

JOR 2019/115, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 15-01-2019,

ECLI:NL:GHSHE:2019:125, 200.168.362_01 (annotatie)

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 15-01-2019
Publicatie: JOR 2019/115 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 5, 2019
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. J.A. Stal
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:125
Zaaknummer: 200.168.362_01
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:GHSHE:2019:125 • RI 2019/29 • JOR 2019/115 met annotatie van Mr. J.A. Stal
Rechtsgebied: Insolventierecht
Rubriek: Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Vermeulen • mr. Hulskes • mr. Van Wijk
Partijen: Coöperatieve Rabobank UA, appellante in principaal appel, geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel appel, advocaat: mr. Chr. Groenewoud, tegen 1. X, 2. Y, geïntimeerden in principaal appel, appellanten in voorwaardelijk incidenteel appel, advocaat: mr. J.P. Franx.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 2 - 19 • BW Boek 2 - 23a lid 5 • BW Boek 2 - 23c • BW Boek 3 - 320 • Fw - 36 • Fw - 137a • Fw - 137b • Fw - 137c • Fw - 137d • Fw - 137e • Fw - 137f • Fw - 137g • Fw - 173 • Fw - 193 lid 1 • Fw - 194

Inhoudsindicatie

Verjaring van vordering op niet meer bestaande rechtspersoon, Regel van HR 30 juni 2017, «JOR» 2017/222, m.nt.

Stokkermans (Rambaldo/Rabobank) geldt ook ingeval een rechtspersoon ex art. 2:19 BW lid 4 Fw ophoudt te bestaan als gevolg van een vereenvoudigde afwikkeling van het faillissement, Heropening van de vereffening is geen vereiste voor het (voort)lopen van de verjaringstermijn, Stuiting van de vordering is ook niet vereist, Vervolg op Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2016, «JOR» 2017/81, m.nt. Stal

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

De vraag die partijen verdeeld houdt, is of de vordering van de bank op de hoofdschuldenaar ISE Holding is verjaard. Het faillissement van ISE Holding is – anders dan in de zaak die leidde tot HR 30 juni 2017, «JOR» 2017/222, m.nt. Stokkermans (Rambaldo/Rabobank) – niet opgeheven wegens gebrek aan baten, maar vereenvoudigd afgewikkeld conform art. 137a t/m 137g Fw. Uit art. 2:23a lid 5 BW volgt dat in het onderhavige geval art. 2:23c BW niet van toepassing is. Ingeval er een nagekomen bate opkomt, dan moet de vereffening niet worden heropend op grond van art. 2:23c

lid 1 BW, maar op grond van art. 194 Fw. In geval van een heropening van de vereffening in faillissement op grond van art. 194 Fw doet zich eenzelfde situatie voor als na heropening op grond van art. 2:23c lid 1 BW. Ook dan herleeft de rechtspersoon, doch uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening. Uit art. 193 lid 1 Fw in verbinding met art. 194 Fw volgt immers dat ten aanzien van een nagekomen bate het faillissement niet is geëindigd. Art. 36 Fw is dan ook van toepassing en daaruit volgt dat gedurende het faillissement (voor zover niet geëindigd) en zes maanden na het einde daarvan de verjaringstermijn van een vordering op de failliet wordt verlengd. Art. 36 Fw bevat net als art. 2:23c lid 2 BW een verlengingsgrond zoals bedoeld in art. 3:320 BW. Gedurende het bestaan van een verlengingsgrond kan een verjaringstermijn niet aflopen. Geheel in lijn daarmee bepaalt art. 194 Fw dat de curator na heropening de nagekomen bate(n) dient te vereffenen en te verdelen op de grondslag van de vroegere uitdelingslijsten. Daaruit blijkt dat de op die uitdelingslijsten vermelde vorderingen niet (kunnen) verjaren. Daarbij verdient opmerking dat indien het faillissement vereenvoudigd is afgewikkeld, op de vroegere uitdelingslijst(en) alleen preferente vorderingen staan. Mocht na heropening van de vereffening in faillissement blijken dat de nagekomen bate(n) van een zodanige omvang is (zijn) dat uit de opbrengst daarvan ook concurrente vorderingen geheel of gedeeltelijk kunnen worden voldaan, dan volgt uit art. 137g Fw dat alsnog een verificatievergadering wordt gehouden waarop de concurrente vorderingen kunnen worden geverifieerd. Ook die concurrente vorderingen zijn dan niet verjaard, zoals blijkt uit hetgeen hiervoor is overwogen. De conclusie is dan ook dat uit art. 36, 137c, 137g, 193 en 194 Fw, in verbinding met art. 3:320 BW, volgt dat een lopende verjaringstermijn niet afloopt zolang een vereffening in faillissement niet is heropend op de voet van art. 194 Fw. Dit brengt mee dat ook in geval van een vereenvoudigde afwikkeling van een faillissement van een rechtspersoon de heropening van de vereffening in faillissement geen vereiste is voor het (voort)lopen van de verjaringstermijn. Om diezelfde reden is stuiting van een vordering op de niet meer bestaande rechtspersoon ISE Holding evenmin vereist. De door de Hoge Raad in HR 30 juni 2017, «JOR» 2017/222, m.nt. Stokkermans (Rambaldo/Rabobank) neergelegde regel is daarom niet beperkt tot de situatie dat een rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan door opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten. Deze regel geldt steeds ingeval een rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan op grond van de in art. 2:19 lid 1 sub c genoemde gronden. Dus ook ingeval een rechtspersoon op grond van art. 2:19 BW lid 4 Fw ophoudt te bestaan doordat zij na het verbindend worden van de uitdelingslijst conform art. 137f Fw in geval van vereenvoudigde afwikkeling dan wel na een afwikkeling met verificatievergadering op de voet van art. 173 Fw in staat van insolventie komt te verkeren.

Uitspraak

(...; red.)

7. De verdere beoordeling

In principaal en voorwaardelijk incidenteel appel

Korte samenvatting van het geschil

7.1. Rabobank vordert in deze procedure van [geïntimeerden c.s.] nakoming van de op 25 januari 2008 gesloten borgtochtovereenkomst. Op grond van die overeenkomst heeft [geïntimeerde 1] zich borg gesteld tot een maximumbedrag van € 75.000,- tot zekerheid voor de voldoening van hetgeen Rabobank op grond van de op 25 januari 2008 aan ISE Holding verstrekte financiering te vorderen mocht hebben. [geïntimeerde 1] was destijds (indirect) bestuurder van ISE Holding. [geïntimeerden c.s.] werpen tegen de vordering van Rabobank een drietal verweren op:

1. de vordering van Rabobank op ISE Holding is op grond van artikel 3:307 BW op 26 november 2013 verjaard, zodat op grond van artikel 7:853 BW de borgtocht is teniet gegaan;
2. Rabobank heeft haar recht op nakoming verwerkt;
3. de borgtocht is niet aangegaan in het kader van de normale uitoefening van het beroep of bedrijf van [geïntimeerde 1] en is door zijn echtgenote vernietigd wegens het ontbreken van haar toestemming ex artikel 1:88 lid 1 onder c BW.

De rechtbank heeft in het beroepen vonnis het beroep op rechtsverwerking gehonoreerd en de vordering van Rabobank afgewezen.

7.2. Rabobank komt in hoger beroep met de grieven 1 t/m 3 tegen dit oordeel op. Anders dan de rechtbank komt het hof in het tussenarrest van 6 december 2016 tot de conclusie dat het beroep op rechtsverwerking faalt, zodat de grieven slagen. In het kader van de devolutieve werking van het hoger beroep oordeelt het hof vervolgens dat de door ISE Holding gesloten financieringsovereenkomst is aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf. De echtgenote van [geïntimeerde 1] hoefde daarom geen toestemming te verlenen, zodat ook het meest subsidiaire verweer van [geïntimeerden c.s.] faalt. Bij de beoordeling van het primaire verweer van [geïntimeerden c.s.] concludeert het hof, kort samengevat, dat de vordering van Rabobank op de hoofdschuldenaar ISE Holding zonder stuiting of het bestaan van een verlengingsgrond in beginsel op 26 november 2013 is verjaard. Het hof bespreekt vervolgens in r.o. 3.10.6 het arrest van het hof Den Haag van 29 september 2015 (**ECLI:NL:GHDHA:2015:2525** («**JOR**» 2016/101, m.nt. Stal; red.)). In dat arrest heeft het hof Den Haag in een soortgelijke zaak tussen een borg en een bank geoordeeld dat indien de rechtspersoon is opgehouden te bestaan als bedoeld in artikel 2:19 lid 4 BW de vordering van de bank op de 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 was het hof ambtshalve bekend dat tegen dit arrest cassatieberoep was ingesteld. Aangezien de uitkomst van deze zaak van belang kan zijn voor de onderhavige zaak, heeft het hof de zaak aangehouden totdat op het cassatieberoep is beslist en beide partijen in de gelegenheid gesteld na het arrest van de Hoge Raad daarop bij akte te reageren.

Verzoek om terug te komen op bindende eindbeslissing

7.3. Alvorens kan worden onderzocht of de regel uit dit arrest van de Hoge Raad ook op de onderhavige zaak van toepassing is, dient het hof eerst het door [geïntimeerden c.s.] bij pleidooi gedane verzoek om terug te komen op de bindende eindbeslissing inzake rechtsverwerking te beoordelen.

7.3.1. In dat verband stellen [geïntimeerden c.s.] dat die beslissing berust op een onjuiste analyse en verdeling van stelplicht en bewijslast. Zij voeren daartoe aan dat het hof in r.o. 3.7.3 heeft overwogen dat [geïntimeerden c.s.] erop

mochten vertrouwen dat de bank de borgtocht niet uit zou winnen *indien* zij haar schade volledig zou kunnen verhalen op [corporate finance]. Het, in termen van rechtsverwerking, gerechtvaardigde vertrouwen dat [geïntimeerden c.s.] mochten hebben was dus onderworpen aan een *voorwaarde*, te weten de mogelijkheid van schadeverhaal door de bank op [corporate finance]. Uit het aanvaarden van de verantwoordelijkheid voor het onderzoek naar schadeverhaal vloeit voor de bank een stel- en bewijsplicht voort ten aanzien van de in het kader van dat onderzoek gepleegde inspanningen en de uit dat onderzoek resulterende feiten en omstandigheden en resultaten. Het hof is echter in r.o. 3.7.3 van het tegenovergestelde uitgegaan door te overwegen dat [geïntimeerden c.s.] “niet voldoende heeft onderbouwd” dat de Rabobank haar schade daadwerkelijk op [corporate finance] kon verhalen. Het gaat in deze procedure niet om de vraag of [geïntimeerden c.s.] voldoende hebben onderbouwd dat schadeverhaal op [corporate finance] *wel* mogelijk was, maar om de vraag of de Rabobank voldoende heeft onderbouwd dat schadeverhaal tegen [corporate finance] *niet* mogelijk was, aldus [geïntimeerden c.s.] Voorts stellen [geïntimeerden c.s.] dat het hof in r.o. 3.7.4 overweegt dat [geïntimeerden c.s.] niet bestreden hebben “dat Rabobank (enig) onderzoek heeft verricht naar de verhaalsmogelijkheden op [corporate finance]”. Daarmee negeert het hof essentiële stellingen van [geïntimeerden c.s.], die onder meer hebben gesteld dat de bank een periode van drie jaar “heeft laten verstrijken”, dat het onderzoek “niet (op serieuze wijze) heeft plaatsgevonden” en dat de bank “drie jaar heeft stil gezeten zonder waarneembare inspanningen te doen.”

[geïntimeerden c.s.] hebben dus wel degelijk bestreden dat het door de bank toegezegde onderzoek naar verhaalsmogelijkheden op [corporate finance] heeft plaatsgevonden.

7.3.2. Het hof volgt deze analyse van de stelplicht van [geïntimeerden c.s.] niet. Op grond van artikel 150 Rv heeft de partij die zich op de rechtsgevolgen van door haar gestelde stelde feiten of rechten beroept, in beginsel de bewijslast daarvan. Derhalve rust op [geïntimeerden c.s.] de stelplicht – en zo nodig de bewijslast – van de feiten en omstandigheden waarop [geïntimeerden c.s.] het beroep op rechtsverwerking baseren. Nu [geïntimeerden c.s.] dit beroep baseren op de stelling dat zij er gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat Rabobank haar aanspraak op [geïntimeerden c.s.] niet geldend zou maken in het geval Rabobank na een onderzoek haar schade op [corporate finance] zou kunnen verhalen, en – in het verlengde daarvan – op de stelling dat Rabobank zich niet heeft gehouden aan de afspraak om eerst te onderzoeken of zij haar schade mogelijk zou kunnen verhalen op [corporate finance], rust op [geïntimeerden c.s.] de stelplicht (en zo nodig de bewijslast) daarvan. Het ligt dus, anders dan [geïntimeerden c.s.] stellen, op hun weg en niet op de weg van Rabobank om voldoende te onderbouwen dat het bedoelde geval en – in het verlengde daarvan – de bedoelde schending van de op Rabobank rustende onderzoeksplicht, zich voordoen. Uit het enkele feit dat de bank de bedoelde onderzoeksplicht op zich heeft genomen, vloeit geen andere verdeling van de stelplicht (en zo nodig de bewijslast) voort. De beslissing van het hof dat [geïntimeerden c.s.] een en ander onvoldoende hebben onderbouwd, berust dan ook niet op een onjuiste juridische grondslag. Ook het verwijt dat het hof niet is ingegaan op essentiële stellingen wordt gepasseerd. De stellingen waarnaar [geïntimeerden c.s.] verwijzen, en die niet volledig zijn weergegeven in hun pleitnota, houden in de kern geen concrete betwisting, en in ieder geval geen voldoende gemotiveerde betwisting, in van de stelling dat Rabobank (enig) onderzoek heeft verricht naar de verhaalsmogelijkheden op [corporate finance]. Derhalve ziet het hof geen aanleiding om terug te komen van de bindende eindbeslissing dat geen sprake is van rechtsverwerking.

7.3.3. Dit betekent dat het hof thans toekomt aan de vraag of de regel uit het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 2017 ook van belang is voor de onderhavige zaak.

Het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 2017 («JOR» 2017/222, m.nt. Stokkermans (Rambaldo/Rabobank); red.) en de betekenis daarvan voor deze zaak

7.4. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 30 juni 2017 («JOR» 2017/222, m.nt. Stokkermans (Rambaldo/Rabobank) het cassatieberoep verworpen en, voor zover relevant, het volgende overwogen:

“3.3.2. De vennootschap is ingevolge art. 2:19 lid 1 onder c BW ontbonden door opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten. Nu de vennootschap op het tijdstip van haar ontbinding geen baten meer had, is zij ingevolge art. 2:19 lid 4 BW opgehouden te bestaan. Uit artikel 2:23c lid 1 BW volgt dat indien na het tijdstip waarop de

vennootschap is opgehouden te bestaan, nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening kan heropenen. In dat geval herleeft de vennootschap ter afwikkeling van de heropende vereffening. Uit artikel 2:23c lid 2 BW in verbinding met art. 3:320 BW volgt dat wanneer een verjaringstermijn zou aflopen gedurende het tijdvak waarin de vennootschap had opgehouden te bestaan of binnen zes maanden na heropening van de vereffening, die verjaringstermijn voortloopt totdat zes maanden na die heropening zijn verstreken.

3.3.3. Art. 2:23c lid 2 in verbinding met art. 3:320 BW geeft een regel voor het tijdstip waarop een verjaringstermijn van een vordering op een rechtspersoon eindigt nadat die rechtspersoon is opgehouden te bestaan. Die regel veronderstelt dat een lopende verjaringstermijn in elk geval niet afloopt zolang de vereffening van de rechtspersoon niet is heropend op de voet van art. 2:23c lid 1 BW. Dit brengt mee dat de heropening geen vereiste is voor het (voort)lopen van de verjaringstermijn. Om dezelfde reden behoeft een verjaringstermijn van een vordering op een niet meer bestaande rechtspersoon niet te worden gestuit gedurende de periode dat die rechtspersoon niet meer bestaat.”

7.4.1. Rabobank stelt zich in randnummer 8 van haar akte uitlating op het standpunt dat thans moet worden geconcludeerd dat de rechtsvordering van Rabobank op de hoofdschuldenaar ISE Holding als gevolg van diens ontbinding niet kan verjaren, zolang de vereffening van de rechtspersoon niet is heropend op de voet van art. 2:23c lid 1 BW. Een dergelijke situatie is in de onderhavige zaak aan de orde, zodat de hoofdvordering van Rabobank op ISE Holding niet als gevolg van verjaring teniet is gegaan. Rabobank kan dientengevolge jegens [geïntimeerde 1] een beroep op nakoming van de borgtocht doen. Rabobank concludeert dan ook tot integrale toewijzing van haar vorderingen.

7.4.2. [geïntimeerden c.s.] zijn van oordeel dat deze conclusie van Rabobank niet juist is.

Art. 2:23a lid 5 BW bepaalt immers dat art. 2:23c BW niet van toepassing is op “vereffening in faillissement”. Daarbij verwijzen zij naar de conclusie van A-G Timmerman, die onder 3.23 van zijn conclusie overweegt dat art. 2:23c BW wél toepassing kan vinden wanneer het faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten conform art. 16 Fw. In dat geval is er in het geheel geen sprake van “vereffening in faillissement”, zodat het buiten toepassing verklaren van art. 2:23a lid 5 BW niet geldt. Maar in de onderhavige zaak is het faillissement van ISE Holding niet opgeheven bij gebrek aan baten ex art. 16 Fw, maar is het faillissement vereenvoudigd afgewikkeld conform art. 137a-g Fw. In dat geval zijn er wel baten uit te keren aan preferente (maar niet aan concurrente) crediteuren. Afwikkeling vindt, met toestemming van de rechter-commissaris, plaats door de curator die een uitdelingslijst met uitkeringen aan preferente crediteuren opstelt. In dit geval genieten de crediteuren, anders dan bij de genoemde opheffing bij gebrek aan baten ex art. 16 Fw, wél bescherming door de waarborgen van de Faillissementswet. Anders gezegd: er is sprake van “vereffening in faillissement”. Dit leidt ertoe dat volgens het arrest van de Hoge Raad, althans de conclusie van de A-G, de verlengingsgrond van art. 2:23c BW buiten toepassing dient te blijven op grond van art. 2:23a lid 5 BW. Dit betekent dat de door [geïntimeerde 1] afgegeven borgtocht op 26 november 2013 ex art. 7:853 BW is teniet gegaan door verjaring van de hoofdvordering uit hoofde van art. 3:307 BW, aldus [geïntimeerden c.s.]

7.4.3. Het hof overweegt als volgt.

Zoals volgt uit de onweersproken stellingen van [geïntimeerden c.s.], is de boedel van ISE Holding op grond van de artikelen 137d en f Fw op 20 juli 2012 in staat van insolventie komen te verkeren door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst. Daardoor is ISE Holding op grond van artikel 2:19 lid 1 sub c BW op die dag ontbonden en, nu zij op dat moment geen baten meer had, vanaf dat moment op grond van artikel 2:19 lid 4 BW opgehouden te bestaan. Tussen partijen is voorts niet in discussie dat de vordering van Rabobank op de borg [geïntimeerde 1] niet is verjaard. De vraag die partijen verdeeld houdt is of de vordering van Rabobank op de hoofdschuldenaar ISE Holding is verjaard.

7.4.4. [geïntimeerden c.s.] wijzen er terecht op dat het faillissement van ISE Holding – anders dan in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 2017 – niet is opgeheven wegens gebrek aan baten, maar vereenvoudigd is afgewikkeld conform de artikelen 137a t/m 137g Fw. Het gaat dus inderdaad om een “afwikkeling in faillissement”.

[geïntimeerden c.s.] merken ook terecht op dat uit artikel 2:23a lid 5 BW volgt dat in het onderhavige geval artikel

2:23c BW niet van toepassing is. Ingeval er een nagekomen bate opkomt, dan moet de vereffening niet worden heropend op grond van artikel 2:23c lid 1 BW, maar op grond van artikel 194 Fw, zoals [geïntimeerden c.s.] eveneens terecht concluderen.

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat artikel 137c lid 3 Fw artikel 194 Fw van overeenkomstige toepassing verklaart.

7.4.5. Het hof volgt [geïntimeerden c.s.] evenwel niet in hun standpunt dat bij een afwikkeling op grond van artikel 194 Fw “verjaringsproblematiek niet aan de orde is”. In geval van een heropening van de vereffening in faillissement op grond van artikel 194 Fw doet zich eenzelfde situatie voor als na heropening op grond van artikel 2:23c

lid 1 BW. Ook dan herleeft de rechtspersoon, doch uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening. Uit artikel 193 lid 1 Fw in verbinding met artikel 194 Fw volgt immers dat ten aanzien van een nagekomen bate het faillissement niet is geëindigd. Artikel 36 Fw is dan ook van toepassing en daaruit volgt dat gedurende het faillissement (voor zover niet geëindigd) en zes maanden na het einde daarvan de verjaringstermijn van een vordering op de failliet wordt verlengd. Artikel 36 Fw bevat net als artikel 2:23c lid 2 BW een verlengingsgrond zoals bedoeld in artikel 3:320 BW. Gedurende het bestaan van een verlengingsgrond kan een verjaringstermijn niet aflopen. Geheel in lijn daarmee bepaalt artikel 194 Fw dat de curator na heropening de nagekomen bate(n) dient te vereffenen en te verdelen *op de grondslag van de vroegere uitdelingslijsten*. Daaruit blijkt dat de op die uitdelingslijsten vermelde vorderingen niet (kunnen) verjaren. Daarbij verdient opmerking dat indien het faillissement vereenvoudigd is afgewikkeld, op de vroegere uitdelingslijst(en) alleen preferente vorderingen staan. Mocht na heropening van de vereffening in faillissement blijken dat de nagekomen bate(n) van een zodanige omvang is (zijn) dat uit de opbrengst daarvan ook concurrente vorderingen geheel of gedeeltelijk kunnen worden voldaan, dan volgt uit artikel 137g Fw dat alsnog een verificatievergadering wordt gehouden waarop de concurrente vorderingen kunnen worden geverifieerd. Ook die concurrente vorderingen zijn dan niet verjaard, zoals blijkt uit hetgeen hiervoor is overwogen.

De conclusie is dan ook dat uit de artikelen 36, 137c, 137g, 193 en 194 Fw, in verbinding met artikel 3:320 BW, volgt dat een lopende verjaringstermijn niet afloopt zolang een vereffening in faillissement niet is heropend op de voet van artikel 194 Fw. Dit brengt mee dat ook in geval van een vereenvoudigde afwikkeling van een faillissement van een rechtspersoon de heropening van de vereffening in faillissement geen vereiste is voor het (voort)lopen van de verjaringstermijn. Om diezelfde reden is stuiting van een vordering op de niet meer bestaande rechtspersoon ISE Holding evenmin vereist.

7.4.6. Het hof merkt op dat indien het door [geïntimeerden c.s.] bepleite standpunt zou worden gevolgd, dat tot gevolg zou hebben dat indien het faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten en er dus in het geheel geen vereffening heeft plaatsgevonden, de schuldeisers een betere rechtspositie met betrekking tot (mogelijke) verjaring van hun vordering zouden hebben dan wanneer (i) het faillissement vereenvoudigd is afgewikkeld en er een gedeeltelijke afwikkeling heeft plaatsgevonden of wanneer (ii) het faillissement, na het houden van een verificatievergadering, is geëindigd door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst met daarop preferente en concurrente vorderingen en dus een volledige afwikkeling heeft plaatsgevonden. Dat kan niet de bedoeling zijn en er is ook geen reden voor een dergelijke ongelijke behandeling van schuldeisers. Het hof is daarom van oordeel dat de door de Hoge Raad in het arrest van 30 juni 2017 neergelegde regel niet is beperkt tot de situatie dat een rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan door opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten. Deze regel geldt steeds ingeval een rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan op grond van de in artikel 2:19 lid 1 sub c genoemde gronden. Dus ook ingeval een rechtspersoon op grond van artikel 2:19 BW lid 4 Fw ophoudt te bestaan doordat zij na het verbindend worden van de uitdelingslijst conform artikel 137f FW in geval van vereenvoudigde afwikkeling dan wel na een afwikkeling met verificatievergadering op de voet van artikel 173 Fw in staat van insolventie komt te verkeren.

7.4.7. Dit betekent dat de vordering van Rabobank op ISE Holding niet is verjaard.

Het hof komt daarom toe aan het subsidiaire beroep van [geïntimeerden c.s.] op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (pleitnota nr. 22, 23 en 24). Anders dan de advocaat van [geïntimeerden c.s.] op een vraag van het hof heeft geantwoord, kan niet worden gezegd dat dit verweer reeds onderdeel uitmaakte van de rechtsstrijd van partijen omdat Rabobank zich in eerste aanleg al had beroepen op de redelijkheid en billijkheid. Dit beroep van

Rabobank ziet immers op een andere situatie, namelijk op de situatie dat het hof zou hebben geoordeeld dat de vordering op ISE Holding wel zou zijn verjaard met als gevolg dat het beroep van [geïntimeerden c.s.] op artikel 7:853 BW zou slagen. Het hof merkt het verweer van [geïntimeerden c.s.] dan ook aan als een nieuw verweer, nu het voor het eerst bij pleidooi is gevoerd. Aangezien dat in strijd is met de twee-conclusieregel en niet gebleken is dat Rabobank daarmee ondubbelzinnig heeft ingestemd of dat zich een andere uitzondering op de twee-conclusieregel voordoet, wordt dit verweer als tardief gepasseerd.

7.4.8. Dit alles leidt ertoe dat het beroep van [geïntimeerden c.s.] op artikel 7:853 BW faalt, zodat hun grief in voorwaardelijk incidenteel appel eveneens faalt.

Dit betekent dat de door Rabobank gevorderde verklaring van recht evenals de gevorderde toewijzing van de hoofdsom ad € 75.000,- toewijsbaar is.

Ingangsdatum wettelijke rente

7.5.1. Rabobank vordert primair toewijzing van de wettelijke rente met ingang van 5 januari 2009 dan wel subsidiair met ingang van 1 oktober 2013. [geïntimeerden c.s.] betwisten dat de wettelijke rente toewijsbaar is met ingang van 5 januari 2009. Daartoe voeren zij aan dat tijdens een bespreking in februari 2009 is afgesproken dat de borgtocht niet zou worden uitgewonnen en dat partijen vervolgens in september 2010 en februari 2011 hebben afgesproken dat met de opeising van de borgtocht zou worden afgewacht hangende het onderzoek van Rabobank naar haar verhaalsmogelijkheden op [corporate finance]. Op grond van artikel 6:81 BW is er geen sprake van verzuim gedurende de periode waarin de vertraging niet aan de debiteur kan worden toegerekend en dat geval doet zich in casu voor, aldus [geïntimeerden c.s.]

7.5.2. Naar aanleiding van de brief van 24 augustus 2010 waarbij Rabobank [geïntimeerde 1] heeft aangesproken uit hoofde van de borgtocht, hebben partijen op 3 september 2010 en op 26 januari 2011 (toen met hun advocaten) besproken of afgesproken dat Rabobank een onderzoek zou verrichten naar de verhaalbaarheid van haar schade (de openstaande vordering op ISE c.s.) op [corporate finance]. Gelet daarop mocht [geïntimeerde 1] er naar het oordeel van het hof gerechtvaardigd op vertrouwen dat gedurende de periode dat dit onderzoek nog liep hij niet tot betaling gehouden was. Dit betekent dat er in die periode geen sprake was van verzuim aan de kant van [geïntimeerde 1]. Rabobank heeft vervolgens [geïntimeerde 1] bij brief van 17 september 2013 op de hoogte gesteld van de uitkomst van haar onderzoek en in diezelfde brief aanspraak gemaakt op betaling van de hoofdsom ad € 75.000,- binnen twee weken (zie prod. 8 inl. dagv.). Overigens is opvallend dat Rabobank in die brief geen aanspraak maakt op betaling van wettelijke rente met ingang van 5 januari 2009. Nu vaststaat dat [geïntimeerde 1] na deze sommatiebrief niet heeft betaald, is het verzuim ingetreden met ingang van 1 oktober 2013. De wettelijke rente is dus eerst vanaf dat moment toewijsbaar.

Slotsom

7.6.1. [geïntimeerden c.s.] worden als de (grotendeels) in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de proceskosten, zowel van de eerste aanleg als van het principaal hoger beroep. In voorwaardelijk incidenteel hoger beroep blijft een proceskostenveroordeling achterwege, omdat het hof, door het slagen van de grieven van Rabobank in principaal hoger beroep, ook zonder incidenteel hoger beroep het verweer van [geïntimeerden c.s.] diende te beoordelen dat de borgtocht op grond van artikel 7:853 BW teniet was gegaan. De nakosten zijn zoals gevorderd niet betwist en dus toewijsbaar.

7.6.2. Rabobank heeft in eerste aanleg gevorderd [geïntimeerden c.s.] te veroordelen in de proceskosten "met inbegrip van de beslagkosten". In haar appeldagvaarding vordert Rabobank veroordeling van [geïntimeerden c.s.] in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep. Het hof begrijpt dat Rabobank hiermee niet heeft beoogd haar vordering te verminderen met de beslagkosten. Uit de vordering in eerste aanleg blijkt dat Rabobank de

beslagkosten kennelijk beschouwt als onderdeel van de proceskosten, die zij in hoger beroep nog steeds vordert. De gevorderde veroordeling in de beslagkosten is gelet op het bepaalde in artikel 706 Rv toewijsbaar, maar alleen jegens [geïntimeerde 1] als beslagene. De beslagkosten worden begroot op € 275,10 voor verschotten en op € 894,00 voor salaris advocaat.

8. De uitspraak

Het hof:

op het principaal en voorwaardelijk incidenteel appel

vernietigt het vonnis waarvan beroep en,

opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat de overeenkomst van borgtocht van 25 januari 2008 rechtsgeldig tussen Rabobank en [geïntimeerde 1] is overeengekomen en dat geen toestemming van de echtgenote van [geïntimeerde 1] was vereist, met als gevolg dat de overeenkomst van borgtocht van 25 januari 2008 niet door de echtgenote van [geïntimeerde 1] is vernietigd;

veroordeelt [geïntimeerde 1] tot betaling aan Rabobank van het verschuldigde bedrag van

€ 75.000,00 uit hoofde van de betalingsverplichting uit de overeenkomst van borgtocht van 25 januari 2008, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf 1 oktober 2013 tot aan de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [geïntimeerden c.s.] in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep (...; *red.*)

verklaart dit arrest voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Dit (eind)arrest is een vervolg op een tussenarrest van 6 december 2016 ([«JOR» 2017/81](#), m.nt. Stal). Met het tussenarrest hield het hof de zaak aan in afwachting van een arrest van de Hoge Raad in de zaak Rambaldo/Rabobank dat op 30 juni 2017 ([«JOR» 2017/222](#), m.nt. Stokkermans) is geweest.

2. In beide zaken staat de vraag centraal of een vordering op een gefailleerde rechtspersoon die is opgehouden te bestaan, na afloop van het faillissement is verjaard. Zo ja, dan zou als gevolg daarvan een tot zekerheid van die vordering strekkende borgtocht op grond van art. 7:853 BW zijn tenietgegaan.

3. In de onderhavige zaak zijn de feiten, kort weergegeven, de volgende. Rabobank heeft op 11 november 2008 met onmiddellijke ingang een financiering met hoofdschuldenaar ISE Holding opgezegd en het uitstaande saldo per 25 november 2008 opgeëist. Op 18 november 2008 is ISE Holding in staat van faillissement verklaard. Rabobank heeft op 5 december 2008 van de borg (een van de geïntimeerden) betaling onder de borgtocht gevorderd. Op 20 juli 2012 is ISE Holding in staat van insolventie geraakt (door vereenvoudigde afwikkeling), daardoor ontbonden en bij gebrek aan baten meteen opgehouden te bestaan. Op 22 november 2013 heeft Rabobank de borg gedagvaard. De borg beroept zich erop dat op 26 november 2013 de vordering van Rabobank op ISE Holding is verjaard, waardoor zijn schuld aan Rabobank uit borgtocht is tenietgegaan.

4. Het hof achtte voor zijn (eind)oordeel het arrest van de Hoge Raad inzake Rambaldo/Rabobank van belang. De belangrijkste overwegingen in dat arrest (r.o. 3.3.2 en 3.3.3) luiden, verkort weergegeven: indien na het tijdstip waarop de vennootschap is opgehouden te bestaan, nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, kan de vereffening heropend worden en herleeft de vennootschap ter afwikkeling daarvan; indien een verjaringstermijn van een vordering op een rechtspersoon zou eindigen nadat die rechtspersoon is

opgehouden te bestaan, loopt deze verjaringstermijn in elk geval niet af zolang de vereffening van de rechtspersoon niet is heropend op de voet van art. 2:23c lid 1 BW (zie art. 2:23c lid 2 en 3:320 BW). Gevolg is dat een vordering op een niet meer bestaande rechtspersoon in beginsel voortduurt zolang heropening kan plaatsvinden – in beginsel voor onbepaalde tijd. De vordering uit de borgtocht zal daarom niet tenietgaan op grond van art. 7:853 BW (eventueel wel door verjaring van de vordering uit de borgtocht zelf).

5. Let wel dat in de casus van het arrest Rambaldo/Rabobank sprake is van ontbinding van de schuldenaar-rechtspersoon door opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten (art. 16 Fw). In dit geval is het faillissement vereenvoudigd afgewikkeld. De rechtspersoon wordt dan ontbonden door het intreden van de staat van insolventie (zie art. 137f lid 1 Fw). Het faillissement neemt vervolgens een einde zodra de slotuitdelingslijst verbindend is geworden (art. 137f lid 2 jo. 193 Fw). Dat onderscheid is onder meer van belang voor de wijze waarop na de ontbinding en het ophouden te bestaan een nagekomen bate moet worden vereffend. Bij gewone of vereenvoudigde afwikkeling (zonder akkoord) zal heropening van het faillissement (art. 194 Fw) en verdere vereffening door de curator moeten plaatsvinden. De rechtspersoon wordt geacht voor de vereffening van het vermogen te zijn blijven bestaan (vgl. art. 2:19 lid 5 BW). De regeling over de heropening van de vereffening op grond van art. 2:23c BW en het doorlopen van de verjaringstermijn (art. 3:320 BW) vindt in beginsel geen toepassing. Art. 2:23a

lid 5 BW sluit toepassing op vereffening in faillissement uit. Bij opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten, kan een belanghebbende (i) een nieuw faillissement uitlokken (art. 18 Fw) of (ii) verzoeken om heropening van de vereffening (art. 2:23c BW). Art. 194 Fw is niet (analogisch) van toepassing.

6. Nu is het hof weer aan zet. Het onderkent het hiervoor onder 5 genoemde verschil tussen de beide casus (r.o. 7.4.4). Maar het hof meent dat ook bij toepassing van art. 194 Fw na het einde van het faillissement een lopende verjaring niet afloopt, zolang een vereffening in faillissement niet is heropend (r.o. 7.4.5). Zou de verjaring wel aflopen, dan leidt dat tot een ongerechtvaardigd onderscheid tussen de beide wijzen van ontbinding: bij beëindiging van het faillissement na uitdeling zouden de vorderingen *wel* en bij opheffing wegens gebrek aan baten *niet* verjaren. In het laatste geval zouden crediteuren (zonder reden) beter af zijn. In het eerste geval is de vraag, onder welke schuldeisers een eventuele nagekomen bate dan nog kan worden verdeeld. Daarom past het hof het oordeel inzake Rambaldo/Rabobank ook toe in geval van beëindiging na uitdeling (*in casu* vereenvoudigde afwikkeling). Het hof acht de vordering van Rabobank op ISE Holding *niet* verjaard, zodat ook de borgtocht nog niet is tenietgegaan op grond van art. 7:853 BW.

7. Het oordeel van het hof benadeelt de borg niet. Voor de vordering uit borgtocht blijft de normale verjaringsregel gelden. De verjaringstermijn van vijf jaar vangt aan de dag nadat de hoofdschuldenaar (ISE Holding) in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten, waardoor de vordering op de borg opeisbaar wordt (art. 3:307 jo. 7:855 BW). In de onderhavige zaak was dat 26 november 2008. De verjaringstermijn van de vordering uit borgtocht zou (zonder stuiting) 26 november 2013 zijn geëindigd. Door dagvaarding op 22 november 2013 is de verjaring gestuit (art. 3:316 lid 1 BW). Met die termijn dient de borg rekening te houden. Niet met een langere. Waar door art. 2:23c jo. 3:320 BW en het arrest Rambaldo/Rabobank de vordering van de schuldeiser op de hoofdschuldenaar-rechtspersoon in beginsel niet (meer) verjaart en de aansprakelijkheid van de borg niet op grond van art. 7:853 BW zou vervallen, wordt de verjaring van de aansprakelijkheid van de borg zelf daaraan niet gespiegeld en blijft deze beperkt tot vijf jaar.

8. Als de borg pas aan zijn verplichting voldoet *nadat* de hoofdschuldenaar-rechtspersoon is opgehouden te bestaan, dringt de vraag zich op of voor de borg nog een regresvordering op de – niet meer bestaande – hoofdschuldenaar-rechtspersoon ontstaat. De regresvordering (art. 7:866 jo. 6:10 lid 1 BW) ontstaat immers pas na voldoening door de borg aan de schuldeiser (HR 6 april 2012, «**JOR**» **2014/172**, m.nt. NEDF en Vermunt (*ASR/Achmea*)). De vraag is om twee redenen van belang. Ten eerste voor het geval ooit van een nagekomen bate blijkt. Mag de borg dan als schuldeiser bij een verdere vereffening meedelen? Art. 194 Fw lijkt zich daartegen te verzetten: er zal vereffend en verdeeld worden op de grondslag van de vroegere uitdelingslijsten. Daarop zal de regresvordering niet voorkomen, tenzij deze toekomstige vordering van de borg in faillissement voorwaardelijk is geverifieerd ex art. 136 lid 2 Fw. Art. 2:23c BW lijkt ook alleen een grondslag te bieden voor (“nieuwe”) schuldeisers die bij de vereffening al een aanspraak op het saldo hadden. Denkbaar is dat de betalende borg deze positie verwerft via subrogatie (art. 6:12 BW); hij neemt de plaats in van de oorspronkelijke schuldeiser (hier: Rabobank). Echter, in geval van een borgtocht voor een bancaire vordering, zal doorgaans van subrogatie pas sprake zijn, als de *gehele* vordering van de bank is voldaan, zo luidt

standaardkredietdocumentatie. Ten tweede is het ontstaansmoment van belang voor de vraag of de borg een nieuwe schuldeiser is, wiens aanspraak mogelijk leidt tot herverdeling van het eerder verdeelde saldo (art. 2:23c lid 1, laatste zin, BW). Dat lijkt mij om de hiervoor genoemde reden ook niet snel het geval. Indien de borg door zijn (te lange) wachten met de nakoming van de verplichting geen regresvordering zou hebben, komt dat terecht voor zijn rekening en risico.

mr. J.A. Stal, advocaat bij Cleber te Amsterdam
