

20

Gerechtshof Amsterdam
4 augustus 2009, nr. 200.001.010/01 KG
(mrs. Tillema, Van Tuyl van Serooskerken-
Röell, Van den Bergh)
Noot mr. M.R. van Zanten

**Conservatoir beslag. Ontbinding. Staat van
insolventie. Herleving rechtspersoon. Ophef-
fing beslag.**

[BW art. 2:19, 2:23c; Fw art. 196, 197]

*Vooralsnog kan er niet van worden uitgegaan dat
het door geïntimeerden gelegde beslag nooit een
executoriaal karakter kan krijgen na ontbinding en
vereffening van de partij op wie geïntimeerden*

een vordering stellen te hebben. Hoewel de wet niet voorziet in herleving van deze vennootschap ex art. 2:23c BW sluit het onderhavige geval aan bij de wel in de wet geregelde gevallen. Het past in het stelsel van de wet ook in het onderhavige geval deze regeling toe te passen met het oog op het kunnen verkrijgen door geïntimeerden van een executoriale titel.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Jan Mulder Vastgoed BV* te Obdam, gemeente Koggenland, appellante in het principaal hoger beroep, geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam, tegen

1. *Everdina Willemina Jansen* te Alkmaar,
 2. *Peter Jansen* te Schagen,
 3. *Robert Jansen* te Heerhugowaard,
 4. *Berendina Johanna Jansen-Hoeve* te Schagen,
- geïntimeerden in het principaal hoger beroep, appellanten in het incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. A. de Groot te Alkmaar.

1. *Het geding in hoger beroep*
(...; red.)

2. *Grieven*
(...; red.)

3. *Feiten*
(...; red.)

4. *Beoordeling*

4.1. Op 23 juli 1999 hebben Jansen c.s. conservatoir beslag gelegd op het aan Wasserij Jansen BV (hierna: "Wasserij Jansen") toebehorende bedrijfsgebouw plaatselijk bekend Breede Plat 15, 17 en 19 te Broek op Langendijk (hierna het "bedrijfsgebouw"). Op 23 juli 1999 te 14.45 uur is het beslag in de openbare registers ingeschreven. De akte van levering is gepasseerd op 23 juli 1999 te 15.30 uur. Inschrijving van die akte in de registers heeft plaatsgevonden op 26 juli 1999. Jansen c.s. hebben op 6 augustus 1999 een eis in de hoofdzaak ingesteld tegen Wasserij Jansen. Op 16 november 2000 is Wasserij Jansen failliet verklaard. Hierdoor is de procedure in de hoofdzaak geschorst. De verificatievergadering is gehouden op 22 oktober 2002. De vor-

deringen van Jansen c.s. zijn op de lijst van erkende schuldeisers opgenomen. Namens de toenmalige bestuurder van Wasserij Jansen, Mulder Holding BV, zijn deze vorderingen op de verificatievergadering betwist. De voorzieningenrechter heeft Jansen c.s. bij vonnis van 24 november 2005 verboden het bedrijfsgebouw executoriaal te doen verkopen wegens het ontbreken van een executoriale titel tegen Wasserij Jansen. Het faillissement is geëindigd op 25 september 2007 door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst. De vorderingen van Jansen c.s. zijn niet (volledig) voldaan.

4.2. Bij dagvaarding van 11 oktober 2007 heeft Mulder primair opheffing van het gelegde beslag en subsidiair opheffing daarvan tegen het stellen van zekerheid gevorderd. De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis het beslag opgeheven tegen het stellen van zekerheid in de vorm van storting van een bedrag van € 250.000,= in depot bij een notaris, met de bepaling dat het depot aan Mulder vervalt indien niet binnen drie jaren na de depotstorting een executoriale titel is verkregen tegen Wasserij Jansen, onder compensatie van proceskosten. Mulder heeft het bedrijfspand aan een derde verkocht en heeft een bedrag van € 250.000,= bij een notaris in depot gestort.

4.3. Met *principale grief 1* komt Mulder op tegen de beslissing van de voorzieningenrechter het beslag op te heffen tegen het stellen van zekerheid. Volgens Mulder had het beslag zonder meer opgeheven moeten worden aangezien in de hoofdzaak geen executoriale titel meer verkregen kan worden tegen Wasserij Jansen nu deze vennootschap door de werking van artikel 2:19 lid 1, aanhef en onder c Burgerlijk Wetboek is ontbonden als gevolg van het intreden van de staat van insolventie. Het hof oordeelt hieromtrent als volgt.

4.4. Door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst hebben Jansen c.s. hun rechten tot verhaal van hun vorderingen, voor zover deze onvoldaan zijn gebleven, tegen Wasserij Jansen herkreten (artikel 195 Faillissementswet). Deze rechtspersoon is echter ingevolge artikel 2:19 lid 6 Faillissementswet (lees: Burgerlijk Wetboek: *red.*) opgehouden te bestaan.

4.5. Jansen c.s. beogen hun vorderingen te verhalen op een vermogensbestanddeel dat niet tot de faillissementsboedel van Wasserij

Jansen heeft behoord en dat niet in de vereffening van het vermogen van Wasserij Jansen betrokken is geweest, te weten het aan Mulder toebehorende bedrijfsgebouw en, sedert het vonnis in eerste aanleg, het door Mulder tot vervangende zekerheid tegen de opheffing van het op dat bedrijfsgebouw gelegde beslag bij de notaris gestelde depot.

4.6. Aangezien als gevolg van de betwisting ter verificatievergadering namens de bestuurder van Wasserij Jansen van de door de curator erkende vorderingen van Jansen c.s. aan het proces-verbaal van die vergadering geen executoriale titel kan worden ontleend (artikelen 196 en 197 Faillissementswet) dienen Jansen c.s. thans voor (het restant van) hun vorderingen alsnog een executoriale titel te verkrijgen om het door hen voorgenomen verhaal te kunnen effectueren.

4.7. Voor voortzetting van de geschorste procedure tegen Wasserij Jansen is noodzakelijk dat deze rechtspersoon herleeft. Artikel 2:23c Burgerlijk Wetboek bevat een regeling die voorziet in herleving van een rechtspersoon indien gronden bestaan de vereffening te heropenen. Dat is volgens genoemd artikel het geval indien na de ontbinding en vereffening van de rechtspersoon hetzij een nieuwe schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt, hetzij het bestaan van een nieuwe bate blijkt. Deze in de wet geregelde gevallen voor heropening van de vereffening doen zich hier niet voor. Jansen c.s. zijn geen nieuwe schuldeisers of gerechtigden tot het saldo. Het notariële depot vormt geen nieuwe bate aangezien dit niet als vermogensbestanddeel van de (thans niet meer bestaande) rechtspersoon Wasserij Jansen kan worden aangemerkt.

4.8. De wet bevat derhalve geen – uitdrukkelijke – regeling die voorziet in herleving in een geval als het onderhavige. Zonder herleving van de (niet meer bestaande) rechtspersoon is het voor Jansen c.s. niet mogelijk alsnog een executoriale titel tegen Wasserij Jansen te verkrijgen. Naar het oordeel van het hof sluit het hier aan de orde zijnde geval aan bij de wel in de wet geregelde gevallen waarin toepassing van artikel 2:23c Burgerlijk Wetboek mogelijk is. Het past in het stelsel van de wet om ook in een geval als hier aan de orde deze regeling toe te passen met het oog op het kunnen verkrijgen door Jansen c.s. van een executoriale titel.

4.9. Dit brengt reeds mee dat er vooralsnog

niet van kan worden uitgegaan dat het door Jansen c.s. gelegde conservatoire beslag nooit een executoriaal karakter kan krijgen. Nu Mulder geen andere gronden naar voren heeft gebracht die nopen tot opheffing van het beslag zonder het stellen zekerheid, faalt grief 1.

4.10. De in hoger beroep ingestelde vordering strekkende tot vrijgave van het notariële depot aan Mulder is niet toewijsbaar op grond van hetgeen hierboven is overwogen.

4.11. De *principale grief 2* en *incidentele grief 2* zijn gericht tegen de compensatie van proceskosten. De voorzieningenrechter heeft de primaire vordering van Mulder afgewezen maar de subsidiaire vordering toegewezen. Er deed zich de situatie voor van artikel 237 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld zodat de voorzieningenrechter bevoegd was tot compensatie van proceskosten. Deze grieven falen.

4.12. Jansen c.s. komen met hun *incidentele grief 1* op tegen de bepaling in het dictum van het bestreden vonnis dat het depot vervalt aan Mulder indien Jansen c.s. niet binnen drie jaren na het stellen van het depot een executoriale titel tegen Wasserij Jansen hebben verkregen.

4.13. De grief is terecht voorgedragen aangezien partijen de gelegenheid dienen te hebben het resultaat van hoger beroep c.q. cassatie tegen de in dit kort geding gegeven voorziening af te wachten. De bepaling zal aldus worden aangepast dat het depot aan Mulder vervalt indien niet binnen drie jaren nadat de hier in geschil zijnde voorziening onherroepelijk is geworden, een executoriale titel in de hoofdzaak tegen Wasserij Jansen is verkregen. Voor verdere uitbreiding van de door het depot te verschaffen zekerheid bestaat onvoldoende grond.

5. Slotsom en kosten

De grieven in het principaal hoger beroep falen. In zoverre wordt het bestreden vonnis bekrachtigd. In het incidenteel hoger beroep zal het dictum van het bestreden vonnis worden aangepast als hiervoor in rechtsoverweging 4.13 aangegeven. In zoverre zal het bestreden vonnis worden vernietigd. Mulder zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het principaal en het incidenteel hoger beroep.

6. *Beslissing*

Het hof:

In het principaal en het incidenteel hoger beroep: bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, met dien verstande dat het bedrag van de notariële zekerheid aan Mulder zal worden uitgekeerd indien Jansen c.s. na verloop van drie jaar na het onherroepelijk worden van het bestreden vonnis geen executoriale titel tegen Wasserij Jansen hebben verkregen;

verwijst Mulder in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Jansen c.s. tot op heden begroot op € 300,= aan verschotten en € 1.341,= aan salaris;

wijst af het meer of anders gevorderde;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. *Inleiding*

Art. 2:23c BW bepaalt dat de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening van een rechtspersoon die heeft opgehouden te bestaan kan heropenen in twee gevallen. In de eerste plaats indien er nog een schuldeiser of belanghebbende bij het saldo opkomt. In de tweede plaats indien van het bestaan van een bate blijkt. Door de heropening herleeft de rechtspersoon. Bij de beantwoording van de vraag of het bestaan van de door de verzoeker gestelde bate of vordering voldoende aanneemelijk geworden is om heropening te rechtvaardigen, past de rechter terughoudendheid (zie J.D.A. den Tonkelaar 2009, T&C BW, art. 2:23c BW, aant. 2 onder d). Een dergelijk verzoek mag niet te snel worden afgewezen (HR 11 oktober 1991, NJ 1992, 132 en HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 194).

2. *Feiten*

De zaak die heeft geleid tot het te bespreken arrest van het Hof Amsterdam is een nogal bijzondere en unieke casus, waarvan de (gewenste) oplossing niet direct voorhanden lijkt te zijn. In deze zaak is door een viertal partijen ("Jansen") conservatoir beslag gelegd op een bedrijfspand. Drie kwartier na inschrijving van het beslag is de akte van levering gepasseerd tussen Mulder Vastgoed als koper en Wasserij Jansen als verkoper. Het pand is dus met beslag overgegaan naar de koper ("Mulder Vastgoed"). De beslaglegger heeft de eis in de hoofdzaak ingesteld tegen haar debiteur

("Wasserij Jansen"), die vervolgens gedurende de procedure in staat van faillissement is verklaard. Ten gevolge van het faillissement is de procedure ex art. 29 Fw geschorst. Een dergelijke procedure, die betrekking heeft op de nakoming van een verbintenis door de boedel, wordt slechts voortgezet indien de vordering bij de verificatie wordt betwist. In dit geval heeft de curator de vordering geplaatst op de lijst van erkende schuldeisers. Echter, de bestuurder van Wasserij Jansen (Jan Mulder Concern Financieringsmaatschappij BV) heeft ex art. 126 Fw de vordering wel betwist, zo is gebleken uit het faillissementsdossier. Het gevolg van deze betwisting is dat het recht van Jansen tegenover Wasserij Jansen niet onherroepelijk vaststaat en dat Jansen niet beschikt over een executoriale titel, te weten de in het proces-verbaal opgetekende erkenning (zie art. 196 en 197 Fw). Vervolgens is het faillissement geëindigd door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst. De vordering van Jansen is niet (volledig) voldaan. Op grond van art. 173 lid 1 Fw treedt de staat van insolventie van rechtswege in indien tijdens de verificatievergadering geen akkoord is aangeboden. Op grond van art. 2:19 lid 1 onder c BW wordt een rechtspersoon in dat geval ontbonden. Er is geen sprake meer van baten, of nagekomen baten, op grond waarvan de vereffening zou kunnen worden geopend, aangezien de onroerende zaak reeds uit het vermogen van de ontbonden rechtspersoon Wasserij Jansen was gegaan. Jansen zag zich dus geconfronteerd met het probleem dat zij de executie van het beslag niet meer kon voortzetten tegen Wasserij Jansen. Mulder Vastgoed zag zich daarentegen geconfronteerd met een beslag op de door haar in eigendom verkregen onroerende zaak dat er nimmer af zou kunnen gaan.

3. *Eerste aanleg*

In kort geding heeft Mulder Vastgoed primair opheffing van het beslag gevorderd, subsidiair opheffing mits door haar € 250.000,= zekerheid zal worden gesteld, welk bedrag door de notaris zal worden uitgekeerd indien na verloop van drie jaar geen executoriale titel zal zijn verkregen door Jansen. Daarbij heeft Mulder Vastgoed gesteld dat het beslag nimmer zal kunnen overgaan in een executoriaal beslag om redenen als hiervoor onder 2 vermeld. In eerste aanleg heeft de Voorzieningenrechter Alkmaar

in zijn vonnis van 25 oktober 2007 (LJN BB6512) overwogen dat, indien het standpunt van Mulder Vastgoed juist zou zijn, dit zou betekenen dat de aanspraken van Jansen, die zij met een executoriale titel nog kan verhalen op het beslagen bedrijfspand, nimmer vastgesteld zouden kunnen worden. Volgens de voorzieningenrechter kan dat niet de bedoeling zijn. Naar zijn voorlopig oordeel kan niet worden uitgesloten dat in een bodemprocedure wordt geoordeeld, naar analogie van het bepaalde in art. 2:23c lid 1 BW, dat de vereffening moet worden heropend, omdat dit nodig is om de aanspraken van Jansen op Wasserij Jansen vast te stellen. Ter onderbouwing hiervan verwijst de voorzieningenrechter naar de noot van Maeijer onder het arrest van de Hoge Raad van 11 oktober 1991 (NJ 1992, 132). Derhalve kan er in deze procedure niet van worden uitgegaan dat Jansen nimmer een executoriale titel tegen de debiteur zal verkrijgen. Vervolgens wordt de subsidiaire eis van Mulder Vastgoed toegewezen.

4. Hoger beroep

In appel komt Mulder Vastgoed met haar grief op tegen de beslissing van de voorzieningenrechter het beslag onder zekerheidstelling op te heffen. Zij stelt dat er nimmer een executoriale titel kan worden verkregen tegen Wasserij Jansen nu deze vennootschap als gevolg van het intreden van de staat van insolventie is ontbonden. Het hof stelt vast dat voor voortzetting van de procedure tegen Wasserij Jansen het noodzakelijk is dat deze vennootschap herleeft, maar dat geen van de in de wet geregelde gevallen voor herleving zich hier voordoen. Zonder herleving echter zal het voor Jansen niet mogelijk zijn alsnog een executoriale titel te verkrijgen en zich aldus te verhalen op het depotbedrag. Het hof lost dit (in r.o. 4.8) op door te overwegen dat het hier aan de orde zijnde geval aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen waarin toepassing van art. 2:23c BW mogelijk is. Het past volgens het hof "in het stelsel van de wet ook in een geval als hier aan de orde deze regeling toe te passen met het oog op het kunnen verkrijgen van Jansen (...) van een executoriale titel." Tegen deze achtergrond komt het hof tot de overweging dat er vooralsnog niet van kan worden uitgegaan dat het gelegde beslag nimmer een executoriaal karakter kan krijgen. Ten slotte bekrachtigt het

hof het vonnis van de voorzieningenrechter met dien verstande dat het bedrag van de notariële zekerheid aan Mulder Vastgoed zal worden uitgekeerd indien Jansen na verloop van drie jaren na het onherroepelijk worden van het bestreden vonnis geen executoriale titel tegen Wasserij Jansen heeft verkregen. Er is geen beroep in cassatie ingesteld.

5. Conclusie

Art. 700 lid 3 Rv bepaalt dat, tenzij op het tijdstip van het verlot reeds een eis in de hoofdzaak is ingesteld, het verlot voor het leggen van conservatoir beslag slechts wordt verleend onder de voorwaarde dat het instellen van een dergelijke eis binnen een door de voorzieningenrechter vast te stellen termijn moet worden ingesteld. Het doel hiervan is te voorkomen dat een conservatoir beslag uitzichtloos en chicanus wordt gelegd. Het voorschrift houdt verband met de veronderstelling dat het beslag uiteindelijk in executie zal uitmonden. In deze zaak wilden de rechters, mijns inziens terecht, in twee instanties niet tot opheffing overgaan. Wellicht dat daarbij van belang is geweest de rol die de heer Mulder heeft gespeeld. Enig bestuurder van Wasserij Jansen is Jan Mulder Concern Financieringsmaatschappij BV, waarvan de heer Mulder enig bestuurder is. Ook van de nieuwe eigenaar van het bedrijfspand, Mulder Vastgoed, is de heer Mulder indirect bestuurder via zijn eerdergenoemde vennootschap. Door de verkoop en levering aan Mulder Vastgoed via een akte verleden precies drie kwartier na inschrijving van het beslag, ruim een jaar later gevolgd door de faillietverklaring (op eigen aangifte), alsmede de betwisting door de heer Mulder als (indirect) bestuurder tijdens de verificatievergadering, had hij het na levering door hem van het pand aan een derde en depotstorting in zijn macht deze depotstorting weer terug te ontvangen. Op deze wijze lijkt hij geprobeerd te hebben het verhaal van Jansen (die tot 13 juli 1999 bestuurders van Wasserij Jansen waren) illusoir te maken. Overigens zou het beslag van Jansen in verband met het faillissement zijn vervallen indien het bedrijfspand in de boedel zou zijn aangetroffen op datum faillissement, waardoor Jansen in dat geval uiteraard in het geheel geen verhaal meer zou kunnen vinden voor haar vordering. Met de verruiming van de toepassing van art. 2:23c BW, indachtig Maeijer, heeft het hof

Jansen in deze zaak op een praktische wijze de helpende – en beschermende – hand geboden en dient eerst de geschorste procedure tegen Wasserij Jansen te worden voortgezet voordat duidelijk is wie gerechtigd is tot het depotbedrag. Hiermee heeft het hof een creatieve en rechtvaardige oplossing gevonden voor deze lastige rechtsvraag. Deze verruimde uitleg lijkt mij ook overeen te stemmen met de overweging van de Hoge Raad in zijn arrest van 11 oktober 1991 ten aanzien van het huidige art. 2:23c BW. In dit arrest heeft de Hoge Raad immers (in r.o. 3.3) overwogen dat de rechter aan wie toepassing van het (huidige) art. 2:23c BW wordt verzocht, met terughoudendheid behoort te toetsen of de door de verzoeker gestelde vordering en/of bate voldoende aanneemelijk is om toewijzing te rechtvaardigen. Afwijzing van een dergelijk verzoek kan immers onder omstandigheden tot gevolg hebben dat verzoeker de door hem gepretendeerde rechten niet meer daadwerkelijk geldend kan maken. Dat was nu juist ook het geval in de door het Hof Amsterdam beoordeelde zaak.

mr. M.R. van Zanten
advocaat bij CMS Derks Star Busmann NV
te Amsterdam