

van belangrijke documenten naar mijn mening geen betrouwbare vermogensvergelijking te maken.

10. Aan het maken van een vermogensvergelijking bestaat in deze zaak eveneens geen behoefte gelet op het navolgende. Is de Wsnp in dit geval aan te merken als een alternatief voor het minnelijk traject? Wat heeft het voor zin om na te gaan of de dwarsliggende schuldeiser beter af is bij een minnelijk akkoord dan bij de toepassing van de Wsnp indien bij voorbaat vaststaat dat de schuldenaar toch niet opteert voor de toepassing van de Wsnp? De vraag is immers of een ondernemer met een levensvatbare onderneming – hetgeen blijkt uit het verstrekken van het Bbz-krediet – zal opteren voor de Wsnp nadat zijn 287a-verzoek is afgewezen. De kans dat de schuldenaar zijn Wsnp-verzoek handhaaft is niet groot, omdat tijdens de Wsnp de onderneming in de regel niet kan worden voortgezet (art. 3.6 Recofa Richtlijnen voor Schuldsaneringsregelingen 2009). Het ligt niet voor de hand dat de schuldenaar ervoor kiest een levensvatbare onderneming te beëindigen teneinde toegelaten te kunnen worden tot de Wsnp. Mocht de onderneming inmiddels niet meer levensvatbaar zijn en haar activiteiten zijn gestaakt in verband met de wens van de schuldenaar tot toelating tot de Wsnp, dan valt er nog steeds geen betrouwbare vermogensvergelijking te maken. Het inkomen van de schuldenaar zal dan in eerste instantie terugvallen tot het bijstandsniveau. In dat geval is het slechts gissen hoe snel de schuldenaar een baan vindt en wat de mogelijke hoogte van het loon van de schuldenaar zou kunnen zijn.

M.Y. Nethé,  
universitair docent, Rijksuniversiteit Groningen

## 101

Gerechtshof Den Haag  
29 september 2015, zaaknr. 200.149.004/01,  
ECLI:NL:GHDHA:2015:2525  
(mr. Van der Ven, mr. Van Coevorden, mr.  
Salomons)  
Noot mr. J.A. Stal

**Borgtochtvereenkomst. Verjaring. Nu vorde-  
ring op gefailleerde en ontbonden hoofdschul-  
denaar niet is verjaard, is borgtocht niet  
geëindigd ex art. 7:853 BW. Hoger beroep van  
Rb. Den Haag 10 april 2013, «JOR» 2013/167,  
m.nt. Groffen.**

[BW art. 2:19, 2:23c, 3:320, 7:853, 7:868;  
Fw art. 36 lid 1]

*De regeling van art. 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 art. 7:868 BW verweert met de stelling dat de hoofdverbintenis verjaard is. Tussen partijen is niet in geschil dat de vordering van de bank op de vennootschap in elk geval opeisbaar was op 6 april 2005, toen de vennootschap faillieerde. Indien de verjaringstermijn voor de rechtsoverdracht zou aflopen gedurende het faillissement van de vennootschap, is deze ingevolge art. 36 lid 1 Fw voortgelopen tot zes maanden na afloop van het faillissement. De rechtsoverdracht kan derhalve niet tijdens het faillissement van de vennootschap verjaard zijn. Door de opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten is de vennootschap op 2 maart 2006 ontbonden ingevolge art. 2:19 lid 1 onder c BW. Nu zij op het tijdstip van haar ontbinding geen baten meer had, heeft de vennootschap toen voorts opgehouden te bestaan (art. 2:19 lid 4 BW). 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 art. 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 art. 2:23c lid 2 BW dat gedurende het tijdvak waarin de rechtspersoon had opgehouden te bestaan, er een verlengingsgrond als bedoeld in art.*

*3:320 BW is ten aanzien van de verjaring van rechtsvorderingen tegen de rechtspersoon. 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 art. 7:853 BW geëindigd.*

R.E. Rambaldo te Leidschendam, gemeente Leidschendam-Voorburg,  
appellant,  
advocaat: mr. M.P.V. den Engelsman,  
tegen  
Coöperatieve Rabobank Regio Den Haag UA te Den Haag,  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. J.C. Meijroos.

(...; red.)

*Verdere beoordeling van het hoger beroep*

1. In deze zaak heeft de bank Rambaldo aangesproken tot nakoming van zijn verplichtingen uit een borgtocht voor een maximaal bedrag van € 100.000, aangegaan voor de verplichtingen van Horeca Concept Building B.V. (hierna: de vennootschap) jegens de bank. De rechtbank heeft de vordering grotendeels toegewezen. Daartegen keert zich het hoger beroep.

2.1. In het kader van grief 1 heeft Rambaldo onder meer bestreden dat de rechten uit de borgtocht, die hij was aangegaan met Coöperatieve Rabobank Leidschendam-Voorburg U.A., in 2005 door fusie zijn overgegaan op Coöperatieve Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer U.A. en vervolgens in 2014 wederom door fusie op Coöperatieve Rabobank Regio Den Haag U.A.

2.2. Uit het als productie 2 bij memorie van antwoord overgelegde uittreksel uit het handelsregister blijkt dat de statutaire naam van de onder KvK-nummer 27045493 ingeschreven rechtspersoon tot 1 november 2005 Coöperatieve Rabobank Leidschendam-Voorburg U.A. was en nadien Coöperatieve Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer U.A. Beide vennootschappen zijn derhalve één en dezelfde rechtspersoon, zodat de rechten uit de borgtocht, die vóór 1 november 2005 toekwamen aan Coöperatieve Rabobank Leidschendam-Voorburg U.A., vanaf die datum toekwamen aan Coöperatieve Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer U.A., zoals de bank heeft gesteld. Aan te nemen

valt dat Coöperatieve Rabobank Leidschendam-Voorburg U.A. in 2005 als verkrijgende vennootschap bij de door de bank gestelde fusie met een andere Rabobank is opgetreden en in verband daarmee haar naam heeft gewijzigd. Dat het uittreksel niet met zoveel woorden melding maakt van een fusie, zoals Rambaldo benadrukt, is in dit verband niet van belang, en evenmin dat de bank zich niet geheel nauwkeurig heeft uitgedrukt door te stellen dat Coöperatieve Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer U.A. op 1 november 2005 in de rechten van Coöperatieve Rabobank Leidschendam-Voorburg U.A. is getreden.

2.3. Rambaldo heeft zich in de akte uitlaten van 12 augustus 2015 en ter comparitie gerefereerd aan het oordeel van het Hof ter zake van de stelling dat op 1 november 2014 Coöperatieve Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer U.A. op 1 november 2014 door fusie is opgehouden te bestaan en dat haar vermogen onder algemene titel is overgegaan op Coöperatieve Rabobank Regio Den Haag U.A. Daarmee staat de juistheid van deze stelling, die wordt ondersteund door een uittreksel uit het handelsregister (productie 3 bij memorie van antwoord), tussen partijen vast. Het Hof staat toe dat de procedure aan de zijde van geïntimeerde wordt voortgezet op naam van Coöperatieve Rabobank Regio Den Haag U.A., nu Rambaldo zich niet heeft verzet tegen de daartoe strekkende wens van de bank.

2.4. In zoverre faalt grief 1.

3.1. Met grief 1 bestrijdt Rambaldo voorts dat de bank enige vordering op de vennootschap heeft, laat staan dat deze vordering een bedrag van € 100.000 zou overstijgen.

3.2. De bank heeft ter onderbouwing van hoogte van de vordering op de vennootschap verwezen naar een bij memorie van antwoord overgelegde brief van 12 mei 2005 aan de curator van de vennootschap. Rambaldo heeft bij akte uitlaten betwist dat het gaat om een brief aan de curator, nu de brief gericht is aan een zekere J.G. Bruinsma, met wie hij niet bekend is. Het hof verwerpt dit verweer, nu Rambaldo ter comparitie heeft verklaard dat Bruinsma een kantoorgenoot van de curator was en dat hij met hem ook over het faillissement contact heeft gehad.

3.3. Ter comparitie heeft de bank over de vordering als volgt verklaard. De hoogte van de vordering op de vennootschap bedroeg op het moment van het faillissement € 211.452,34 exclusief rente en kosten. Inclusief rente en kosten ging het om

ongeveer € 222.000. In mindering op dit laatste bedrag kwam een betaling door de Staat van € 103.340 op grond van een staatsgarantie. Deze betaling vond plaats na de brief van 12 mei 2005. Verder kwam op de vordering in mindering een positief saldo van € 4.500 op een van de rekeningen van de vennootschap, alsmede de opbrengst van de inventaris die was verkocht door Lage Landen. Deze opbrengst was ongeveer € 10.000. Er resteerde dus een vordering op de vennootschap van ruim een ton.

3.4. Rambaldo heeft de hoogte van de vordering ten tijde van het faillissement ter comparitie niet gemotiveerd betwist. Wel heeft hij verklaard dat de vennootschap ongeveer een half jaar voor het faillissement leningen van de bank had verkregen van ongeveer € 236.000, waarop hij voor het faillissement al wat had afgelost. Voorts heeft hij verklaard dat het kan kloppen dat de bank van de Staat een bedrag van € 103.340 heeft ontvangen en dat het bedrag van € 4.500 op een van de rekeningen van de vennootschap hem niks zegt. Van de opbrengst van de inventaris van € 10.000 heeft Rambaldo weliswaar verklaard dat hij daarvan schrikt en dat hij deze zelf had kunnen verkopen voor een à anderhalve ton, maar daarmee heeft hij de opbrengst als zodanig niet bestreden.

3.5. Nu de bank aldus gemotiveerd heeft gesteld dat zij een vordering op de vennootschap had die een bedrag van € 100.000 overschrijdt en Rambaldo dit niet, althans niet voldoende gemotiveerd, heeft betwist, staat dit tussen partijen vast. Nu de vordering het maximale bedrag van de borgtocht overschrijdt, is niet van belang dat het exacte bedrag van de vordering van de bank op de vennootschap niet is komen vast te staan.

3.6. Grief 1 wordt derhalve verworpen.

4.1. De grieven 2 en 3 betreffen de vraag of de vordering van de bank op de vennootschap is verjaard en daardoor ingevolge artikel 7:853 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) de borgtocht is tenietgegaan. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.2. 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 hoofdvordering is verjaard is (Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 435).

4.3. Tussen partijen is niet in geschil dat de vordering van de bank op de vennootschap in elk geval opeisbaar was op 6 april 2005, toen de vennootschap failliede. Indien de verjaringstermijn voor de rechtsvordering zou aflopen gedurende het faillissement van de vennootschap, is deze ingevolge artikel 36 lid 1 Faillissementswet voortgelopen tot zes maanden na afloop van het faillissement. De rechtsvordering kan derhalve niet tijdens het faillissement van de vennootschap verjaard zijn. Door de opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten is de vennootschap op 2 maart 2006 ontbonden ingevolge artikel 2:19 lid 1 onder c BW. Nu zij op het tijdstip van haar ontbinding geen baten meer had, heeft de vennootschap toen voorts opgehouden te bestaan (artikel 2:19 lid 4 BW). 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. 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.

4.4. Aan de grieven 2 en 3 ligt de opvatting ten grondslag dat de vordering van de bank op de vennootschap is verjaard, nu niet is gesteld of gebleken dat de bank de verjaring tegenover de vennootschap na 6 april 2005 tijdig heeft gestuit. De grieven falen, aangezien de verjaringstermijn tegen de niet meer bestaande vennootschap ook zonder stuiting is voortgelopen. Het hof merkt nog op dat nu Rambaldo zich heeft beroepen op verjaring, de rechtbank gehouden was dat verjaringsverweer te toetsen aan de relevante wettelijke regels, waaronder artikel 2:23c BW. Omdat uit de stellingen van Rambaldo voortvloeit dat de vordering van de bank op de vennootschap nog niet

kan zijn verjaard, doet niet ter zake of de bank het (onjuiste) standpunt van Rambaldo daarover heeft weersproken.

4.5. De grieven 2 en 3 falen derhalve.

5.1. In het vonnis van 12 maart 2014 heeft de rechtbank op grond van de verklaringen van de door haar gehoorde getuigen bewezen geacht dat Rambaldo het bestaan van de schuld aan de bank in maart of april 2009 heeft erkend. Met grief 4 bestrijdt Rambaldo dit oordeel van de rechtbank. Het hof zal derhalve moeten beoordelen of het bewijs door de bank is geleverd.

5.2. In eerste aanleg heeft de bank twee van haar medewerkers, Van Vliet en Pos, als getuige doen horen.

Van Vliet heeft onder meer verklaard:

“Ongeveer maart 2009 is de heer Rambaldo uitgenodigd voor een gesprek op ons kantoor te Zoetermeer. Hij is daar verschenen, en samen met mijn collega Pos heb ik met hem gesproken. De heer Rambaldo is duidelijk gemaakt dat de Rabobank aanspraak maakte op het bedrag waarvoor hij zich borg had gesteld en tot een betalingsregeling wilde komen. De heer Rambaldo gaf aan geen geld te hebben, geen inkomen te hebben en eigenlijk ook niet van plan te zijn “legaal” te gaan werken, omdat hij in dat geval uitsluitend een inkomen zou genieten dat afgedragen zou moeten worden aan zijn crediteuren. Buiten de Rabobank had hij nog vele andere crediteuren. De heer Rambaldo heeft tijdens het gesprek erkend dat hij de schuld van €100.000,- aan de Rabobank had, maar liet erop volgen dat hij die schuld niet zou kunnen voldoen.”

Pos heeft onder meer verklaard:

“Bij het dossier Rambaldo was ik betrokken in 2006 toen ik het dossier administratief heb afgewikkeld. Na mijn terugkeer bij de bank ben ik door mevrouw Van Vliet gevraagd aanwezig te zijn bij een gesprek dat gevoerd zou worden met de heer Rambaldo, in april 2009. De heer Rambaldo was voor dat gesprek uitgenodigd door één van mijn collega's, de heer De Groot of mevrouw Van Vliet. Tijdens dat gesprek, dat ik voerde samen met mevrouw Van Vliet, was ik aanwezig als coach.

De heer Rambaldo maakte een onverzorgde, verslagen en moedeloze indruk. De inzet van het gesprek was de vordering van de Rabobank uit hoofde van de borgtochtvereenkomst. Ik weet niet meer of het bedrag van € 100.000,- expliciet ter sprake is geweest, maar het was de heer Ram-

baldo duidelijk dat hij een schuld uit de borgtocht had; hij gaf duidelijk aan zich daarvan bewust te zijn. Hij vertelde echter geen middelen te hebben om de schuld op enigerlei wijze te kunnen inlossen.

(...) De Rabobank was gehouden tot uitwinning van de borgtocht over te gaan, in verband met de verstrekte staatsgarantie. Op dat moment zat er, zo bleek uit verhaalsonderzoek, weinig muziek in de verhaalsmogelijkheden.”

5.3. In contra-enquête heeft Rambaldo als getuigen doen horen zichzelf en zijn partner Pieterse, die met hem samenwoont vanaf eind april/begin mei 2009.

Rambaldo heeft onder meer verklaard:

“Ik heb geen gesprek gehad met wie dan ook van de Rabobank over mijn schuld aan de Rabobank, althans dat staat mij niet bij. (...) Ik heb mevrouw Van Vliet (die ik wel tijdens de comparitie heb gezien) en de heer Pos nooit eerder ontmoet en heb dus geen gesprek met ze gehad over mijn schuld uit de borgtocht. Ik was na het faillissement van mijn B.V. zakelijk wel aangeslagen maar ik ben niet het type om bij de pakken te gaan neerzitten. Ik heb denk ik een halfjaar niet gewerkt en ben daarna bij een werkgever in dienst getreden als crisismanager.”

Pieterse heeft onder meer verklaard:

“Ik heb een relatie met de heer Rambaldo (Rein) sedert begin 2009. (...) Ik heb de heer Rambaldo leren kennen in 2008 toen ik werkzaam was bij Horeca Warehouse in een overwegend administratieve functie. Rein vervulde daar de functie van directeur. Hij heeft mij destijds verteld over het faillissement van zijn horecaonderneming. Sinds wij samen zijn doe ik voor het gezin ook de administratie. (...) Rein en ik zijn gaan samenwonen eind april begin mei 2009. Totdat we zijn gaan samenwonen beheerde ik zijn zakelijke agenda. Vanaf het moment dat we samenwoonden beheerde ik ook zijn privé agenda. Ik ben niet bekend met enig ander bezoek aan de Rabobank van Rein dan het bezoek dat hij heeft gebracht om de ontvangen pasjes te retourneren. (...) Ik heb me verbaasd over de vordering van € 102.000, omdat ik van het bestaan van die schuld nooit eerder op de hoogte was geraakt. Als er sprake zou zijn geweest van een schuld van Rein ter hoogte van dat bedrag zou ik dat hebben geweten.”

5.4. Zowel uit de verklaring van Van Vliet als uit de verklaring van Pos komt naar voren dat zij in maart/april 2009 samen een gesprek met Rambal-

do hebben gevoerd en dat Rambaldo in dat gesprek de vordering van de bank uit borgtocht heeft erkend. Daartegenover staat de verklaring van Rambaldo, die ontkent dat een dergelijk gesprek heeft plaatsgevonden. Pieterse heeft verklaard dat haar uit de agenda van Rambaldo of anderszins niet is gebleken dat Rambaldo enig bezoek aan de bank heeft gebracht, behalve om ontvangen pasjes te retourneren.

5.5. Het hof acht de bank geslaagd in het bewijs dat Rambaldo het bestaan van de vordering van de bank in maart of april 2009 tegenover Van Vliet en Pos heeft erkend. Zulks volgt in het bijzonder uit de in essentie met elkaar overeenstemmende verklaringen van de getuigen Van Vliet en Pos, die het hof voldoende betrouwbaar acht. Rambaldo betoogt dat zij zijn te beschouwen als partijgetuigen, doch ten onrechte nu zij immers geen wettelijke of statutaire bevoegdheid hadden de bank te vertegenwoordigen. Voorts valt niet in te zien waarom, zoals Rambaldo heeft aangevoerd, de omstandigheid dat deze getuigen eerder aanwezig waren geweest bij een comparitie bij de rechtbank en voorts het dossier voorafgaand aan het getuigenverhoor nog hebben doorgelezen, zou afdoen aan de betrouwbaarheid van hun verklaringen. Aan de veronderstelling van Rambaldo dat Van Vliet en Pos belang hebben bij hun verklaring omdat zij mogelijk steken hebben laten vallen die zij willen verdoezelen, gaat het hof voorbij, nu dit verder niet is onderbouwd. Aan de geloofwaardigheid van de verklaring van Pos doet niet af dat hij zich niet alle details van het gesprek weet te herinneren. Ten slotte acht het hof de verschillen tussen de verklaringen van Van Vliet en Pos niet groot en in elk geval niet zodanig dat op die grond aan de betrouwbaarheid daarvan moet worden getwijfeld.

Tegenover de verklaringen van Van Vliet en Pos leggen de verklaringen van Rambaldo en Pieterse voor het hof onvoldoende gewicht in de schaal. Met betrekking tot Pieterse merkt het hof nog op dat zij niet uit eigen wetenschap kan verklaren of het door Van Vliet en Pos genoemde gesprek met de bank heeft plaatsgevonden, zodat haar verklaring slechts in geringe mate steun biedt aan de verklaring van Rambaldo dat een dergelijk gesprek niet heeft plaatsgevonden.

5.6. In de toelichting op grief 4 voert Rambaldo nog aan dat de bank zich niet kan beroepen op een erkenning door hem jegens Van Vliet en Pos, indien zij niet bevoegd zouden zijn de bank te

vertegenwoordigen (memorie van grieven, nr. 32). Dit verweer wordt verworpen, nu de bank onbestreden heeft aangevoerd dat Van Vliet en Pos wél bevoegd waren haar te vertegenwoordigen, zij het dat het niet ging om een wettelijke of statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid.

5.7. Ten slotte zou het volgens Rambaldo naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als de vordering zou worden toegewezen, althans heeft de bank haar recht op voldoening verwerkt (memorie van grieven, nr. 40), nu de bank vele jaren heeft gewacht alvorens hem in kennis te stellen van enige vordering en vervolgens geruime tijd heeft gewacht met het aanhangig maken van de procedure. Dit verweer wordt verworpen, nu het tijdsverloop tussen het faillissement van de vennootschap en de erkenning door Rambaldo van de vordering in 2009 niet de conclusie wettigt dat het onaanvaardbaar zou zijn dat de bank nog aanspraak maakt op betaling. Dat wordt niet anders doordat de bank, nadat Rambaldo zich had beroepen op verjaring, nog enige tijd heeft laten verstrijken voordat Rambaldo in rechte is betrokken. Voor een beroep op rechtsverwerking is voorts niet voldoende dat de bank, zoals Rambaldo aanvoert, lang heeft gewacht met het instellen van de vordering.

5.8. Grief 4 faalt derhalve.

6. Grief 5 keert zich tegen de slotsom en het dictum van het bestreden vonnis en vormt derhalve een zogenoemde veeggrief. Nu de overige grieven falen, deelt grief 5 dit lot.

7. Bij akte uitlaten heeft Rambaldo nog aangevoerd dat de bank hem bij dagvaarding slechts heeft aangesproken uit hoofde van de geldlening met kenmerk 3879.13.912 en dat hij in het verleden ook slechts voor die vordering is aangesproken. Dit verweer is pas na het nemen van de memorie van grieven gevoerd en derhalve te laat, tenzij Rambaldo het verweer redelijkerwijs niet eerder heeft kunnen voeren. Dat laatste is niet het geval. Rambaldo is de bedoelde lening voor de vennootschap aangegaan en moet derhalve hebben geweten dat deze betrekking had op een bedrag van € 40.000. Reeds uit het feit dat de bank bij de dagvaarding aanspraak maakte op betaling van het volle bedrag van de borgtocht (€ 100.000) heeft Rambaldo daarom redelijkerwijs moeten begrijpen dat de vordering niet slechts zag op de hiervoor bedoelde geldlening. Het verweer wordt derhalve verworpen.

8. De slotsom is dat de grieven falen, zodat de vonnissen waarvan beroep moeten worden bekrachtigd. Bij deze uitkomst past dat Rambaldo wordt veroordeeld in de proceskosten op de wijze als hierna vermeld. De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten is toewijsbaar als na te melden.

#### Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt de vonnissen van 6 februari 2013, 10 april 2013 en 12 maart 2014 van de Rechtbank Den Haag, waarvan beroep.
- veroordeelt Rambaldo in de kosten van het hoger beroep, (...; *red.*);
- verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

#### NOOT

1. In voorgaande uitspraak komen faillissementsrecht, vennootschapsrecht en vermogensrecht (borgtocht en verjaring) samen. De in deze uitspraak te beantwoorden vraag is of de vordering van Rabobank op de failliete hoofdschuldenaar Horeca Concept Building BV (de vennootschap) is verjaard, als gevolg waarvan de door Rambaldo verstrekte borgtocht is teniet gegaan. Het hof plaatst de beantwoording in het licht van de mogelijkheid tot heropening van de vereffening op grond van art. 2:23c BW.

2. Aan de uitspraak liggen de volgende feiten ten grondslag (zie tussenarrest Hof Den Haag, 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1312). Rabobank heeft een financieringsovereenkomst gesloten met de vennootschap. Rambaldo heeft zich bij akte van 12 maart 2004 tot borg gesteld. Op 6 april 2005 is de vennootschap gefailleerd. Het faillissement is op 2 maart 2006 bij gebreke van baten opgeheven. Daardoor is de vennootschap opgehouden te bestaan. Bij brieven van 19 en 29 december 2011 heeft Rabobank de borg gemaand tot betaling onder de borgtocht. In het hier besproken arrest oordeelt het hof dat de borg het bestaan van de schuld aan de bank uit hoofde van borgtocht in maart of april 2009 heeft erkend (r.o. 5.5).

3. De borg beroept zich er primair op dat de vordering van Rabobank op de vennootschap is verjaard. Als gevolg daarvan is de borgtocht teniet gegaan (art. 7:853 BW). In zijn beoordeling

acht het hof niet van belang dat de verjaring tegenover de vennootschap na datum faillissement al dan niet is gestuit. Immers, indien de verjaring gedurende het faillissement van de vennootschap was geëindigd, dan zou die verjaring tot zes maanden na afloop van het faillissement zijn doorgelopen (art. 36 lid 1 Fw). Daarna speelt stuiting volgens het hof geen rol meer. Na opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten (art. 16 Fw) is de vennootschap ontbonden en opgehouden te bestaan. De verjaringstermijn loopt in zo'n geval (tegen de niet meer bestaande vennootschap) ook zonder stuiting voort. Het hof verwijst naar art. 2:23c lid 1 BW. Dat maakt heropening van de vereffening mogelijk, indien van het bestaan van een bate blijkt. In dat geval bestaat een verlengingsgrond voor de verjaringstermijn van de rechtsvordering tegen de rechtspersoon als bedoeld in art. 3:320 BW (art. 2:23c lid 2 BW). Volgens het hof heeft (nog) niet concreet van een bate te zijn gebleken. De *mogelijkheid* van het bestaan van deze verlengingsgrond is voldoende voor het oordeel dat de vordering niet is verjaard. Nu om deze reden de vordering van Rabobank op de vennootschap nog niet is verjaard, is ook de borgtocht niet teniet gegaan.

4. Dan resteert de vraag of de vordering uit hoofde van borgtocht zelf is verjaard. Tussen partijen is *in confesso* dat de verjaring van de vordering uit hoofde van de borgtocht is aangevangen dadelijk na opheffing van het faillissement van de vennootschap, op 2 maart 2006 (Rb. Den Haag, 10 april 2013, «JOR» 2013/167, m.nt. C.J. Groffen, r.o. 4.8). De verjaringstermijn is vijf jaar (art. 3:307 BW). Nu is vastgesteld dat de borg zijn schuld uit hoofde van borgtocht in maart of april 2009 heeft erkend, is de verjaring daardoor gestuit (art. 3:317 BW).

5. De overweging van het hof dat sprake is van een verlengingsgrond als bedoeld in art. 3:320 BW, ook nu "*er thans nog geen bate is gebleken*" (r.o. 4.4) leidt tot een verstrekkende conclusie: een vordering op de vennootschap die is opgehouden te bestaan, verjaart in beginsel niet. Immers, altijd bestaat de mogelijkheid van heropening van de vereffening wegens een alsnog gebleken bate op grond van art. 2:23c BW en dus verlenging van de verjaringstermijn op grond van art. 3:320 BW.

6. Het is de vraag of art. 2:23c BW wel is bedoeld voor het geval een *gefailleerde* rechtspersoon is opgehouden te bestaan. Door het verbindend worden van de (slot)uitdelingslijst (staat van insolventie), eindigt het faillissement en wordt de rechtspersoon ontbonden (art. 2:19 lid 1, aanhef en onder c BW). De rechtspersoon houdt op te bestaan, zodra de vereffening door de curator eindigt. Indien daarna nog van een bate blijkt, kan geen heropening van de vereffening (art. 2:23c BW) plaatsvinden. Art. 2:23a lid 5 BW sluit dat uit. In zo'n geval zal op bevel van de rechtbank heropening van het faillissement plaatsvinden (art. 194 Fw). De rechtbank zal het bevel slechts geven, indien de baten opwegen tegen de kosten voor het verwerven ervan (HR 18 januari 1940, *NJ* 1940/483). Het ligt in de rede dat de kosten van de vereffening daarin zijn begrepen. De rechtspersoon wordt geacht voor de vereffening van het vermogen te zijn blijven bestaan (vgl. art. 2:19 lid 5 BW). Vereffening vindt plaats door de curator. Eenzelfde systeem geldt, wanneer het faillissement wordt opgeheven wegens gebrek aan baten (art. 16 Fw): de rechtspersoon wordt ontbonden en houdt meteen op te bestaan (art. 2:19 lid 1, aanhef en onder c, en lid 4 BW). In geval van een nagekomen bate dient opnieuw faillietverklaring te volgen, waarbij de schuldenaar of de aanvrager zal moeten aantonen dat er voldoende baten zijn om de kosten van het faillissement te bestrijden (art. 18 Fw). Ook in dit geval vindt vereffening plaats door de curator. De speciale regels uit de Faillissementswet derogeren aan die algemene regels van boek 2 BW (vgl. Wessels, *Insolventie-recht VII*, 2013/7022 met verwijzingen). De Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 27 januari 1995, *NJ* 1995/579 (*APH/Söderqvist*) weliswaar dat in geval van een nagekomen bate heropening van de vereffening op grond van art. 2:23c BW mogelijk is naast afwikkeling in (een nieuw) faillissement, maar de casus in dat arrest wijkt af van de onderhavige: de rechtspersoon was opgehouden te bestaan als gevolg van een zogenaamde turboliquidatie en niet wegens een opheffing bij gebrek aan baten.

7. De constatering dat art. 2:23c BW in een faillissementssituatie niet geldt, leidt ertoe dat het hof de verlengingsgrond van de verjaringstermijn niet zonder meer had mogen toepassen. Het had moeten onderzoeken of tussen aanvang (2 maart 2006) en stuiting van de verjaring van

de vordering uit borgtocht (maart of april 2009) de vordering van Rabobank op de vennootschap zou zijn verjaard. Zo ja, dan zou de borg een beroep op art. 7:853 BW toekomen.

J.A. Stal,  
advocaat bij Cleber te Amsterdam

## 102

Voorzieningenrechter Rechtbank Oost-Brabant  
zp 's-Hertogenbosch  
26 november 2015, rekestnr. BP RK 15-823,  
ECLI:NL:RBOBR:2015:7468  
(mr. Roosmale Nepveu)  
Noot mr. A. Steneker

**Verdeling opbrengst executie. Rangregeling. Afwijzing verzoek tot benoeming rechter-commissaris ex art. 481 Rv. Verzoeker is niet aan te merken als meest gerede partij. Onderzoek door voorzieningenrechter naar aanneemelijkheid vordering verzoeker.**

[Rv art. 481]

*Ingevolge art. 481 lid 1 Rv kan de meest gerede partij het verzoek tot benoeming van een rechter-commissaris verzoeken. De voorzieningenrechter mag onderzoeken of verzoekster als meest gerede partij valt aan te merken. Daarvoor is op zijn minst nodig dat de vordering van verzoekster voldoende aannemelijk is, zodat zij als belanghebbende in de zin van art. 481 lid 2 Rv kan gelden. De voorzieningenrechter acht zich gehouden om te onderzoeken of de rechtspositie van verzoekster ten aanzien van het onder de deurwaarder berustende depotbedrag zo sterk is dat deze positie verzoekster als belanghebbende en meest gerede partij legitimeert om een rangregeling te laten openen. Niet valt in te zien dat onderzoek naar het vorderingsrecht van verzoekster uitsluitend aan een door de voorzieningenrechter te benomen rechter-commissaris is voorbehouden. De regeling van art. 481 Rv moet gezien worden in de executiefase. In die fase moet het bestaan van de vorderingen die in de verdeling moeten worden betrokken, in beginsel wel duidelijk zijn. Te vermijden ware dat een rechter-commissaris na zijn benoeming op de voet van art. 481 Rv wordt opgezadeld met diepgaand onderzoek naar de merites van de door een verzoeker gepreterende, doch door anderen gemotiveerd betwiste,*