



## Nieuwsbrief Jaargang 3 nummer 1 - 18 februari 2014

**Telefoon**

0313 71 20 20

**E-mail**

[info@advocatenkantoor-dka.nl](mailto:info@advocatenkantoor-dka.nl)

**Website**

[www.advocatenkantoor-dka.nl](http://www.advocatenkantoor-dka.nl)

Het jaar 2014 is al in de maand februari beland. De afgelopen periode hebben zich verschillende ontwikkelingen voorgedaan.

Graag informeren wij u door middel van deze nieuwsbrief aan de hand van jurisprudentie over:

- toetsing borgtochtovereenkomsten;
- aansprakelijkheid in concernverhoudingen;
- dwaling na koop op executieveiling.

## Toetsing borgtochtovereenkomsten

Een borgtochtovereenkomst is een persoonlijke zekerheid. De verplichtingen voortvloeiende uit een borgtochtovereenkomst kunnen van invloed zijn op de belangen van het gezin. De wetgever nam daarom in artikel 1:88 BW een toestemmingsbepaling op.

In artikel 1:88 lid 1 sub c BW en artikel 1:88 lid 5 BW zijn twee uitzonderingen opgenomen.

Rechtbank Limburg, RBLIM:2014:511 wees op 15 januari 2014 vonnis in een zaak waarbij uitbreiding van de kredietfaciliteit van € 76.380,00 tot € 125.000,00 heeft plaatsgevonden. Een borgtochtovereenkomst tot een bedrag van € 75.000,00 kwam tot stand. Nadien vond uitbreiding van de kredietfaciliteit tot een bedrag van € 175.000,00 plaats. De maandelijkse inperking van de borgtochtovereenkomst, inmiddels afgenomen tot € 60.000,00 kwam te vervallen. De rechtbank overwoog dat de extra kredietruimte was bedoeld om te worden aangewend ten behoeve van de gedreven onderneming en dat aanwending daadwerkelijk plaatsvond. Het werkkapitaal van de gedreven onderneming door de vennootschap werd dus uitgebreid. Voorts was de wens tot investering ingegeven levende de gedachte dat dat zou leiden tot groei van de onderneming. Dat het een nieuw te ontplooiende activiteit was maakt het voorgaande niet anders: *“Niet elke koerswijziging of verlegging van accenten binnen de bedrijfsvoering kan leiden tot het oordeel dat de daarmee verbonden activiteiten niet zouden behoren tot de normale bedrijfsvoering. Weliswaar ontplooiende Bergbron de nieuwe activiteiten niet eerder, maar deze staan niet dermate ver af van de voorheen bestaande kernactiviteit dat moet worden gezegd dat de nieuwe activiteiten buiten de normale bedrijfsvoering vielen”*. Aan de omvang van de uitbreiding van de kredietfaciliteit kende de rechtbank geen zelfstandige werking toe.

De rechtbank oordeelde dat de borgtochtovereenkomst niet op grond van artikel 1:88 BW vernietigd kon worden.

Vornoemde criteria zijn terug te vinden in het vonnis van Rechtbank Rotterdam, 18 december 2013, RBROT:2013:10626 waar een viertal omstandigheden is geconcretiseerd. Ter toelichting onderstaand de casus.

F. van Lanschot Bankiers N.V. had een financiering verstrekt. In 2008 werd een verhoging van de kredietfaciliteit ad € 150.000,00 overeengekomen alsmede een deel van een geldlening afgelost. De behoefte had te maken met ontwikkelingskosten voor een nieuw meubelconcept, liquiditeitskrapte door uitgestelde leveringen, kosten voor een voor de vennootschappen belangrijke beurs en gewenste investeringen in een nieuw verwarmingssysteem (dat leidde tot een kostenbesparing). Op het moment van het verzoek voor extra kredietruimte waren de economische vooruitzichten, aldus het vonnis, zeer goed. Een nieuwe meubellijn werd goed ontvangen en de orderportefeuille was gevuld. Tussen partijen bestond al lange tijd een kredietrelatie. De borg had zich reeds als borg meeverbonden.

De rechtbank oordeelt dat is voldaan aan de vereisten voor de uitzondering van artikel 1: 88 lid 5 BW. Met name redengevend acht de rechtbank:

- dat het initiatief van de borg is uitgegaan voor uitbreiding van de financiering;
- de grond voor de aanvraag en van de beoordeling (positieve toekomstverwachting);
- het gevolg van de faciliteit: namelijk een lagere schuld en grotere bestedingsruimte en
- het gegeven dat ook zonder de faciliteit al sprake was van een borgstelling.

Kan een bank een borgtocht aanspraken indien zij, kort gezegd, vergeten is een pandakte te registreren?

Rechtbank Midden-Nederland, 8 januari 2014, RBMNE:2014:1 geeft haar visie: *“Rabobank is in haar relatie met [gedaagde] tekortgeschoten in haar zorgplicht. Terecht heeft Rabobank haar verweer hiertegen laten varen. Rabobank vroeg een pakket van zekerheden voor de verstrekking van het startkapitaal. [gedaagde] mocht ervan uitgaan dat zijn borgstelling onderdeel uitmaakte van dat pakket, waarmee vanzelfsprekend een bepaalde risicopositie van [gedaagde] samenhangt. Het is door een fout van Rabobank dat deze risicopositie heel anders werd. Als deze fout niet was gemaakt, had de bank zich geheel op een van de twee vennootschappen kunnen verhalen (zie 2.7). Nu kreeg zij niets.*

*Dat Rabobank het recht had [gedaagde] als eerste en enige aan te spreken – partijen verschillen van mening of dit zo is overeengekomen – maakt niet uit. In dat geval was [gedaagde] in de rechten van de bank gesubrogeerd en had hij zich als pandhouder in het faillissement kunnen melden (zie de art. 6:12, 6:142 en 6:150 BW). Dan zou hij zich hebben kunnen verhalen op [B.V. 2] (zie 2.7). Maar door de fout van Rabobank zou [gedaagde] zich na subrogatie in werkelijkheid slechts als concurrente schuldeiser hebben kunnen melden, zonder kans op verhaal”.*

Uit laatstgenoemd vonnis blijkt dat het een financier duur kan komen te staan indien zekerheden niet correct zijn gevestigd. Indien gewenst kan voor u een check worden uitgevoerd of zekerheden deugdelijk zijn gevestigd. Daarbij bestaat tevens de mogelijkheid om de zekerheden te laten waarden. Hierdoor kan gecontroleerd worden of de financieringsweegschaal in evenwicht is.

---

## Dwaling na koop woning op executieveiling

In het huidige tijdsgewricht komt het met enige regelmaat voor dat een onroerende zaak op een executieveiling wordt gekocht. Bij de koop op een executieveiling gelden niet dezelfde regels als in een 'normale' situatie tot koop van een onroerende zaak wordt overgegaan.

Tevens wenst degene die overgaat tot executie, ingeval van een onroerende zaak veelal de hypotheekhouder, de zekerheid te hebben dat zij nadien niet wordt aangesproken door de veilingkoper.

Veelal ontstaat geen discussie met een veilingkoper. Het arrest van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 28 januari 2014, toont aan dat in sommige gevallen een uitzondering mogelijk is en wel wordt gediscussieerd.

Bezichtiging van de onroerende zaak was slechts vanaf de buitenkant mogelijk geweest. Ter veiling wordt geboden en vervolgens aan de hoogste bieder gegund. De bieder was een professionele vastgoedhandelaar.

Het object werd aangeboden als 'afbouwwoning'. Nadien blijkt de veilingkoper dat de toestand van de onroerende zaak anders was. Uit de bekend geworden gegevens bleek dat de executant voorafgaand aan de veiling bekend was met deze informatie.

De koper doet een beroep op dwaling (vernietiging). Het Gerechtshof oordeelt dat sprake was van een kwalificatie die te ver afstaat van de werkelijkheid. De executant schond haar mededelingsplicht. De koper schond zijn onderzoeksplicht niet. De redenen hiervoor zijn:

1.

Koper had verzocht de woning te kunnen bezichtigen. De onderzoeksplicht reikte in dit geval niet zover dat bij de notaris of de executant aangedrongen had moeten worden om op zoek te gaan naar de sleutels.

2.

De executant had mededelingen dienen te doen over in het bezit zijnde rapporten over de onroerende zaak.

Een beroep op de Algemene Veilingvoorwaarden Voor Executieveilingen boden de executant geen uitweg. Door de koper was toereikend onderzoek verricht.

Dit arrest toont aan dat het ook van belang is dat bij een executietraject voor derden van belang is dat zij over voldoende en volledige informatie beschikken. Ook indien de informatie op het eerste gezicht nadelig lijkt te zijn voor de waarde van de onroerende zaak.

Overigens, is ook discussie mogelijk of slechts de executant 'de pijn' van de vernietiging dient te dragen.

## Aansprakelijkheid in concernverband

Het komt dikwijls voor dat een financiering wordt verstrekt aan een groep van financieringen. In hoeverre is een moedermaatschappij verantwoordelijk voor haar dochtermaatschappij?

Een rechtspersoon is een zelfstandig rechtssubject en in beginsel uitsluitend zelf aansprakelijk voor zijn eigen schulden. Voorts bestaat in het Nederlandse recht geen volledige verankering van het concernrecht.

Op de moedermaatschappij rusten in hoofdlijnen de volgende verplichtingen en aansprakelijkheden:

1.

De moedermaatschappij dient bij het nastreven van haar eigen belang tevens te letten op de belangen van het gehele concern (en dus dochtermaatschappij);

2.

Daarbij aansluitend dient een moedermaatschappij leiding te geven aan het concern. Zonodig dient een moeder in te grijpen. Bijvoorbeeld indien de moedermaatschappij bekend is dat de dochtermaatschappij zich niet meer kan kwijten van haar verplichtingen. Jegens schuldeisers heeft een moedermaatschappij in bepaalde omstandigheden dus een zorgplicht. Soms geldt een bijspringplicht en in sommige gevallen is de moedermaatschappij aansprakelijk voor de schulden van de dochtermaatschappij. De schil van aansprakelijkheid voor eigen schulden wordt dan doorbroken.

---

## Afsluiting

Met bovenstaande selectie is getracht u aan de hand van actuele jurisprudentie bij te praten. Het betreft slechts een selectie. Nog niet is ingegaan op tussentijdse beëindiging van een huurovereenkomst en schadevergoedingsbedingen.

De Hoge Raad wees op 15 november 2013 arrest. De Hoge Raad overwoog dat de opzegging van een huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw een regelmatige wijze van beëindiging van een huurovereenkomst is, die niet tot schadevergoeding verplicht en de vordering niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder komt. Het voorgaande laat de verplichting van een derde die de nakoming heeft gegarandeerd onverlet, tenzij anders is bedongen. De regresvordering die voor de derde ontstaat kan niet worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder. Mogelijk, indien de voorwaarden dat toestaan, kan de garant hieraan een verweermiddel ontlenen jegens de verhuurder.

Bij de volgende nieuwsbrief wordt zonodig verder bij deze uitspraak stilgestaan.