/106, m.nt. Bertrams; *red.*), ECLI:NL:HR:2015:3606).

3.9.3. [geïntimeerde 1] c.s. stelt dat de management buy in kan worden gezien als een grootschalig eenmalig project waarvoor ISE Holding zich veel dieper dan tot dan toe in de schulden had gestoken. De enkele aard en omvang van deze eenmalige investering en het daarmee gemoeide risico – dat nog eens wordt onderstreept door het niet veel later gevolgde faillissement van de groep – maken dat niet kan worden gesproken van het aantrekken van krediet in het kader van de normale bedrijfsuitoefening, aldus [geïntimeerde 1] c.s.

Rabobank heeft dit weersproken.

3.9.4. Dat de aan ISE Holding verstrekte financiering overeenkomstig het bestedingsdoel in de financieringsovereenkomst is gebruikt voor het verwerven van aandelen in transportondernemingen, geeft naar het oordeel van het hof aan de financiering, gezien bovenomschreven statutair doel van ISE Holding, geen uitzonderlijk karakter. Dat het volgens [geïntimeerde 1] c.s. zou gaan om eenmalige grote investering leidt gezien het statutaire doel en de bestemming van de gelden overeenkomstig dit doel niet tot een ander oordeel. ISE Holding verkreeg door de financiering immers de benodigde liquiditeiten voor het verwerven van de aandelen in de werkmaatschappijen waardoor zij het management over deze werkmaatschappijen kon voeren. [geïntimeerde 1] c.s. heeft voorts onvoldoende onderbouwd dat er ten tijde van het aangaan van de financiering sprake was van een verhoogd kredietrisico. Het enkele feit dat Rabobank naast de verlangde borgstelling door [geïntimeerde 1] (en [betrokkene]) nog vele andere zekerheden heeft bedongen, zoals onder

meer een borgtocht door het Ministerie van Economische Zaken, is daartoe onvoldoende. Dat geldt eveneens voor het feit dat ISE Holding en haar werkmaatschappijen binnen één jaar na het aangaan van de financiering zijn gefailleerd. Rabobank mocht immers op basis van het door ISE Holding aan haar verstrekte due diligence rapport van [Corporate Finance] ervan uitgaan dat de financiering van de aandelen in die werkmaatschappijen verantwoord was en er sprake was van een reëel zicht op continuïteit.

3.9.5. Gelet op het vorenstaande is het hof van oordeel dat het aangaan van de financieringsovereenkomst door ISE Holding is geschied ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van ISE Holding. Dit betekent dat Rabobank zich terecht beroept op de in artikel 1:88 lid 5 BW bedoelde uitzondering, zodat de echtgenote van [geïntimeerde 1] voor de borgstelling door [geïntimeerde 1] geen toestemming hoefde te verlenen. Het verweer faalt.

Verjaring van de vordering op de hoofdschuldenaar

3.10. Het hof zal thans ingaan op het primaire verweer van [geïntimeerde 1] c.s. dat de rechtsvordering van Rabobank op de hoofdschuldenaar ISE Holding na voltooiing van de verjaringstermijn van artikel 3:307 BW op 26 november 2013 is verjaard en dat ingevolge artikel 7:853 BW de borgtocht daardoor teniet is gegaan.

3.10.1. Rabobank heeft betwist dat haar rechtsvordering op ISE Holding op 26 november 2013 is verjaard; volgens haar houdt, gelijk de rechtbank heeft geoordeeld, het e-mailbericht van de curator van 16 augustus 2010 aan Rabobank een erkenning in als bedoeld in artikel 3:318 BW. Rabobank heeft verder aangevoerd dat een geslaagd beroep van [geïntimeerde 1] c.s. op de verjaring van de vordering op de hoofdschuldenaar met als rechtsgevolg het tenietgaan van de borgtocht van [geïntimeerde 1] in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Rabobank heeft daartoe verwezen naar de Parlementaire Geschiedenis waaruit blijkt dat artikel 7:853 BW in het leven is geroepen om te voorkomen dat een schuldeiser die stilzit en de vordering tegen de hoofdschuldenaar laat verjaren nog betaling van de borg kan verlangen. De borg zou in dat geval immers zijn regresvordering niet meer op de hoofdschuldenaar kunnen verhalen. Rabobank heeft echter niet stilgezeten en [geïntimeerde 1] is bovendien door de gestelde

verjaring niet benadeeld in zijn verhaalspositie jegens ISE c.s. Ongeacht de vraag of de vordering op ISE c.s. is verjaard, boden deze vennootschappen hoe dan ook geen verhaal voor de regresvordering van [geïntimeerde 1], aldus nog steeds Rabobank.

3.10.2. Vaststaat dat Rabobank op 11 november 2008 de aan ISE c.s. verstrekte financiering met onmiddellijk ingang heeft opgezegd en het uitstaande saldo uiterlijk per 25 november 2008 heeft opgeëist (zie rov. 3.1. onder vi), zodat de vordering van Rabobank op ISE c.s. op dat moment opeisbaar is geworden. Dit betekent dat de verjaringstermijn van artikel 3:307 BW van vijf jaar daags daarna is aangevangen en dat de rechtsvordering tot nakoming van de verbintenis van ISE Holding zonder stuiting of het bestaan van een verlengingsgrond in beginsel op 26 november 2013 is verjaard.

3.10.3. Vaststaat dat Rabobank bij brief van 24 november 2008 (zie rov. 3.1 onder viii) aan de curator een opgave heeft gedaan van hetgeen zij van ISE Holding heeft te vorderen en dat Rabobank haar vordering op ISE Holding, voor zover die niet uit de gestelde zekerheden zou kunnen worden voldaan, ter verificatie heeft ingediend als bedoeld in artikel 26 Faillissementswet (Fw).

Mr. Groenewoud heeft namens Rabobank in zijn aan de curator gerichte brief van 14 juli 2010 onder meer geschreven dat hij begrijpt dat over de vordering van Rabobank op ISE Holding, zoals vermeld in de brief van Rabobank van 24 november 2008, geen discussie bestaat. De curator heeft daarop bij e-mailbericht van 16 augustus 2010 aan mr. Groenewoud medegedeeld dat hij het eens is met de brief van mr. Groenewoud (zie rov. 3.1. onder xii). De rechtbank heeft in rov. 3.4. van het bestreden vonnis geoordeeld dat deze mededeling van de curator moet worden aangemerkt als een erkenning als bedoeld in artikel 3:318 BW waardoor er een nieuwe verjaringstermijn is gaan lopen.

Het hof stelt voorop dat een erkenning als bedoeld in artikel 3:318 BW in beginsel zal moeten uitgaan van de schuldenaar zelf en dat deze ook zal moeten zijn gericht tegen de schuldeiser zelf (vgl. HR 10 juni 1983, NJ 1984/294). De mededeling van de curator in zijn e-mailbericht van 16 augustus 2010 aan de schuldeiser van de failliet, die de curator heeft gedaan in het kader van de verificatieprocedure en de voorbereiding daarvan, kan ge-

zien het systeem van de Fw in ieder geval niet worden aangemerkt als een erkenning in de zin van artikel 3:318 BW. Het staat immers de curator vrij om tot op de verificatievergadering terug te komen op een door hem gedane voorlopige erkenning (artikel 119 lid 2 Fw), zelfs na heropening van een verificatievergadering. Het staat voorts de failliet vrij om tijdens een verificatievergadering ondanks een erkenning door de curator een vordering te betwisten (artikel 126 lid 1 Fw). Nu het faillissement van ISE Holding is afgewikkeld op basis van een vereenvoudigde afwikkeling (artikel 137a e.v. Fw) heeft bovendien geen verificatievergadering plaatsgevonden. Dat op zich de aanmelding ter verificatie als daad van rechtsvervolgung heeft te gelden ingevolge artikel 3:316 BW en artikel 36 Fw daarenboven voorziet in een verlengingsgrond, en verjaring tijdens het faillissement van slechts voor verificatie in aanmerking komende vorderingen aldus voorkomt, maakt het voorgaande niet anders. Dit betekent dat daags na 16 augustus 2010 geen nieuwe verjaringstermijn is gaan lopen.

3.10.4. Tussen partijen is niet in geschil dat ISE Holding op 20 juli 2012 in staat van insolventie verkeerde waardoor de rechtspersoon op die dag is ontbonden (artikel 2:19 lid 1 aanhef en onder c BW) en bij gebrek aan baten is opgehouden te bestaan (artikel 2:19 lid 4 BW). In artikel 36 Fw is bepaald dat indien de verjaringstermijn van een rechtsvordering als bedoeld in artikel 26 Fw zou aflopen gedurende het faillissement of binnen zes maanden na het einde daarvan, de termijn voortloopt totdat zes maanden na het einde van het faillissement zijn verstreken, zijnde 20 januari 2013. Nu, zoals hiervoor in 3.10.1. is vastgesteld, de verjaringstermijn reeds voortloopt tot 26 november 2013, leidt het bepaalde in artikel 36 Fw in ieder geval niet tot een verdere verlenging van de verjaringstermijn.

3.10.5. Voor zover de brief van 14 juli 2010 als nieuwe daad van rechtsvervolgung (als bedoeld in artikel 3:316 BW) dan wel de mail van de curator van 16 augustus 2010 (toch) als erkenning (in de zin van artikel 3:318 BW) moet worden gezien, is thans in ieder geval de daags daarna aangevangen nieuwe verjaringstermijn van de rechtsvordering van Rabobank op ISE Holding verstreken.

3.10.6. Het hof's-Gravenhage heeft in zijn arrest van 29 september 2015 (zaaknummer 200.149.004/01, ECLI:NL:GHDHA:2015:2525, JOR 2016, 101) echter in een soortgelijke zaak

tussen een borg en een bank (Rabobank regio Den Haag UA) geoordeeld dat indien de rechtspersoon is opgehouden te bestaan als bedoeld in artikel 2:19 lid 4 BW, de vordering van de bank op vennootschap wel is blijven bestaan en dat deze vordering, als nog blijkt van het bestaan van een bate, daarop met toepassing van artikel 2:23c lid 1 BW kan worden verhaald. Het hof heeft in dit arrest verder geoordeeld dat om te voorkomen dat in een geval als dit de mogelijkheid van verhaal door verjaring verloren zou gaan in artikel 2:23c lid 2 BW is bepaald dat gedurende het tijdvak waarin de rechtspersoon had opgehouden te bestaan er een verlengingsgrond is als bedoeld in artikel 3:320 BW ten aanzien van de verjaring van de rechtsvordering tegen de rechtspersoon. Het feit dat in die procedure nog geen bate gebleken was maakt dit, aldus genoemd hof, niet anders zodat de verjaringstermijn “tot op heden is voortgelopen”.

Het is het hof amtsshalve bekend dat door de wederpartij van de bank in februari 2016 tegen dit arrest cassatieberoep is ingesteld. Aangezien de uitkomst van dit cassatieberoep van belang kan zijn voor de onderhavige zaak, zal het hof de zaak aanhouden totdat op het cassatieberoep is beslist. Rabobank zal nadat de Hoge Raad op het cassatieberoep heeft beslist ter zake een akte mogen nemen. [geïntimeerde 1] c.s. zal hierop bij antwoordakte mogen reageren.

3.11. Het hof zal iedere verdere beslissing aangehouden. Dit geldt ook voor het nog te beoordelen beroep van Rabobank op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van het beroep door [geïntimeerde 1] c.s. op artikel 7:853 BW.

4. De uitspraak

Het hof:

op het principaal en het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep

verwijst de zaak naar de rol van 7 maart 2017 voor akte aan de zijde van Rabobank (rov. 3.10.6); [geïntimeerde 1] c.s. zal hierna een antwoordakte mogen nemen.

houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. In voorgaande uitspraak zijn in hoofdzaak twee vragen interessant. Ten eerste of de borgtocht is aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap (ISE Holding). Zo ja, dan slaagt de vernietiging van de borgtocht door de echtgenote van de borg niet. Ten tweede of de verbintenis van ISE Holding is verjaard, zodat de borgtocht is tenietgegaan. Voor de beantwoording van de laatste vraag heeft het hof de zaak aangehouden in afwachting van het oordeel van de Hoge Raad in een vergelijkbare zaak (Hof Den Haag 29 september 2015, «JOR» 2016/101).

2. Aan het oordeel over de toepasselijkheid van art. 1:88 lid 5 en art. 1:89 BW legt het hof ten grondslag dat Rabobank de financieringsovereenkomst is aangegaan met ISE Holding en vier werkmaatschappijen. Het doel van de geldlening was financiering van een management buy-in: het verwerven van 100% van de aandelen in de werkmaatschappijen teneinde het management van die vennootschappen te kunnen voeren. Dat doel was in overeenstemming met de statutaire doelomschrijving van ISE Holding: het als houdstervenootschap verwerven van, het deelnemen in, het besturen van en het financieren van andere ondernemingen. Vaststaat dat de borgtocht is verstrekt door een bestuurder van ISE Holding die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt. Het hof oordeelt dat de financiering van de management buy-in in beginsel als normale bedrijfsuitoefening van ISE Holding kan worden gekwalificeerd. De financiering is immers in overeenstemming met het statutaire doel van ISE Holding en wordt overeenkomstig dit doel aangewend. Van een verhoogd kredietrisico was geen sprake. Op grond van het aan de bank verstrekte due diligence rapport mocht de bank ervan uitgaan dat de financiering van de aandelen verantwoord was en er sprake was van een reëel zicht op continuïteit.

3. Reëel zicht op continuïteit ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst lijkt essentieel. Later bleek het due diligence rapport mogelijk niet in orde en was sprake van discontinuïteit, maar dat is wijsheid achteraf. Dat de borgtocht is verleend voor een financiering in een continuïteitsscenario, maakt dat de financie-

ring in beginsel is geschied ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van ISE Holding.

4. In verreweg de meeste gevallen waarin wordt geoordeeld dat financiering niet ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening strekt, is sprake van (dreigende) discontinuïteit, zie HR 14 april 2000, «JOR» 2000/113 (*Soetelieve/Stienstra*), HR 8 juli 2000, «JOR» 2005/233, m.nt. Verdaas (*Rabobank/Van Hees*), HR 18 december 2015, «JOR» 2016/106, m.nt. Bertrams (*Nooij/ING*), een overzicht van lagere jurisprudentie in Blomkwist, *Borgtocht*, Monografieën BW B78, Deventer: 2012, par. 14, en Christiaans, 'Privé-borg en toestemming echtgenote: de Hoge Raad verduidelijkt – een beetje?', in: FIP 2016(3)/120). Echter, ook (dreigende) discontinuïteit is niet per definitie een omstandigheid die noopt tot de toestemming van de echtgenoot van de borg. Het is een belangrijke omstandigheid die kan, maar niet moet leiden tot de conclusie dat de financiering niet geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf. Zie voor een recente en deels tegenstrijdige omgang met deze materie Hof Amsterdam 31 mei 2016, Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juni 2016 en Hof Den Bosch 5 juli 2016, «JOR» 2016/347, 348 en 349, m.nt. Bertrams.

5. Een ander punt is de verjaring van de verbintenis van de hoofdschuldenaar (ISE Holding). Rabobank heeft de financiering op 11 november 2008 met onmiddellijke ingang opgezegd en het uitstaande saldo per 25 november 2008 opgeëist. Haar vordering zou zonder stuiting of het bestaan van een verlengingsgrond in beginsel op 26 november 2013 zijn verjaard. 20 juli 2012 is ISE Holding in staat van insolventie geraakt (vereenvoudigde afwikkeling), daardoor ontbonden en bij gebrek aan baten meteen opgehouden te bestaan. Op 22 november 2013 heeft Rabobank de borg gedagvaard.

6. De borg (geïntimeerde 1) stelt zich op het standpunt dat de vordering van de bank op ISE Holding op 26 november 2013 is verjaard. Daardoor zou de borgtocht op grond van art. 7:853 BW zijn tenietgegaan. Het hof schort zijn oordeel op dit punt op in afwachting van de uitkomst van cassatieberoep op het arrest van het Hof Den Haag 29 september 2015 («JOR» 2016/101, m.nt. Stal). In die zaak sprak Rabobank een borg aan. Dat gebeurde lang nadat de vennootschap door opheffing van haar faillissement

bij gebrek aan baten was ontbonden. Zij was voorts opgehouden te bestaan. Het Hof Den Haag oordeelde dat de vordering van de bank op de vennootschap na de ontbinding was blijven bestaan. Immers, alsnog van een bate zou blijken, zou die vordering daarop met toepassing van art. 2:23c lid 1 BW kunnen worden verhaald. Teneinde te voorkomen dat in zo'n geval de mogelijkheid van verhaal door verjaring verloren zou gaan, bepaalt art. 2:23c lid 2 BW dat gedurende het tijdvak waarin de rechtspersoon is opgehouden te bestaan, een verlengingsgrond als bedoeld in art. 3:320 BW van toepassing is. Nu de verjaringstermijn van de vordering van de bank op de vennootschap aldus is voortgelopen, is de borgtocht niet op grond van art. 7:853 BW geëindigd.

7. De vraag is of het hof in de onderhavige zaak terecht het oordeel van de Hoge Raad afwacht. In die zaak heeft ontbinding door de staat van insolventie (na vereenvoudigde afwikkeling, art. 137a Fw) plaatsgevonden; in de zaak die nu onder de Hoge Raad is, is sprake van ontbinding door opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten. De wijze waarop in beide gevallen een "nagekomen" bate moet worden vereffend, verschilt.

8. Indien een rechtspersoon wordt ontbonden door de staat van insolventie en na vereffening van het vermogen ophoudt te bestaan, zal heropening van het faillissement moeten plaatsvinden (art. 194 Fw). De rechtspersoon wordt geacht voor de vereffening van het vermogen te zijn blijven bestaan (vgl. art. 2:19 lid 5 BW). De vereffening vindt plaats door de curator. De regeling over de heropening van de vereffening op grond van art. 2:23c BW vindt geen toepassing. Art. 2:23a lid 5 BW sluit toepassing op vereffening in faillissement uit. Er is wel andersluidende jurisprudentie (zie bijv. HR 27 januari 1995, *NJ* 1995/579 (*APH/Söderqvist*) en HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998/258 (*Andeweg*)), maar die is op een redelijke wettoepassing in atypische gevallen gebaseerd.

9. Wordt een rechtspersoon ontbonden door opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten (en houdt hij op te bestaan), dan kan een belanghebbende ofwel (i) een nieuw faillissement uitlokken (art. 18 Fw) dan wel (ii) verzoeken om heropening van de vereffening (art. 2:23c BW). Art. 194 Fw is niet (analogisch) van toepassing (zie HR 10 augustus 1984, *NJ* 1985/69 en

70, m.nt. G. (Dekker), Hof Arnhem 13 oktober 1997, «JOR» 1997/114, m.nt. Kortmann (FNV/Ventaz) en Wessels VII, par. 7267 en 7268). 10. Strikt genomen is – gelet op art. 194 Fw en art. 2:23a lid 5 BW – in het onderhavige geval art. 2:23c BW niet van toepassing en behoeft het arrest van de Hoge Raad niet te worden afgewacht. Nu de verlengingsgrond voor de verjaring (art. 2:23c lid 2 jo. art. 3:320 BW) ontbreekt, lijkt de borg terecht een beroep op art. 7:853 BW te hebben gedaan.

J.A. Stal,
advocaat bij Cleber te Amsterdam

82

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
17 januari 2017, zaaknr. 200.177.489/01,
ECLI:NL:GHSHE:2017:116
(mr. Stienissen, mr. Sijmonsma, mr.
Hendriks-Jansen)
Noot mr. A. Steneker

Hypotheekrecht. Onbevoegde executie nu schuldenaar niet in verzuim was. Hypotheekhouder niet beschikkingsbevoegd ten aanzien van het verhypothekerde goed. Geen bescherming koper. Verwijzing naar HR 25 januari 2008, «JOR» 2008/84, m.nt. Steneker.

[BW art. 3:80 lid 3, 3:88, 3:268]

Voorop wordt gesteld dat als uitgangspunt heeft te gelden dat ook bij de uitoefening van het recht van parate executie op grond van art. 3:268 BW, zoals in dit geval, de verkrijging op grond van art. 3:80 lid 3 BW plaatsvindt door overdracht (vgl. HR 25 januari 2008, «JOR» 2008/84, m.nt. Steneker). Dit betekent dat sprake moet zijn van een levering krachtens geldige titel, verricht door iemand die bevoegd is over het goed te beschikken. Indien in dit stelsel van overdracht niet is voldaan aan één van de drie genoemde vereisten, is geen sprake van eigendomsoverdracht, behoudens indien zich het geval van art. 3:88 BW voordoet. Krachtens art. 3:268 lid 1 BW is een hypotheekhouder bevoegd tot openbare verkoop indien de schuldenaar in verzuim is. Indien geen sprake is van verzuim, is de hypotheekhouder dus niet bevoegd om tot openbare verkoop over te gaan. Een dergelijke onbevoegdheid van de hypotheekhouder brengt

mee dat die hypotheekhouder beschikkingsonbevoegd is. Dit betekent dat de vraag moet worden beantwoord of de schuldenaar in verzuim was ten tijde van de openbare verkoop door de hypotheekhouder. Voor zover de hypotheekhouder haar stelling dat de schuldenaar in verzuim was heeft gegrond op het feit dat de koopovereenkomst in 2004 is ontbonden op basis van art. 16a van die overeenkomst, wegens non-conformiteit of wanprestatie dan wel is vernietigd op grond van dwaling of onvoorziene omstandigheden, heeft het Hof 's-Hertogenbosch bij arrest van 16 juli 2013 vastgesteld dat daarvan geen sprake is. Andere verzuimgronden zijn gesteld noch gebleken. Er wordt op gewezen dat de hypotheekhouder in haar conclusie van antwoord niet meer heeft aangevoerd dan dat kopers in 2009 de met de schuldenaar gesloten overeenkomst hebben ontbonden en dat de schuldenaar door de Rechtbank Maastricht bij vonnis van 16 februari 2011 is veroordeeld tot terugbetaling van € 1.000.000. Dit vonnis is echter vernietigd door het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 16 juli 2013. De conclusie is dan ook dat niet kan worden vastgesteld dat de schuldenaar ten tijde van de veiling in verzuim was, waarmee de hypotheekhouder dus als veilingverkoper niet beschikkingsbevoegd was. Door die beschikkingsonbevoegdheid heeft zij niet de eigendom aan zichzelf kunnen overdragen. Zij was dus geen eigenaar toen zij het complex op grond van een mondelinge overeenkomst doorverkocht aan geïntimeerden en vervolgens leverde bij notariële akte van levering van 16 mei 2012. Het geval van art. 3:88 lid 1 BW doet zich niet voor: de beschikkingsonbevoegdheid bij de hypotheekhouder toen zij het complex aan geïntimeerden vervreemde, vloeide immers voort uit de ongeldige overdracht van de hypotheekhouder aan zichzelf omdat zij als vervreemder bij die overdracht aan zichzelf onbevoegd was. Er zijn geen andere regels of gronden die met zich brengen dat geïntimeerden kunnen worden beschermd tegen het feit dat achteraf blijkt dat de executorialle titel op grond waarvan de hypotheekhouder liet veilen, niet blijkt te bestaan.