

RI 2008, 25

HOF AMSTERDAM (HANDELSKAMER)

5 juli 2007, nr. 1089/06

(Mrs. F.O. van Manen, M. Flipse, C.Ch. Mout)

RO 2008, 15

BW art. 2:256, 3:58, 69

Tegenstrijdig belang.

Kan onbevoegde vertegenwoordiging wegens tegenstrijdig belang door een latere statutenwijziging worden gerepareerd?

In het onderhavige geval was sprake van een geldlening tussen vennootschappen (kredietnemers) die (indirect) werden vertegenwoordigd door Boot en een vennootschap (kredietgever) die eveneens (indirect) werd vertegenwoordigd door Boot. Tevens werden zekerheidsrechten gevestigd. Op het tijdstip waarop deze rechtshandelingen plaatsvonden, bepaalden de statuten van de kredietnemers dat in geval van tegenstrijdig belang, de vennootschap vertegenwoordigd moest worden door een daartoe door de AVA aan te wijzen vertegenwoordiger. Korte tijd na de betreffende rechtshandelingen werden de statuten van de kredietnemers gewijzigd, in die zin dat het bestuur van de kredietnemers ook in geval van tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd bleef. De curator in het later uitgesproken faillissement van een van de kredietnemers, stelde zich op het standpunt dat de betreffende kredietnemer niet aan de betreffende overeenkomsten was gebonden.

Hof: Het beroep van de curator op de nietigheid van deze statutenwijziging slaagt en daarmee kan geen sprake zijn van bekrachtiging van de onbevoegd verrichte rechtshandelingen, nog daargelaten dat in de akte, houdende statutenwijziging, waarop Bovast zich beroept, niet uitdrukkelijk is vermeld dat daarmee de eerdere onbevoegd verrichte rechtshandelingen zijn bekrachtigd.

Zie ook:

- HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 (*Duplicado*), waaruit volgt dat voor de aanwijzing van een bijzondere vertegenwoordiger een expliciet aanwijzingsbesluit van de AVA noodzakelijk is;
- HR 29 juni 2007, RO 2007, 67 (*Bruil/Kombex*), waaruit volgt op welke wijze getoetst dient te worden of al dan niet sprake is van een tegenstrijdig belang. Tevens zijn daar andere literatuur- en jurisprudentieverwijzingen over het onderwerp tegenstrijdig belang opgenomen;
- Rb. Utrecht, 25 januari 2006, LJN AV0662. Dit betreft de uitspraak in eerste aanleg;

- R.G.J. Nowak, 'Duplicado: het uitdrukkelijkheidsvereiste en bekrachtiging van onbevoegde vertegenwoordiging', *Ondernemingsrecht* 2005, 14, waarin aan de orde komt op welke wijze bekrachtiging van onbevoegde vertegenwoordigingshandelingen kan plaatsvinden;
- J.L. Snijders, 'Tegenstrijdig belang bij naamloze en besloten vennootschappen', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2006, nr. 10, p. 384, waarin reparatiemogelijkheden worden behandeld.

Zie anders:

- De noot van Nowak onder het onderhavige arrest in JOR 2007/202: hij verdedigt dat door een statutenwijziging achteraf op basis van art. 3:58 BW alsnog sprake is van bevoegde vertegenwoordiging;
- P. van Schilfgaarde (bewerking door J. Winter), *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2006, p. 180: met enige terughoudendheid wordt genoemd dat het niet uitgesloten lijkt dat een rechtshandeling verricht door een bestuurder, die volgens de statuten geen vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft, kan worden bekrachtigd door een statutenwijziging.

Wenk:

Sinds het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2007 (*Bruil/Kombex*) bestaat meer duidelijkheid over de vraag op welke wijze beoordeeld dient te worden of sprake is van een tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:256 BW. Er dient getoetst te worden aan de hand van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Er is sprake van een tegenstrijdig belang als een bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid betwijfeld kan worden of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. Het enkele feit dat de bestuurder 'meerdere petten' op heeft bij een transactie is dus niet voldoende voor het aannemen van een tegenstrijdig belang.

Als een tegenstrijdig belang bestaat, heeft dat gevolgen voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur van de vennootschap. In dat geval wordt de vennootschap vertegenwoordigd door de raad van commissarissen, tenzij de statuten anders bepalen. De algemene vergadering van aandeelhouders is altijd bevoegd in het geval van een tegenstrijdig belang een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Sinds het arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2004 (*Duplicado*) is duidelijk dat een expliciet aanwijzingsbesluit noodzakelijk is en dat een impliciete aanwijzing niet volstaat.

In het onderhavige arrest (r.o. 4.3 en 4.4) werd overwogen dat daadwerkelijk sprake was van een tegenstrijdig belang. Aan de wijze waarop tot die conclusie werd gekomen, zal hier geen

aandacht worden besteed. Met deze conclusie kwam de vraag aan de orde of de bestuurder de vennootschap rechtsgeldig had kunnen vertegenwoordigen. In de statuten van de vennootschap zoals die golden op het moment van de door de curator gewraakte rechtshandeling, was opgenomen dat in geval van tegenstrijdig belang de vennootschap vertegenwoordigd wordt door een door de AVA aan te wijzen vertegenwoordiger. Enige tijd na het verrichten van de betreffende rechtshandeling werden de statuten gewijzigd in die zin dat de vennootschap ook bij tegenstrijdig belang door het bestuur wordt vertegenwoordigd. In dit geval stond vast dat er geen expliciet aanwijzingsbesluit was genomen, zodat de conclusie was dat er (in beginsel) niet rechtsgeldig vertegenwoordigd was. Vervolgens kwam de vraag aan de orde of door de (latere) statutenwijziging het vertegenwoordigingsgebrek was geheeld.

Uitgangspunt is dat als sprake is van onbevoegde vertegenwoordiging wegens een tegenstrijdig belang, achteraf nog gepaste maatregelen getroffen kunnen worden om dit gebrek te helen. Uit (r.o. 3.5.2 van) het arrest van de Hoge Raad inzake *Duplicado* blijkt dat sprake kan zijn van bekrachtiging door de vennootschap van het onbevoegde handelen van de bestuurder. In de literatuur worden verschillende mogelijkheden geschetst. Daarbij is essentieel dat dit niet langer mogelijk is als de vennootschap in staat van faillissement verkeert.

In de eerste plaats kan bekrachtiging in de zin van art. 3:69 BW plaatsvinden. Als er sprake is van onbevoegde vertegenwoordiging kan het handelen van een onbevoegd vertegenwoordiger bekrachtigd worden door een wel bevoegd vertegenwoordiger. Als de AVA alsnog een bijzonder vertegenwoordiger aanwijst, die vervolgens de onbevoegd verrichte vertegenwoordigingshandeling bekrachtigt, zal in ieder geval rechtsgeldig bekrachtiging hebben plaatsgevonden.

In de tweede plaats wordt verdedigd dat reparatie mogelijk is doordat op basis van art. 3:58 BW (convalescentie) de AVA de persoon die de vennootschap onbevoegd vertegenwoordigde, alsnog expliciet aanwijst als bijzonder vertegenwoordiger voor de betreffende rechtshandeling.

In de derde plaats wordt wel verdedigd dat door een latere wijziging van de statuten – in die zin dat de partij die onbevoegd vertegenwoordigde in zijn algemeenheid vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt toegekend in geval van tegenstrijdig belang – sprake zou kunnen zijn van reparatie van de onbevoegde vertegenwoordiging. Door alsnog een dergelijke regeling op te nemen, zou de onbevoegde vertegenwoordiging worden bekrachtigd. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of op deze wijze de gevolgen van de onbevoegde

vertegenwoordiging geheel kunnen worden. Uit rechtsoverweging 4.7 van het onderhavige arrest lijkt te volgen dat dit niet mogelijk is. Het hof overweegt (ten overvloede: ze had immers al geoordeeld dat er geen sprake was van een geldige statutenwijziging) namelijk dat in de akte van statutenwijziging niet uitdrukkelijk is vermeld dat met de statutenwijziging de eerder onbevoegd verrichte rechtshandelingen zijn bekrachtigd. Dit impliceert dat het hof aansluiting zoekt bij een uitdrukkelijke verklaring strekkende tot bekrachtiging en dat de enkele statutenwijziging dus onvoldoende is. Als in de akte tot statutenwijziging al een dergelijke bekrachtigingsverklaring opgenomen zou zijn, is het echter de vraag of daarmee zonder het in acht nemen van nadere formaliteiten sprake kan zijn van een rechtsgeldige bekrachtiging. Uit art. 2:231 BW volgt dat de statuten worden gewijzigd door de AVA. Verdedigd kan worden dat dan op zijn minst nog sprake dient te zijn van een specifiek AVA besluit waarbij de AVA zichzelf aanwijst als bijzondere vertegenwoordiger om de onbevoegd verrichte rechtshandelingen te bekrachtigen. Gelet op de onzekerheid die bestaat over de mogelijkheid om door een statutenwijziging het gebrek in de vertegenwoordiging in geval van tegenstrijdig belang te helen, is het – totdat de Hoge Raad duidelijkheid schept – in de praktijk aan te bevelen om eerder voor een van de andere reparatiemogelijkheden te kiezen.

Mr. J.C. Rosenberg Polak, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van De Nie Klimaat Comfort B.V., te Amstelveen, appellante in het principaal appel, tevens geïntimeerde in het incidenteel appel, proc. mr. J.W. van Rijswijk, tegen

Bovast Beleggingen B.V., te Veenendaal, geïntimeerde in het principaal appel, tevens appellante in het incidenteel appel, proc. mr. F.B. Falkena.

Hof:

1. Het verloop van het geding in hoger beroep

1.1. Appellant – de curator – is bij dagvaarding van 4 april 2006 in hoger beroep gekomen van het vonnis met zaak/rolnummer 192604/HA ZA 05-694, door de rechtbank te Utrecht op 25 januari 2006 tussen partijen gewezen en verbeterd bij vonnis van 17 mei 2006, met dagvaarding van geïntimeerde – Bovast – voor dit hof.

1.2. De curator heeft bij memorie tien grieven tegen het vonnis waarvan beroep aangevoerd, bewijs aangeboden, stukken overgelegd en geconcludeerd als in die memorie vermeld.

1.3. Bovast heeft bij memorie van antwoord de grieven bestreden, harerzijds één grief ontwikkeld tegen het beroepen vonnis, en geconcludeerd als in die memorie verwoord.

1.4. Vervolgens heeft de curator bij memorie de

grief van Bovast bestreden en heeft zijn standpunt gehandhaafd.

1.5. Partijen hebben hun standpunten ter zitting van 27 maart 2007 toegelicht bij monde van hun raadslieden, de curator door mr. P.S. Kamminga, advocaat te Den Haag en Bovast door mr. J.S. Wurfbain, advocaat te Ede, beiden onder overlegging van pleitnotities.

1.6. Ten slotte hebben partijen het hof gevraagd arrest te wijzen op basis van de overgelegde stukken van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep.

2. De grieven

Voor de inhoud van de grieven verwijst het hof naar de onder 1.2 en 1.3 genoemde memories.

3. Waarvan het hof uitgaat

3.1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis in rechtsoverweging 2 onder 2.1 tot en met 2.15 een aantal feiten vastgesteld. De juistheid van deze feiten als zodanig is niet in geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan. Het betreft – kort gezegd – het volgende.

3.2. De heer W. de Nie (hierna: De Nie) is enig bestuurder/aandeelhouder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid W. de Nie Holding B.V. (hierna: Holding).

3.3. Holding houdt sedert 13 april 1995 alle aandelen in de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid De Nie Klimaat-Comfort Beheer B.V. – voorheen genaamd: De Nie Centrale Verwarming Beheer B.V. – (hierna: Beheer), met als bestuurder sinds 11 november 2004 Holding.

3.4. Beheer houdt sinds 24 februari 1989 alle aandelen in de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid De Nie Klimaat-Comfort B.V. (hierna: De Nie B.V.). Beheer was sedert 24 november 1994 bestuurder en sinds 18 mei 2004 tot eind oktober 2004 enig bestuurder van De Nie B.V.

3.5. Vanwege ziekte van De Nie raakte De Nie B.V. in 2004 in problemen.

3.6. In april 2004 heeft de heer A. Boot (hierna: Boot) zich jegens De Nie bereid verklaard om via diens besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Slifosco II B.V. (hierna: Slifosco) tijdelijk het bestuur van Beheer over te nemen.

3.7. Boot is bestuurder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Bo Ve Holding B.V. (hierna: Bo Ve Holding).

3.8. Bo Ve Holding is bestuurder van zowel Slifosco als van Bovast.

3.9. Op 18 mei 2004 heeft Beheer (vertegenwoordigd door Holding, op haar beurt vertegenwoordigd door De Nie) een managementovereenkomst gesloten met Slifosco (vertegenwoordigd door Bo Ve Holding, op haar beurt vertegenwoordigd door Boot), waarin onder meer is bepaald dat Slifosco voor bestuursbesluiten van Beheer geen voorafgaande toestemming nodig heeft van de algemene vergadering van aandeelhouders en dat de statuten van Beheer zullen worden aangepast

om Slifosco in staat te stellen onbeperkte bestuursbesluiten te nemen.

3.10. Slifosco was vanaf 18 mei 2004 tot eind 2004 enig bestuurder van De Nie Beheer.

3.11. Op 27 mei 2004 heeft de Rabobank het kredietlimiet van De Nie B.V. verlaagd van €315.000 tot €200.000.

3.12. Op of omstreeks 27 mei 2004 hebben Boot en De Nie afspraken gemaakt over de financiering van Beheer en De Nie B.V. door Bo Ve Holding en Bovast en het daar tegenover verschaffen van zekerheidsrechten. Boot heeft deze afspraken bevestigd in een ongedateerd schriftelijk stuk, aangeduid als 'Financiering De Nie Centrale Verwarming Beheer B.V.', welk stuk door De Nie voor akkoord is ondertekend.

3.13. Op 3 juni 2004 hebben De Nie B.V. en Beheer enerzijds en Bovast anderzijds een overeenkomst van geldlening gesloten. Boot heeft deze overeenkomst namens alle betrokken vennootschappen ondertekend.

3.14. Op 3 juni 2004 hebben De Nie B.V. en Beheer tot zekerheid van de nakoming van hun verplichtingen uit de overeenkomst van geldlening aan Bovast stil pandrecht verleend op (1) de inventaris, voorraad, vervoermiddelen en (2) de debiteuren van De Nie B.V. en Beheer. De beide akten van verpanding zijn namens alle betrokken vennootschappen ondertekend door Boot.

3.15. Op 3 juni 2004 hielden de artikelen 14 van de respectievelijke statuten van De Nie B.V. en Beheer in dat de vennootschap, als de directeur een belang heeft strijdig met dat van de vennootschap, wordt vertegenwoordigd door een daartoe door de algemene vergadering van aandeelhouders aan te wijzen persoon.

3.16. De rechtbank te Den Haag heeft bij vonnissen van 1 december 2004 De Nie B.V. en Beheer failliet verklaard, met benoeming van mr. J.C. Rosenberg Polak tot curator.

4. Beoordeling in het principaal en het incidenteel appel

4.1. De curator vordert in dit geschil een verklaring voor recht dat De Nie B.V. niet is gebonden aan hetgeen is overeengekomen in het hierboven sub 3.12 genoemde stuk 'Financiering De Nie Centrale Verwarming Beheer B.V.' en evenmin aan de overeenkomst van geldlening en de beide pandovereenkomsten van 3 juni 2004. Voorts vordert de curator betaling door Bovast van €179.193,64, althans van al hetgeen door Bovast uit hoofde van de pandovereenkomsten is ontvangen, alsmede veroordeling van Bovast in de proceskosten.

4.2. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat het feit dat Boot bij het sluiten van de overeenkomst van geldlening en de pandovereenkomsten optrad voor zowel De Nie B.V. als voor Bovast, weliswaar meebrengt dat sprake is van een tegenstrijdig belang in de zin van de statuten van De Nie B.V. en artikel 2:256 BW, maar dat in casu desondanks is voldaan aan

de strekking van deze bepalingen, omdat het de aandeelhoudersvergadering van De Nie B.V. in de persoon van De Nie als enig aandeelhouder, duidelijk was dat Boot – ter uitvoering van de afspraken, zoals weergegeven in het stuk 'Financiering De Nie Centrale Verwarming Beheer B.V.' – zou optreden namens alle betrokken vennootschappen. De Nie B.V. is, aldus de rechtbank, derhalve gebonden aan de door de curator gewraakte rechtshandelingen.

4.3. Bovast komt met haar grief in het incidenteel appel op tegen de beslissing van de rechtbank dat er sprake was van tegenstrijdig belang bij de rechtshandelingen (de afspraken zoals volgend uit het stuk 'Financiering De Nie Centrale Verwarming Beheer B.V.', het aangaan van de overeenkomst van geldlening en de beide pandovereenkomsten).

4.4. Deze grief faalt, omdat Boot (in zijn hoedanigheid van bestuurder van Bo Ve Holding, op haar beurt bestuurder van Slifosco, op haar beurt bestuurder van Beheer, op haar beurt bestuurder van De Nie B.V.) – ter uitvoering van de afspraken, volgend uit het stuk 'Financiering De Nie Centrale Verwarming Beheer B.V.' – namens De Nie B.V. een overeenkomst van geldlening sloot met en daarvoor zekerheidsrechten verschaft aan Bovast (bestuurd door Bo Ve Holding, op haar beurt bestuurd door Boot). Boot trad aldus (indirect) op als zowel de financier van een vennootschap die – hetgeen tussen partijen niet in geschil is – in financiële problemen verkeerde, onder meer omdat de bank van De Nie B.V. haar krediet limiet op 27 mei 2004 had verlaagd, alsook namens die in financiële problemen verkerende vennootschap. Reeds op grond van die omstandigheden is sprake van tegenstrijdig belang als bedoeld in artikel 14 (oud) van de statuten van De Nie B.V. en artikel 2:256 BW.

Bovendien is sprake van een tegenstrijdig belang, omdat – zoals door Bovast bij memorie van antwoord is aangegeven en door Boot ter gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep nog eens benadrukt is – het door Bovast aan De Nie B.V. (en Beheer) uitgeleende bedrag een pensioenvoorziening vormde voor Boot privé.

4.5. De curator komt met zijn grieven op tegen het oordeel van de rechtbank dat De Nie B.V. gebonden is aan de litigieuze rechtshandelingen. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Bij de beoordeling van de grieven geldt als uitgangspunt dat de strekking van art. 2:256 – en van het daarop gebaseerde (oude) art. 14 van de statuten van De Nie B.V. – is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen. Uit deze aan art. 2:256 ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger

aan te wijzen en dat een impliciet besluit daartoe niet voldoende is.

4.6. De rechtbank heeft in haar vonnis waarvan beroep vastgesteld dat er geen expliciet aanwijzingsbesluit als bedoeld in artikel 14 van de statuten en artikel 2:256 BW is genomen. Tegen deze vaststelling is geen grief gericht, zodat het hof daarvan dient uit te gaan. Gelet op de hierboven onder 4.4 gegeven beslissing dat bij het aangaan van de gewraakte rechtshandelingen sprake was van een tegenstrijdig belang, leidt dit dus tot de slotsom dat Boot niet bevoegd was om De Nie B.V. bij sluiten van genoemde overeenkomsten te vertegenwoordigen.

De Nie B.V. is derhalve niet gebonden aan deze overeenkomsten, tenzij zij de aldus door Boot verrichte rechtshandelingen nadien rechtsgeldig heeft bekrachtigd of de toepassing van art. 2:256 BW en art. 14 van de statuten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geoordeeld.

4.7. In haar reactie op grief VI heeft Bovast aangevoerd dat, als sprake zou zijn van onbevoegde vertegenwoordiging, de onbevoegd verrichte rechtshandelingen zijn bekrachtigd door de statutenwijziging van 24 juni 2004, waarbij artikel 14 van de statuten van De Nie B.V. zodanig is gewijzigd, dat de bestuurder ook in geval van tegenstrijdig belang de vennootschap kan vertegenwoordigen.

Dit betoog faalt. Door de curator is – door Bovast onvoldoende betwist – aangevoerd dat (ook) aan de statutenwijziging van 24 juni 2004 geen besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van De Nie B.V. ten grondslag heeft gelegen. Daarmee slaagt het beroep van de curator op de nietigheid van deze statutenwijziging en kan van bekrachtiging van de onbevoegd verrichte rechtshandelingen geen sprake zijn, nog daargelaten dat in de akte, houdende statutenwijziging waarop Bovast zich beroept, niet uitdrukkelijk is vermeld dat daarmee de eerdere onbevoegd verrichte rechtshandelingen zijn bekrachtigd.

4.8. Bovast heeft tot slot aangevoerd dat een strikte uitleg van artikel 2:256 in het onderhavige geval leidt tot hoogst onbillijke gevolgen, omdat Bovast (en Bo Ve Holding) aanzienlijke financiële risico's hebben genomen om de De Nie vennootschappen te redden toen de financierende bank de geldkraan dichtdraaide en die strikte uitleg tot verlies van haar contractuele rechten en zekerheden leidt. Daarbij acht Bovast mede van belang dat de uitgeleende bedragen de pensioenvoorziening vormden voor Boot privé, terwijl de enige aandeelhouder van de De Nie vennootschappen, De Nie, met de vertegenwoordiging van die vennootschappen door Boot heeft ingestemd.

4.9. Met haar beroep op art. 6:2 BW stelt Bovast de vraag aan de orde of het verlies van haar zekerheden en haar positie als separatist als gevolg van de toepassing van voornoemde bepalingen, het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

onaanvaardbaar maken, dat genoemde risico's voor haar rekening blijven. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Daartoe is met name van belang dat sprake is van een financiering uit zakelijke motieven, waartoe Bovast is overgegaan toen haar bekend was dat de Rabobank het kredietlimiet van De Nie B.V. had verlaagd. De daaraan verbonden risico's komen in beginsel voor haar eigen rekening. Aldus is Bovast zelf (mede)verantwoordelijk voor het feit dat de gewraakte rechtshandelingen, die haar de door haar gewenste zekerheidsrechten hadden moeten verschaffen, tot stand zijn gekomen, met veronachtzaming van de inhoud en strekking van artikel 2:256 BW en de daarop gebaseerde regeling in de (oude) statuten.

4.10. Bovast heeft tot slot een beroep gedaan op verrekening. Het gaat daarbij in de eerste plaats om de kosten, gemoeid met met name het door Bovast incasseren van debiteuren van De Nie B.V. ad €26.775 inclusief b.t.w. Bovast heeft in dat verband bij conclusie in eerste aanleg van 2 november 2005 gesteld dat partijen ter zake op 7 januari 2005 de schriftelijke afspraak hebben gemaakt, dat de curator aan Bovast een vast bedrag van €22.500 exclusief b.t.w. (= €26.775 inclusief b.t.w.) zou voldoen ter vergoeding van de hierbedoelde door Bovast gemaakte buitengerechtelijke kosten. De curator heeft erkend dat hij met de raadsman van Bovast overeenstemming heeft bereikt over deze als redelijk te beschouwen kosten van inning, maar stelt zich op het standpunt dat niet is afgesproken dat Bovast recht heeft op vergoeding van deze kosten als de curator in het gelijk wordt gesteld in het onderhavige geschil. Aldus heeft de curator de door Bovast gestelde afspraak onvoldoende betwist, nu zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet valt in te zien dat Bovast de kosten gemoeid met incasso van aan de boedel toekomende vorderingen niet vergoed zou krijgen, doch deze wel vergoed zou krijgen als zou blijken dat zij ten eigen bate heeft geïncasseerd. Desalniettemin strandt het beroep van Bovast op verrekening. Deze vordering van Bovast is immers een boedelschuld, zodat art. 53 Fw toepassing mist.

4.11. Het beroep op verrekening betreft voorts het bedrag aan debiteuren van De Nie B.V. (€14.194) dat Bovast vóór het faillissement van De Nie B.V. heeft geïncasseerd, het bedrag van €61.090 aan debiteuren van De Nie B.V. dat Bovast ná datum faillissement heeft geïncasseerd, alsmede een bedrag van €105.000 dat door de curator aan Bovast is voldaan.

De curator heeft daartegen aangevoerd dat partijen omstreeks 11 januari 2005 mondeling overeenstemming hebben bereikt over de incassering van de debiteuren en over een door Bovast aan de curator te verschaffen bankgarantie ten bedrage van €200.000. Dit bedrag correspondeert, aldus de curator, ongeveer met de bedragen waarop Bovast aanspraak maakt.

Volgens de curator kan daaruit worden afgeleid dat Bovast heeft ingestemd met de

afdracht van de door haar ontvangen bedragen als de curator in het gelijk zou worden gesteld in het onderhavige geschil. Aldus – zo betoogt de curator – heeft Bovast afstand gedaan van haar eventuele recht op verrekening terzake.

Dit betoog faalt, reeds omdat uit de door de curator gestelde feiten en omstandigheden niet ondubbelzinnig kan volgen dat Bovast afstand heeft gedaan van haar recht op verrekening.

Het hof is van oordeel dat het beroep op verrekening van Bovast betreffende het vóór faillissement door haar geïncasseerde bedrag van €14.194 slaagt, omdat zowel de schuld als de vordering van Bovast zijn ontstaan vóór de faillietverklaring. Dat de strekking van de tegenstrijdigbelangregeling, zoals door de curator is betoogd, in de weg zou staan aan een beroep op verrekening, is niet juist, omdat het beroep op verrekening dient te worden beoordeeld op grond van het bepaalde in art. 53 Fw.

Het beroep op verrekening met de bedragen die Bovast ná de faillietverklaring heeft ontvangen kan echter niet slagen, omdat de rechtstreekse oorzaak van het ontstaan van deze schulden aan de vennootschap ligt in ná de faillietverklaring van De Nie B.V. verrichte rechtshandelingen, te weten de betalingen door boedeldebiteuren (van De Nie B.V. en de curator) aan Bovast, en deze betalingen niet voortvloeien uit overeenkomsten met De Nie B.V. die door Bovast vóór de faillietverklaring (rechtsgeldig) zijn gesloten.

4.12. De slotsom is dat de grief in het incidenteel appel faalt, en de grieven in het principaal appel slagen, zodat het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. De door de curator gevorderde verklaring voor recht zal worden toegewezen en zijn vordering tot betaling door Bovast is toewijsbaar tot een bedrag van €179.193,64 $\frac{1}{2}$ €14.194,16 = €164.999,48. De door de curator gevorderde rente daarover zal worden afgewezen, nu is gesteld noch gebleken dat Bovast met de betaling van voormeld bedrag in verzuim is geraakt, en zulks door Bovast is betwist. Bovast zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in eerste aanleg en in het principaal en incidenteel appel.

5. Beslissing

Het hof:

in het principaal en het incidenteel appel:
vernietigt het vonnis waarvan beroep;

verklaart voor recht dat De Nie B.V. niet is gebonden aan hetgeen is overeengekomen in het ongedateerde stuk getiteld 'Financiering De Nie Centrale Verwarming Beheer B.V.' en evenmin aan de overeenkomst van geldlening en de twee pandrechtovereenkomsten van 3 juni 2004 en dat derhalve Bovast geen (geldig) pandrecht heeft gekregen uit hoofde van die twee pandrechtovereenkomsten en evenmin een vordering uit hoofde van geldlening;

veroordeelt Bovast tot betaling aan de curator van €164.999,48;

veroordeelt Bovast in de proceskosten in eerste aanleg, tot heden aan de zijde van de curator begroot op €4011,93 aan verschotten en €4263 aan salaris voor de procureur;

veroordeelt Bovast in de proceskosten in hoger beroep, tot heden aan de zijde van de curator begroot op €5446,32 aan verschotten en €11.844 aan salaris voor de procureur;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.
