

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 08, 2014

Nummer 8, 2014

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:306](#) 10-02-2014

Wikkelbok BV en Hokamo BV

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:596](#) 11-02-2014

Volkswagen Bank / X

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:180](#) 08-01-2014

Autobedrijf Voorburg

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:9529](#) 19-12-2013

Heropening vereffening De Gedempte Achtergracht

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2013:6405](#) 04-09-2013

CA&E Ltd./Corso Informatica

Uitspraken zonder ECLI

[- onbekend -](#)

Feenstra q.q./ING

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Volkswagen Bank / X

Aansprakelijkheid beleidsbepaler commanditaire vennootschap.

Tussen Volkswagen Bank GmbH en Uclaime.nl C.V. is een huurkoopovereenkomst (financial lease) gesloten inzake een Volkswagen Golf. De leaseovereenkomst is namens Uclaime.nl ondertekend door X. In het handelsregister stond Reyant Limited, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, ingeschreven als beherend vennoot van Uclaime.nl. X stond in het handelsregister geregistreerd als gevolmachtigde van Uclaime.nl. Uclaime.nl was gevestigd op het woonadres van X te Metlawier. X was ook directeur van Reyant Limited. Via een aantal tussenschakels is de Volkswagen Golf aan een derde-particulier verkocht. Volkswagen Bank vordert onder meer een veroordeling van X tot betaling van een schadevergoeding ten bedrage van de resterende leasetermijnen en teruggave van de in huurkoop geleverde auto. De kantonrechter acht zich op grond van artikel 2 lid 1 EEX-Verordening bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen van Volkswagen Bank en acht op grond van artikel 4 lid 3 van de Rome II Verordening Nederlands recht van toepassing op het geschil.

Naar het oordeel van de kantonrechter dient X als feitelijk en enig beleidsbepaler van Uclaime.nl te worden beschouwd. X was simpel gezegd de man die bij Uclaime.nl aan alle touwtjes trok.

Volkswagen Bank heeft haar vordering jegens X op grond van onrechtmatig handelen gebaseerd op de stelling dat X ten tijde van het sluiten van de leaseovereenkomst wist dan wel kon weten dat Uclaime.nl de overeenkomst niet kon nakomen en geen verhaal zou bieden voor de schuldeisers. Volkswagen Bank heeft naar het oordeel van de kantonrechter echter onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd, die de gestelde wetenschap bij X ondersteunen.

Het voorgaande laat naar het oordeel van de kantonrechter evenwel onverlet dat een feitelijk beleidsbepaler van een commanditaire vennootschap óók uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk kan zijn jegens een derde, indien hem van het niet-nakomen van contractuele verplichtingen door de commanditaire vennootschap een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Dít situatie is hier naar het oordeel van de kantonrechter zonder

meer aan de orde, nu (i) X de feitelijk beleidsbepaler van Uclaime.nl was, (ii) X de leaseovereenkomst met Volkswagen is aangegaan namens Uclaime.nl, (iii) op een moment dat de beherend vennoot Reyant Limited al niet meer bestond, (iv) ervan kan worden uitgegaan dat Uclaime.nl op instigatie van X is opgeheven, (v) zonder dat X heeft gezorgd voor verdere deugdelijke nakoming van de leaseovereenkomst met Volkswagen Bank. Tegen deze achtergrond kan niet anders worden geoordeeld dan dat X als feitelijk beleidsbepaler van Uclaime.nl heeft bewerkstelligd c.q. gefaciliteerd dat deze commanditaire vennootschap haar contractuele verplichtingen jegens Volkswagen Bank niet nakwam. Hiervan kan aan X een voldoende ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt, op grond waarvan hij uit hoofde van onrechtmatig handelen jegens Volkswagen Bank aansprakelijk is voor de ontstane schade.

Volkswagen heeft tevens afgifte van de in lease gegeven auto gevorderd. De kantonrechter acht het alsnog weer in bezit krijgen van de auto geen haalbare kaart meer, nu de auto inmiddels (via tussenschakels) aan een derde-particulier is verkocht. Omdat niemand gehouden is tot het verrichten van een onmogelijke prestatie, zal de gevorderde afgifte van de Volkswagen Golf worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 11-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:596

Zaaknummer: 2387882 / CV EXPL 13-7788

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Wikkelbok BV en Hokamo BV

Gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid; onderzoek bevelen; benoeming van een commissaris bij wijze van onmiddellijke voorziening.

Verzoeksters in deze zaak, verzoeker 1 en Henntech B.V., zijn aandeelhouders van Wickelbok B.V. Deze laatste vennootschap houdt alle aandelen in Hokamo B.V. Verzoeksters hebben de Ondernemingskamer verzocht om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Wickelbok en Hokamo. Verzoeksters' bezwaren richten zich met name op de verhouding tussen enerzijds Wickelbok en Hokamo en anderzijds Cabsol, de leverancier van Hokamo. Verzoeksters hebben dienaangaande gesteld dat (i) de leveranties van Cabsol aan Hokamo en vice versa niet op zakelijke voorwaarden worden uitgevoerd, (ii) het bestuur van Wickelbok doelbewust geen openheid heeft gegeven over het bestaan en de inhoud van de optieovereenkomst (waarbij Wickelbok het recht kreeg om aandelen in Cabsol te verwerven) en (iii) onduidelijk is of de gedeeltelijke uitoefening van de optie in het belang van Wickelbok is geweest.

Wikkelbok en Hokamo hebben aangevoerd dat Hokamo er een commercieel belang bij had dat zij Agripower-kabels, die Cabsol heeft ontwikkeld, kan afnemen. Hokamo betreft 100% van de door haar bewerkte en verhandelde Agripower-kabels van Cabsol. Hokamo verkoopt een deel daarvan, circa 90%, aan haar afnemers/installateurs, met een marge van 20 à 30%. De overige 10% van de ingekochte en bewerkte kabels wordt opgeslagen, aan Cabsol terugverkocht met een marge van 10%.

De Ondernemingskamer overweegt als volgt. De verknooptheid van de belangen van Wickelbok en Hokamo enerzijds met die van Cabsol anderzijds, roept, zoals verzoeksters terecht hebben aangevoerd, de vraag op of ter zake van de in- en verkooptransacties van Hokamo met Cabsol steeds at arms' length is gehandeld. Dat het verschil tussen de marge op verkopen aan Cabsol (10%) en die op verkopen aan andere afnemers (30%) voldoende rechtvaardiging vindt in het belang van Hokamo bij voortzetting van leveranties aan haar door Cabsol, acht de Ondernemingskamer in dit verband niet zonder meer overtuigend. Ook de

uitoefening van de optie en de (terug)verkoop van de aandelen in Cabsol door Wikkelsbok, roepen vragen op. Immers, de optieovereenkomst is aangegaan ten tijde van de oprichting van Cabsol. In de optieovereenkomst is niet een tegenprestatie vermeld voor het aan Wikkelsbok verleende recht om aandelen in Cabsol te verkrijgen ‘tegen een prijs gelijk aan de nominale waarde van de aandelen’, zodat het vermoeden zich opdringt dat de optie is verleend als tegenprestatie voor door Wikkelsbok en Hokamo te leveren inspanningen om de onderneming van Cabsol tot een succes te maken, zodat een deel van de toekomstige winsten en de waardevermeerdering van Cabsol als vergoeding voor die inspanningen zouden kunnen dienen.

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer is dit een en ander aanleiding om te betwijfelen of (de besturen van) Wikkelsbok en Hokamo de eigen belangen van die vennootschappen wel steeds voldoende in het oog hebben gehouden. Daarbij komt nog dat Wikkelsbok en Hokamo hebben erkend dat zij verzoeker 1 welbewust onkundig hebben gehouden van (het aangaan van) de optieovereenkomst. De geheimzinnigheid tegenover verzoeker 1 aangaande Cabsol versterkt de twijfel over de zakelijkheid van de transacties met Cabsol.

De Ondernemingskamer concludeert dat de betrekkingen tussen Wikkelsbok en Hokamo enerzijds en Cabsol anderzijds twijfels oproepen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Wikkelsbok en Hokamo. De Ondernemingskamer beveelt daarom een onderzoek naar dat beleid en die gang van zaken. Voorts benoemt de Ondernemingskamer een commissaris bij Wikkelsbok en bij Hokamo, die onder meer toezicht kan houden op de juiste en tijdige informatieverstrekking aan verzoeker 1. Voorts zal worden bepaald dat het bestuur van Wikkelsbok en dat van Hokamo toestemming van de commissaris nodig hebben voor transacties met (aan een van de aandeelhouders van Wikkelsbok) gelieerde partijen voor zover die vallen buiten de normale bedrijfsuitoefening. De te benoemen commissaris mag het bovendien tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-02-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:306

Zaaknummer: 200.136.587/0K

Wetsartikelen: 2:350 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Autobedrijf Voorburg

Als gevolg van het faillissement van werkgever wordt de werknemers ontslag aangezegd. De activa van het failliete bedrijf wordt overgenomen door een broer van de failliet en twee van de vier werknemers treden in dienst bij de nieuwe werkgever. Een van de ontslagen werknemers beroept zich op het overgaan van een onderneming. Nu echter sprake blijkt te zijn van een reële faillissementssituatie is de regeling inzake overgang van onderneming niet van toepassing, noch is sprake van misbruik van faillissementsrecht, nu de faillissementsaanvraag niet hoofdzakelijk ten doel had de werknemersbescherming te omzeilen.

X (eiser) is vanaf 22 april 1991 in dienst geweest bij garagebedrijf A, dat op 1 juli 2002 werd overgenomen door de heer B. Op 15 maart 2011 is B in staat van faillissement verklaard. Kort daarna heeft de curator aan X ontslag aangezegd. C, een broer van de failliet, heeft activa uit de onderneming van B gekocht en deze ingebracht in het nieuw opgerichte Autobedrijf Voorburg B.V., dat handelde onder dezelfde naam als A. Door (het nieuwe) Autobedrijf Voorburg B.V. zijn twee van de vier oud-werknemers van B in dienst genomen, waaronder niet X.

In onderhavige zaak speelt de vraag of misbruik is gemaakt van faillissementsrecht, doordat B en C door de faillissementsaanvraag de arbeidsrechtelijke beschermingsbepalingen van artikel 7:662 en verder BW is ontnomen.

De rechtbank overweegt als volgt. Bij een overgang van onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat moment voor de werkgever in die onderneming uit een arbeidsovereenkomst voortvloeien van rechtswege over. In geval van faillissement gelden de bepalingen met betrekking tot overgang van onderneming niet. Er is sprake van misbruik van faillissementsrecht indien voldoende aannemelijk is dat het faillissement uitsluitend of hoofdzakelijk wordt aangevraagd om daarmee werknemers de aan hun toekomende arbeidsrechtelijke bescherming te onthouden.

In casu was echter sprake van minder dan € 10.000 aan activa, tegenover een schuld aan handelscrediteuren van € 100.000, een schuld aan het UWV van € 154.000 en een uitstaand bankkrediet van € 125.000. Daarom moet als vaststaand worden aangenomen dat sprake was van een reële faillissementssituatie. Ook indien C reeds voor faillissement het plan had opgevat om twee werknemers van A in dienst te nemen en twee niet, dan volgt daaruit niet zonder meer dat de faillissementsaanvraag hoofdzakelijk ten doel had om de werknemersbescherming te omzeilen. Gesteld noch gebleken, tot slot, is dat de financiële noodzaak tot het aanvragen van het eigen faillissement enkel werd veroorzaakt door een overschot aan personeel.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 08-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2014:180

Zaaknummer: C-09-446223 - HA ZA 13-750

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:666 BW

RECHTSPRAAK

Heropening vereffening De Gedempte Achtergracht

Heropening vereffening na turboliquidatie wegens vermoeden aanwezigheid van baten.

Deze zaak betreft het verzoek tot heropening van de vereffening van De Gedempte Achtergracht Onroerend Goed B.V. (hierna: DGA) als bedoeld in artikel 2:23c BW. DGA is op 23 mei 2011 door middel van een aandeelhoudersbesluit ontbonden. X, voorheen bestuurder en enig aandeelhouder van DGA, is daarbij als vereffenaar aangewezen. Op 25 mei 2011 heeft X DGA wegens een gebrek aan baten laten uitschrijven uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel (turboliquidatie).

Op dezelfde datum heeft X de eenmanszaak Theater Parkeren (hierna: de eenmanszaak) ingeschreven in het handelsregister van de KvK. De domeinnaam 'Theater Parkeren' is in 2010 geregistreerd en DGA was destijds de houder van de domeinnaam. De domeinnaam wordt thans gehouden door de eenmanszaak.

Verzoeker was in dienst bij DGA, maar is in 2010 ontslagen. Verzoeker heeft vervolgens een procedure aanhangig gemaakt jegens DGA wegens kennelijk onredelijk ontslag. Bij vonnis van 27 juni 2011 is DGA veroordeeld om aan verzoeker een bedrag van € 15.000 te betalen wegens kennelijk onredelijk ontslag. Verzoeker heeft derhalve een vordering op DGA en verzoekt om heropening van de vereffening. Verzoekster betwist daarbij dat er ten tijde van de ontbinding van DGA geen baten meer waren.

De rechtbank overweegt als volgt. Op grond van artikel 2:23c lid 1 BW kan de rechtbank, indien na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, op verzoek van een belanghebbende de vereffening heropenen en zo nodig een vereffenaar benoemen. Voor heropening van de vereffening is daarnaast niet vereist dat de ontbonden rechtspersoon pas ná zijn ontbinding bekend wordt met het bestaan van de vordering van een schuldeiser. De rechtbank verwijst hierbij naar het arrest van het Hof Amsterdam van 29 juni 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0940. Voor toewijzing van het verzoek tot heropening van de vereffening is voldoende dat de door de verzoeker gestelde vordering en/of bate voldoende

aannemelijk is om toewijzing van het verzoek te rechtvaardigen. Daarbij dient, gelet op het arrest van de Hoge Raad van 11 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo366, met terughoudendheid getoetst te worden of aan dit vereiste is voldaan. Verzoeker heeft een vordering op DGA, dit blijkt uit het vonnis van 27 juni 2011. Daarnaast geldt ten aanzien van het bestaan van een bate dat vaststaat dat de domeinnamen op enig moment zijn overgegaan van DGA op de eenmanszaak. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft de advocaat van DGA verklaard dat de domeinnaam 'Theater Parkeren' daadwerkelijk in gebruik is en dat aan de domeinnaam geen waarde is toegekend. De rechtbank overweegt dat het niet ondenkbaar is dat de domeinnaam een bepaalde economische waarde vertegenwoordigde op het moment van overgang op de eenmanszaak. Bovendien is, gelet op de stellingen van partijen over en weer, aannemelijk dat goodwill en/of knowhow van DGA is overgegaan op de eenmanszaak. Hieruit trekt de rechtbank de gevolgtrekking dat aannemelijk is dat, als dit inderdaad het geval is, DGA in verband met de overgang een vordering heeft op de eenmanszaak en/of op X als toenmalig bestuurder van DGA. Hiermee is ook het bestaan van een bate voldoende aannemelijk om de benoeming van een vereffenaar te rechtvaardigen. De rechtbank wijst het verzoek dan ook toe.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 19-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:9529

Zaaknummer: HA RK 13-258

Wetsartikelen: 2:23c BW

RECHTSPRAAK

CA&E Ltd./Corso Informatica

Is eiser, zijnde een Engelse vennootschap, procesbevoegd? In casu is sprake van een vennootschap naar Engels recht. De vraag ligt voor of naar het recht van het Verenigd Koninkrijk/Engeland inschrijving in het Engelse handelsregister een constitutief vereiste is voor het hebben van rechtspersoonlijkheid en in het verlengde daarvan of inschrijving in het Engelse handelsregister een vereiste is voor het verrichten van rechtshandelingen (waaronder het aanspannen of optreden in een gerechtelijke procedure) en of een uitschrijving met terugwerkende kracht ongedaan kan worden gemaakt.

Ca&e drijft een onderneming in elektrotechnische installaties. Bestuurder is A. Corso drijft een onderneming die zich onder meer toelegt op het in- en uitlenen c.q. detacheren van personeel. KPN vraagt A om datacenters te ontwikkelen. Ca&e sluit daarvoor een overeenkomst met Corso, die bemiddelt in de facturatie voor de werkzaamheden die A namens Ca&e in opdracht verricht voor KPN. Ca&e vordert betaling van facturen en legt aan haar vordering de met Corso gesloten overeenkomst van opdracht ten grondslag. Uit dien hoofde is Corso gehouden tot betaling van de facturen die zij in de periode december 2011 – augustus 2012 aan Corso heeft verzonden. Ondanks herhaalde aanmaningen daartoe is Corso met de betaling van die facturen in gebreke gebleven. De rechtbank overweegt als volgt in verband met de procesbevoegdheid van Ca&e. Voorop staat dat de Wet op de formele buitenlandse vennootschappen (waarop Corso een beroep heeft gedaan) in casu niet van toepassing is (met uitzondering van art. 6 van die wet, vide art. 1 Wet op de formele buitenlandse vennootschappen). Het betreft namelijk een vennootschap naar Engels recht en het Verenigd Koninkrijk behoort tot de lidstaten van de Europese Unie waardoor deze wet niet op Ca&e van toepassing is, met uitzondering van het vermelde artikel 6. In deze is het bepaalde in artikel 10:118 BW van toepassing, waaruit volgt dat een corporatie die ingevolge de oprichtingsovereenkomst of akte van oprichting haar statutaire zetel, of bij gebreke daarvan haar werkelijke zetel ten tijde van de oprichting heeft op het grondgebied van de staat naar

welk recht zij is opgericht, wordt beheerst door het recht van die staat. Ca&e is een vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk (althans naar het recht van Engeland) en zij heeft aldaar, althans zo neemt de rechtbank aan, haar statutaire zetel en dus dient de vraag of Ca&e rechtspersoonlijkheid heeft en bevoegd is in rechte op te treden te worden beantwoord naar het recht van het Verenigd Koninkrijk/Engeland (art. 10:119 sub a BW). De vraag ligt dan dus voor – gelet op het daarover door partijen gevoerde debat – of naar het recht van het Verenigd Koninkrijk/Engeland inschrijving in het Engelse handelsregister een constitutief vereiste is voor het hebben van rechtspersoonlijkheid en in het verlengde daarvan of inschrijving in het Engelse handelsregister een vereiste is voor het verrichten van rechtshandelingen (waaronder het aanspannen of optreden in een gerechtelijke procedure) en of een uitschrijving met terugwerkende kracht ongedaan kan worden gemaakt. Op die vragen zijn partijen niet ingegaan, althans niet met verwijzing naar de relevante wetgeving van het Verenigd Koninkrijk/Engeland. Het is nodig dat partijen zich daarover in een nadere akte uitlaten. Daartoe zal de zaak naar de rol van 2 oktober 2013 worden verwezen voor eerst een akte zijdens Corso, immers is zij degene die zich op een onbevoegdheid in dat verband beroept. Ca&e dient zich in haar antwoordakte tevens uit te laten over de status van de door haar ingezette herinschrijvingsprocedure. Bij het voorgaande is er overigens van uitgegaan dat Ca&e haar statutaire zetel in het Verenigd Koninkrijk/Engeland heeft. Partijen dienen zich ook over de juistheid van dat uitgangspunt in hun akte uit te laten.

Uit de stellingen van Corso lijkt voorts nog te volgen dat zij betwist dat Ca&e voor de Nederlandse rechter kan procederen omdat zij niet staat ingeschreven in het Nederlandse handelsregister en omdat zij niet zou hebben voldaan aan de verplichting tot het deponeren van de oprichtingsakte en de statuten. Daargelaten de vraag of deze verplichting zou bestaan voor Ca&e, leidt dit niet tot procesonbevoegdheid. Het niet-nakomen van deze verplichting is eventueel een economisch delict, maar voor de beoordeling in deze zaak komt daaraan geen belang toe. De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 04-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2013:6405

Zaaknummer: 241028

Wetsartikelen: 10:118 BW en 10:119 BW

RECHTSPRAAK

Feenstra q.q./ING

Bevoegdheid pandhouder tot parate executie op grond van artikel 3:248 lid 1 BW. Onderhandse executieverkoop door pandgever, artikel 3:251 lid 2 BW (HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7109, NJ 2012/74 (ING/Hielkema q.q)). De pandhouder is ook na faillissement gerechtigd tot executieopbrengst, artikel 3:253 lid 1 BW. Geen verrekening in de zin van artikel 54 Fw. Geen misbruik door bank van bijzondere positie in het girale betalingsverkeer (HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:ACo457, NJ 1988/104 (Loeffen q.q./Bank Mees en Hope).

X exploiteerde als eenmanszaak een onderneming onder de naam 't Schouwke Tafelcultuur. Hij heeft een kredietfaciliteit bij ING verkregen, tegen onder meer eerste verpanding van zijn bedrijfsuitrusting, voorraden en vorderingen. De bank heeft op enig moment de kredietovereenkomst opgezegd. De bank stelt X in de gelegenheid om door middel van een (opheffings)uitverkoop de op dat moment aanwezige voorraad te gelde te maken, om zodoende een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren, onder de voorwaarde van afdracht van de opbrengsten op zijn bij de bank aangehouden rekening. De bank heeft het negatieve saldo van de rekening waarop het krediet werd geadministreerd, verrekend met het positieve saldo van de bankrekening waarop de opbrengsten zijn ontvangen. X is op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. Het faillissement is na enige jaren opgeheven onder gelijktijdige toepassing van de schuldsaneringsregeling met mr. Feenstra als bewindvoerder. De curator (en thans de bewindvoerder) heeft gevorderd de bank te veroordelen tot betaling aan de boedel van het positieve rekening-courantsaldo op de grondslag dat de door de bank verrichte verrekening strijdig is met artikel 54 Fw. Feenstra heeft cassatieberoep ingesteld. In cassatie gaat het om de vraag of het hof op goede gronden heeft aangenomen dat sprake is van een executoriale verkoop in de zin van artikel 3:251 lid 2 BW en dat daarmee de toepasselijkheid van artikel 54 Fw is uitgesloten.

De conclusie van A-G Rank-Berenschot strekt tot verwerping van het beroep. Onderdeel 1 van

het middel is gericht tegen het oordeel dat de bank en X een van artikel 3:250 BW afwijkende wijze van executoriale verkoop in de zin van artikel 3:251 lid 2 BW zijn overeengekomen. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat het antwoord op de vraag of een afwijkende wijze van verkoop als bedoeld in artikel 3:251 lid 2 BW is overeengekomen, afhangt van de inhoud van die overeenkomst en in het bijzonder van het oogmerk van partijen een dergelijke overeenkomst te sluiten, en heeft het hof zijn oordeel op dat punt in het licht van de stellingen van de bewindvoerder onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Onderdeel 1 faalt naar het oordeel van de A-G. Het hof heeft alle stellingen van partijen onder ogen gezien en de verweren van de bewindvoerder verworpen. Voor zover de in het onderdeel genoemde stellingen – die er immers hoofzakelijk op neer komen dat de verkoop zoals zij heeft plaatsgevonden om de aldaar genoemde redenen geen executoriale verkoop was c.q. kon zijn – al aldus begrepen moeten worden dat zij strekken tot betoog – in het kader van de Haviltex-maatstaf – dat partijen niet geacht kunnen worden een executoriale verkoop op de voet van artikel 3:251 lid 2 BW te hebben beoogd, omdat hetgeen zij overeenkwamen geen executoriale verkoop kon constitueren, heeft het hof dat betoog verworpen. Het oordeel van het hof dat de pandhouder en de pandgever een afwijkende executoriale verkoop in de zin van artikel 3:251 lid 2 BW zijn overeengekomen geeft derhalve geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de voor de kwalificatie van de overeengekomen verkoop te hanteren maatstaf. Het is in het licht van de stellingen van partijen evenmin onvoldoende gemotiveerd. Onderdeel 2 keert zich tegen het oordeel dat de opbrengst van de executoriale verkoop zonder meer aan de bank toekomt en dat daarom geen sprake is van verboden verrekening na schuldoverneming als bedoeld in artikel 54 Fw. Volgens het onderdeel verzet artikel 54 Fw zich ertegen dat een pandhouder (bank) die met de pandgever een afwijkende wijze van verkoop in de zin van artikel 3:251 lid 2 BW is overeengekomen, de op een bij haar aangehouden rekening-courant van de pandgever bijgeschreven executieopbrengst verrekent met (een deel van) de schuld die de pandgever aan haar heeft, indien de pandhouder niet te goeder trouw is in de zin van artikel 54 Fw. Daaraan doet niet af dat de bank gerechtigd was tot parate executie en dat de verkoop als executoriale verkoop moet worden aangemerkt. Samengevat is de A-G van oordeel dat indien een bank verhaal op de voet van artikel 3:251 lid 2 BW effectueert door middel van verrekening, het bepaalde in artikel 54 Fw daarop niet van toepassing is. Daarop stuit onderdeel 2 in zijn geheel af. Onderdeel 3 deelt het lot van de voorgaande twee onderdelen, nu het daarop voortbouwt. De onderdelen 4 en 5 zijn voorwaardelijk ingesteld en blijven hier buiten beschouwing. De Hoge Raad oordeelt als volgt. Bij de beoordeling van onderdeel 1 is van belang wat de Hoge Raad in zijn arrest van 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7109, NJ 2012/74 (ING/Hielkema q.q), omtrent de bevoegdheid van de pandhouder tot executoriale verkoop heeft geoordeeld. Mede in het licht van dat arrest geeft het oordeel van het hof dat X en de bank een afwijkende wijze van verkoop als bedoeld in

artikel 3:251 lid 2 BW zijn overeengekomen, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals nader uiteengezet in de conclusie van de advocaat-generaal, heeft het hof de daarbij in acht te nemen Haviltex-maatstaf niet miskend en heeft het zijn oordeel in het licht van de stellingen van partijen voldoende gemotiveerd. Het onderdeel faalt derhalve. Ten aanzien van onderdeel 2 oordeelt de Hoge Raad als volgt. Zoals volgt uit het hiervoor aangehaalde arrest ING/Hielkema q.q., heeft een verkoop die plaatsvindt op een op de voet van artikel 3:251 lid 2 BW overeengekomen wijze, een executoriaal karakter. Dat geldt derhalve in het onderhavige geval ook voor de verkoop door X van zijn verpande winkelvoorraad ten behoeve van de bank als pandhouder. Door middel van deze (wijze van) executoriale verkoop oefent de bank haar recht uit zich met voorrang op de executieopbrengst van de winkelvoorraad te verhalen. Bij deze executie mag de bank, ingevolge artikel 3:253 lid 1 BW, als pandhouder het door X als pandgever verschuldigde bedrag waarvoor het pandrecht geldt, van de netto executieopbrengst afhouden; pas daarmee komt – in voorkomend geval na uitkering van een eventueel overschot aan de pandgever – de executie tot een einde.

In het onderhavige geval heeft de bank (een gedeelte van) de schuld van X uit hoofde van de kredietovereenkomst, waarvoor het pandrecht was gevestigd, van de executieopbrengst afgehouden door middel van de ‘verrekening’. Die handeling maakte nog onderdeel uit van de executoriale verkoop, en kan niet worden aangemerkt als een verrekening in de zin van artikel 54 Fw. Dat is niet anders doordat de opbrengst van de executoriale verkoop is gestort op een door X bij de bank aangehouden bankrekening. Voor zover die opbrengst de vordering van de bank op X niet overtreft, hetgeen hier het geval is, is de bank immers niet tot schuldenaar van X geworden, nu zij op grond van artikel 3:253 lid 1 BW in zoverre zelf tot die executieopbrengst gerechtigd is. Een andere opvatting zou zonder goede grond een doelmatige uitoefening van het verhaalsrecht van de bank als pandhouder belemmeren. Hierbij verdient opmerking dat het voorgaande ook niet in strijd is met de strekking van artikel 54 Fw. Op het voorgaande stuit onderdeel 2 af. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden, hetgeen gezien artikel 81 lid 1 RO geen andere motivering behoeft.

Datum uitspraak:

Zaaknummer: