

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/77811>

Please be advised that this information was generated on 2019-02-23 and may be subject to change.

JOR 2009/213

Rechtbank Amsterdam

13 mei 2009, HA ZA 08-1567; HA ZA 08-2615; HA ZA 08-1099; LJN BI4291.

(Mr. Vrakking)

In de zaak met rolnr. HA ZA 08-1567:
Bald Handelonderneming BV te Leek,
eiseres,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,
tegen

1. mr. F.J.M. van Boekhold te Laren,
2. Jaya BV te laren,
3. CVG Vastgoed BV te Laren,
4. Luta BV te Laren,

gedaagden,
advocaat: mr. A. van Hees,
in de zaak met rolnr. HA ZA 08-2615:

Luta BV te Laren,
eiseres,
advocaat: mr. A. van Hees,
tegen

1. Bald Handelonderneming BV te Dongen,
 2. Art of Nature Leek BV te Leek,
 3. Postforming Leek BV te Leek,
 4. Postma Beheer BV te Leek,
- gedaagden,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,
en in de zaak met rolnr. HA ZA 08-1099:
Postma Beheer BV te Leek,
eiseres,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,
tegen

1. Luta BV te Laren,
 2. Jaya BV te Laren,
- gedaagden,
advocaat: mr. A. van Hees.
(...; red.)

Tekortkoming door stoppen met verplichte levering en hervatting daarvan afhankelijk stellen van voorwaarden, Geen aansprakelijkheid (indirecte) bestuurders voor deze tekortkoming, Verpande vordering door verrekening tenietgegaan, Derdenbeslag op vordering versterkt met een pandrecht, Derdenbeslaglegger gerechtigd aan beslagen vordering

verbonden voorrang van pandrecht in te roepen, Verwijzing naar HR 11 maart 2005, «JOR» 2005/131, m.nt. SCJJK

[BW Boek 6 - 83 onder c]

» Samenvatting

In de zaak met rolnr. HA ZA 08-1567: BPD meldt in haar brief van 7 januari 2008 aan BHO dat zij gestopt is met het (op zichzelf verplichte) leveren van goederen aan BHO en vervolgens stelt BPD de opheffing van deze leverstop afhankelijk van het door BHO al dan niet voldoen aan de daarin genoemde (niet op enige afspraak gebaseerde) voorwaarde, namelijk betaling door BHO van viermaal de gebruikelijke factuurwaarde aan BPD. Uit deze (uitdrukkelijke) mededeling van BPD dat zij gestopt is met leveren aan BHO, mocht BHO afleiden dat BPD in de nakoming van haar verbintenis zou tekortschieten. Nu zij vervolgens de hervatting van de levering uitsluitend afhankelijk stelt van het al dan niet door BHO voldoen aan de genoemde voorwaarde, is niet-nakoming en verzuim van de zijde van BPD zonder meer een gegeven (art. 6:83 onder c BW).

In de zaak met rolnr. HA ZA 08-2615: Luta vordert op grond van het ten behoeve van haar gevestigde pandrecht door BDP op onder meer alle bestaande en toekomstige vorderingen die rechtsreeks worden verkregen uit reeds bestaande rechtsverhoudingen, voldoening van de vorderingen die BPD zou hebben op BHO c.s. In de eerste plaats is het van belang vast te stellen of BPD in rechte (nog) een vordering heeft op BHO c.s. Uit de verklaringen ter comparitie van de boekhouders van zowel de Postma Groep als die van BDP/Luta maakt de rechtbank op dat de bestaande praktijk was dat de rekening-courantverhoudingen van zowel BHO als BPD op elkaar werden afgestemd. Ook in de verschillende e-mailberichten van de boekhouders wordt gesproken over

het onderling corrigeren van rekening-courantverhoudingen. Een en ander wordt tevens geïllustreerd door de uitleg van Postma ter comparitie waarin hij stelt dat een inkomende order – bij de ene vennootschap – direct werd afgeboekt bij BPD (de andere vennootschap). Hieruit kan worden afgeleid dat de saldi van de verschillende betrokken vennootschappen in de productiekring over en weer met elkaar in overeenstemming werden gebracht en dat dit aldus verrekeningen betrof. Een dergelijke praktijk is ook beslist niet ongebruikelijk bij (alle aanvankelijk tot één groep behorende) vennootschappen die in een doorlopende kring voortdurend zaken doen met elkaar. Vorengenoemde omstandigheden rechtvaardigen de conclusie dat het BHO c.s. was toegestaan om tot verrekening over te gaan. Nu niet is komen vast te staan dat BPD thans (nog) een vordering heeft op BHO c.s., dienen de vorderingen van Luta – nu deze zijn gestoeld op dit vermeende aan BPD toekomend recht – te worden afgewezen.

In de zaak met rolnr. HA ZA 08-1099: Postma Beheer stelt zich op het standpunt dat zij primair als pandhouder en subsidiair als beslaglegger gerechtigd is zich te verhalen op hetgeen de curator van BDP dient uit te keren aan Luta. Vaststaat dat BDP krachtens de overeenkomst van geldlening, waaraan een pandrecht is gekoppeld, een bedrag van € 520.000 aan Luta verschuldigd is en dat deze vordering door het faillissement van BPD op 5 februari 2008 direct opeisbaar is geworden. De opeisbare vordering van Luta op BPD is door het derdenbeslag van Postma Beheer getroffen. In zijn arrest van 11 maart 2005 («JOR» 2005/131, m.nt. SCJJK (Boerenleenbank/Stormpolder)) heeft de Hoge Raad reeds beslist dat de derdenbeslaglegger wiens beslag een vordering onder hypothecair verband heeft getroffen, profiteert van de aan de beslagen vordering verbonden hypothecaire voorrang boven andere schuldeisers die verhaal zoeken op het hypothecair

verbonden registergoed. In de literatuur is betoogd dat bovenstaande opvatting evenzeer te gelden heeft indien het derdenbeslag een vordering treft waaraan een pandrecht is verbonden. De rechtbank deelt deze opvatting. De derdenbeslaglegger verhaalt zich niet door incassering van een eigen vordering, maar door inning van de vordering van de beslagdebiteur. Dit heeft tot gevolg dat hij van de aan die vordering verbonden zekerheidsrechten als pand en hypotheek gebruik kan maken. Een andere opvatting zou, zo overwoog ook de Hoge Raad in genoemd arrest, aan het derdenbeslag het niet te rechtvaardigen effect verlenen dat de overige schuldeisers van de derdenbeslagene bij de verdeling van de opbrengst van de goederen waar het pandrecht betrekking op heeft, door dat beslag worden bevoordeeld, terwijl diegene ten laste van wie dat beslag is gelegd, gedupeerd wordt door het verval van de aan de beslagen vordering verbonden voorrang. Dit leidt tot de conclusie dat Postma Beheer als derdenbeslaglegger gerechtigd is de aan de beslagen vordering verbonden voorrang van het pandrecht in te roepen.

» Uitspraak

2. De feiten in de drie gevoegde zaken

2.1. Dhr. L.F. Postma (hierna: Postma) staat als enig bestuurder van Postma Beheer bovenaan de Postma Groep, waaronder de vennootschappen Bald Group B.V. (hierna: Bald Group), Bald Vastgoed B.V. (hierna: Bald Vastgoed), Postforming Leek, Hakom Nederland B.V. (hierna: Hakom Nederland), Art of Nature en BHO vallen.

2.2. Bald B.V., een vennootschap die tevens behoorde tot de Postma Groep, is failliet verklaard op 1 augustus 2006. De failliete vennootschap is vervolgens

doorgestart en ingebracht in Bald Productie Dongen B.V. (hierna: BPD), waarvan Luta enig aandeelhouder en bestuurder is. Dhr. R.J. de Rijk (hierna: De Rijk), een voormalig werknemer van de Postma Groep, werd op 1 augustus 2006 enig aandeelhouder en bestuurder van Luta.

2.3. De Postma Groep houdt zich hoofdzakelijk bezig met de fabricage en verkoop van (aanrecht)bladen en (onderdelen van) meubels voor de keuken- en meubelindustrie.

Zij levert halffabricaten en materialen aan BPD. BPD draagt zorg voor (af)montage van deze producten en levert deze weer door aan BHO. BHO zorgt vervolgens voor verkoop aan en distributie naar de klant.

2.4. Bij akte van 13 augustus 2006 heeft Luta ten behoeve van Postma Beheer een pandrecht gevestigd op haar voorraden, alsmede op alle ten tijde van de datum van ondertekening van de akte bestaande vorderingen en alle toekomstige vorderingen die rechtstreeks worden verkregen uit op de datum van ondertekening van de akte reeds bestaande rechtsverhoudingen. Dit pandrecht strekt tot zekerheid van hetgeen Postma Beheer van Luta te vorderen heeft uit hoofde van een door Postma Beheer aan Luta verstrekte geldlening van € 520.000,=.

2.5. Bij akte van 15 augustus 2006 heeft BPD ten behoeve van Luta een pandrecht gevestigd op haar voorraden, alsmede op alle ten tijde van de datum van ondertekening van de akte bestaande vorderingen en alle toekomstige vorderingen die rechtstreeks worden verkregen uit op de datum van ondertekening van de akte reeds bestaande rechtsverhoudingen. Dit pandrecht strekt tot zekerheid van hetgeen Luta van BPD te vorderen heeft uit hoofde van een toen door Luta aan BPD verstrekte geldlening van ter grootte van € 520.000,=.

2.6. Op 16 augustus 2006 is de vordering van Postma Beheer op Luta met betrekking tot de aan haar verstrekte geldlening gecedeerd aan I. Reiter, die Luta gesommeerd heeft tot betaling over te gaan. Vervolgens is deze vordering teruggecedeerd aan Postma Beheer.

2.7. Op 17 augustus 2006 hebben Postma Beheer en Luta een overeenkomst gesloten, waarbij Luta onder meer bedrijfsinventaris huurde van Postma Beheer tegen betaling van € 3.750,= (exclusief btw) per maand.

2.8. Op 4 september 2006 hebben Postma Beheer en Luta een overeenkomst gesloten, inhoudende – kort gezegd – de verlening van een (terug)kooprecht op de aandelen in (onder meer) BPD. De voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft bij vonnis in kort geding van 22 november 2007 de door Postma Beheer gevraagde voorzieningen, inhoudende – kort gezegd – Luta te veroordelen tot overdracht van de aandelen BPD aan haar, afgewezen en overwoog daartoe onder meer:

“Uit artikel 2 van die overeenkomst blijkt dat voor de uitoefening van het kooprecht door Postma een vastomlijnd, schriftelijk uitgewerkt management buy-out plan is vereist, waarin de rollen van De Rijk, Mulder en Postma jr. zijn aangegeven. De brief van 1 maart 2007 van O & C Consultancy, waarvan Postma Beheer heeft gesteld dat deze een dergelijk plan bevat, is hiertoe onvoldoende. (...) Aan de voorwaarde uit artikel 2 van de overeenkomst is dan ook niet voldaan. Afgezien daarvan is sprake van een zodanig ingewikkelde en verweven financiële achtergrond tussen partijen, waarbij Luta allerlei verplichtingen is aangegaan, dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor nakoming. Bovendien zijn ook de persoonlijke omstandigheden waaronder de overeenkomst is tot stand gekomen ingewikkeld, nu Luta wordt bestuurd door de ex-werknemer van

Postma Beheer, althans van een onder haar ressorterende B.V., en ook een zoon van Postma sr. bij het complex van transacties is betrokken. Naar dit alles is verder onderzoek nodig, waarvoor dit kort geding zich niet leent.”

2.9. Bij e-mailbericht van 17 oktober 2007 heeft De Rijk aan Postma geschreven dat in opdracht van Postma betalingen zijn verricht aan crediteuren van BPD. De Rijk geeft aan dat hij met deze betalingen niet akkoord gaat en sommeert Postma deze betalingen te stoppen. Op 30 oktober 2007 heeft De Rijk een brief met inhoud van gelijke strekking verzonden aan Control Finance, via welke onderneming dhr. E. Jansen als boekhouder gedetacheerd is bij Postforming Leek.

2.10. Op 24 december 2007 is CVG Vastgoed (destijds CPM Beheer B.V. genaamd) enig aandeelhouder en bestuurder geworden van Luta. Van CVG Vastgoed is Jaya enig aandeelhouder en bestuurder, van welke laatstgenoemde Van Boekhold weer enig aandeelhouder en bestuurder is.

2.11. Bij faxbericht van 25 december 2007 heeft Van Boekhold (namens zijn vennootschappen Luta, Jaya en het toenmalige CPM Beheer B.V.) aan Postma (namens BHO) medegedeeld dat de vorderingen van BPD aan Van Boekhold c.s. zijn verpand en dat blijkens de administratie van BPD BHO een bedrag van € 1.270.000,= aan haar verschuldigd is.

2.12. Bij akte, gedateerd 2 januari 2008, hebben Postma Beheer, Bald Vastgoed, Bald Group, Hakom Nederland en Postforming Leek hun vorderingen op BPD aan BHO gecedeerd, dat wil zeggen die gedeeltes van hun vorderingen die resteren na verrekening van hetgeen zij ieder rechtstreeks aan BPD verschuldigd zijn, hetgeen neerkomt op een totale vordering van BHO op BPD van € 1.135.987,93.

2.13. Bij brief van 7 januari 2008 heeft Van Boekhold (namens BPD) aan BHO geschreven:

“Met ingang van heden geldt een leverstop van de door ons ten behoeve van u geproduceerde goederen welke wij uitsluitend zullen opheffen indien u de factuurwaarde van de goederen welke wij aan u zouden leveren met de factor 4 vermenigvuldigd aan ons heeft betaald (...).”

2.14. Bij brief van 8 januari 2008 heeft Postma (namens Postma Beheer) aan Van Boekhold (namens BPD) geschreven dat BPD van BHO een bedrag te vorderen heeft van € 1.147.671,= en dat de Postma Groep nog van BPD een bedrag te vorderen heeft van € 1.113.951,41. Voorts heeft Postma in deze brief aan Van Boekhold geschreven:

“Deze vorderingen werden tot heden altijd in onderling overleg met elkaar verrekend c.q. voldaan.”

2.15. Bij brieven van 9 januari 2008 heeft (de raadsman van) de Postma Groep aan BPD, Luta en Van Boekhold bericht dat BPD in verzuim verkeert en dat namens BHO de overeenkomsten met BPD worden ontbonden. Bij brief van tevens 9 januari 2008 heeft (de raadsman van) Postma Beheer Luta gesommeerd tot betaling van € 17.850,= in verband met achterstallige huurpenningen met betrekking tot de verhuur van inventaris.

2.16. Bij vonnis van 29 januari 2008 van de rechtbank Breda is de faillissementsaanvraag door BPD voor BHO afgewezen.

2.17. Bij vonnis van 5 februari 2008 van de rechtbank Breda is BPD in staat van faillissement verklaard, waarbij tot curator is benoemd mr. P.E. Butterman (hierna: de curator).

2.18. Bij brief van 6 februari 2008 heeft (de raadsman van) Postma Beheer de huurovereenkomst met Luta inhoudende de verhuur van inventaris ontbonden.

2.19. Bij brief van 15 februari 2008 heeft Postma Beheer Luta in gebreke gesteld ten aanzien van de terugbetaling van de geldlening en tevens aanspraak gemaakt op het restant hiervan.

2.20. Op 7 maart 2008 heeft Postma Beheer ten laste van Luta onder de curator van BPD conservatoir derdenbeslag doen leggen.

2.21. Op 27 maart 2008 hebben de curator en Postma Beheer (en alle andere rechtspersonen waarin Postma (in)direct zeggenschap heeft) enerzijds en de curator en Jaya en Luta (en alle andere vennootschappen waarin Van Boekhold (in)direct zeggenschap heeft) anderzijds overeenkomsten gesloten onder voorbehoud van goedkeuring van deze overeenkomsten door de rechter-commissaris. In deze overeenkomsten hebben alle partijen ingestemd met vaststelling van de vordering van Luta op BPD van € 460.000,=.

Tevens hebben alle partijen ingestemd met uitoefening door Luta van een aan haar toekomend eerste pandrecht op de voorraden, vorderingen en inventaris van BPD.

3. De geschillen

In de zaak 399542/HA ZA 08-1567

3.1. Na wijziging van eis bij akte vordert BHO bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, Van Boekhold c.s. hoofdelijk te veroordelen des dat als de één betaalt de ander zal zijn bevrijd:

1. om haar tegen kwijting te betalen een bedrag van € 296.502,16, alsmede een bedrag aan schadevergoeding ter zake van

de door haar gederfde winst, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

2. te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

3. met veroordeling van Van Boekhold c.s. in de kosten van deze procedure, die van de gelegde beslagen daaronder begrepen.

3.2. Van Boekhold c.s. voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

In de zaak 408048/HA ZA 08-2615

3.3. Na wijziging van eis bij akte vordert Luta bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

Primair

1. BHO te veroordelen tot betaling aan Luta tegen behoorlijk bewijs van kwijting van € 987.793,44, te vermeerderen met de wettelijke handelsvertragsrente vanaf de datum van het uitbrengen van de dagvaarding;

2. Art of Nature te veroordelen tot betaling aan Luta tegen behoorlijk bewijs van kwijting van € 40.000,=, te vermeerderen met wettelijke handelsvertragsrente vanaf de datum van het uitbrengen van de dagvaarding;

3. Postforming Leek te veroordelen tot betaling aan Luta tegen behoorlijk bewijs van kwijting van € 14.000,=, te vermeerderen met wettelijke handelsvertragsrente vanaf de datum van het uitbrengen van de dagvaarding;

4. Postma Beheer te veroordelen tot betaling aan Luta tegen behoorlijk bewijs van kwijting van € 238.000,=, te vermeerderen met de wettelijke

handelsvertragsrente vanaf de datum van het uitbrengen van de dagvaarding;

Subsidiair:

1. BHO te veroordelen tot betaling op rekeningnummer 67.98.01.669 t.n.v. mr. P.E. Butterman q.q. inzake Bald tegen behoorlijk bewijs van kwijting van € 987.793,44, te vermeerderen met de wettelijke handelsvertragsrente vanaf de datum van het uitbrengen van de dagvaarding;

2. Art of Nature te veroordelen tot betaling op rekeningnummer 67.98.01.669 t.n.v. mr. P.E. Butterman q.q. inzake Bald tegen behoorlijk bewijs van kwijting van € 40.000,= te vermeerderen met wettelijke handelsvertragsrente vanaf de datum van het uitbrengen van de dagvaarding;

3. Postforming Leek te veroordelen tot betaling op rekeningnummer 67.98.01.669 t.n.v. mr. P.E. Butterman q.q. inzake Bald tegen behoorlijk bewijs van kwijting van € 14.000,=, te vermeerderen met wettelijke handelsvertragsrente vanaf de datum van het uitbrengen van de dagvaarding;

4. Postma Beheer te veroordelen tot betaling op rekeningnummer 67.98.01.669 t.n.v. mr. P.E. Butterman q.q. inzake Bald tegen behoorlijk bewijs van kwijting van € 238.000,=, te vermeerderen met wettelijke handelsvertragsrente vanaf de datum van het uitbrengen van de dagvaarding;

In alle gevallen (primair en subsidiair):

5. Gedaagden hoofdelijk te veroordelen tot hetgeen verschuldigd is, des dat als de een voldaan heeft de ander gekweten zal zijn, dan wel Postma Beheer hoofdelijk te veroordelen tot hetgeen Art of Nature en BHO uit hoofde van het vonnis verschuldigd zullen zijn, des dat als de een voldaan heeft de ander gekweten zal zijn;

6. In alle gevallen BHO c.s., zo mogelijk hoofdelijk, te veroordelen in de kosten van deze procedure, die van alle gelegde beslagen daaronder begrepen.

3.4. BHO c.s. voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

In de zaak 395472/HA ZA 08-1099

3.5. Postma Beheer vordert om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Ten aanzien van Luta:

I. haar te veroordelen tot betaling van de hoofdsom ad € 683.794,85, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf de dag der dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;

II. te bepalen dat Luta zal dienen te gehengen en gedogen dat Postma Beheer het aan haar toekomende pandrecht middels het aan Luta toekomende pandrecht kan uitoefenen jegens de curator van het in staat van faillissement verklaarde BPD, althans te bepalen dat Luta zal dienen te gehengen en gedogen dat Postma Beheer in haar hoedanigheid van beslaglegger gerechtigd is de rechten uit te oefenen voortvloeiende uit het aan Luta toekomende pandrecht en op voorraden en debiteuren vorderingen jegens de curator van het in staat van faillissement verklaarde BPD;

III. te verklaren voor recht dat de tussen Postma Beheer en Luta gesloten huurovereenkomst rechtsgeldig ontbonden is;

IV. met veroordeling van Luta in de kosten van dit geding, waaronder de kosten van de beslaglegging;

Ten aanzien van Jaya:

I. voor recht te verklaren dat de rechtshandeling waarbij de op 12 december 2007 door BPD aan Jaya in pand gegeven vermogensrechten bij schrijven van 3 maart 2008 door Postma Beheer is vernietigd, althans deze verpanding als nietig te verklaren, althans deze verpanding thans te vernietigen;

II. met veroordeling van Jaya in de kosten van dit geding, waaronder de kosten van de beslaglegging.

3.6. Luta c.s. voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

In de zaak 399542/HA ZA 08-1567

4.1. BHO stelt dat BPD toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen, nu BPD de overeengekomen levering van goederen aan BHO heeft stopgezet. Van Boekhold c.s. betwist dat sprake is van wanprestatie en dat buitengerechtelijke ontbinding heeft plaatsgevonden, nu BPD nimmer in verzuim is geraakt.

4.2. De rechtbank overweegt hieromtrent het navolgende. BPD meldt in haar brief van 7 januari 2008 aan BHO dat zij gestopt is met het (op zichzelf verplichte) leveren van goederen aan BHO en vervolgens stelt BPD de opheffing van deze leverstop afhankelijk van het door BHO al dan niet voldoen aan de daarin genoemde (niet op enige afspraak gebaseerde) voorwaarde, namelijk betaling door BHO van viermaal de gebruikelijke factuurwaarde aan BPD. Uit deze (uitdrukkelijke) mededeling van BPD dat zij gestopt is met leveren aan BHO, mocht BHO afleiden dat BPD in de nakoming van haar verbintenis zou tekortschieten. Nu zij vervolgens de hervatting van de levering uitsluitend afhankelijk stelt van het al dan niet door BHO voldoen aan de genoemde

voorwaarde is niet-nakoming en verzuim van de zijde van BPD zonder meer een gegeven (artikel 6:83 onder c BW).

4.3. Dit verzuim van BPD gaf aan BHO het recht om de overeenkomst te ontbinden (artikel 6:265 lid 2 BW), hetgeen zij heeft gedaan bij brief van 9 januari 2008.

4.4. De rechtbank volgt niet de opvatting van Van Boekhold c.s. dat BHO reeds in schuldeisersverzuim verkeerde, omdat betaling door haar achterwege bleef na de openbaarmaking van het door BPD ten behoeve van Luta gevestigde pandrecht en de daaropvolgende sommatie. Hierbij is het volgende van belang.

Van Boekhold c.s. stelt dat hij het pandrecht op 25 december 2007 openbaar heeft gemaakt, middels het zenden van faxberichten op die dag naar drie adressen en biedt van deze stelling uitdrukkelijk bewijs aan. BHO betwist niet de verzending van de faxberichten op genoemde datum, maar stelt dat de mededeling haar pas na haar vakantie, op 7 januari 2008, heeft bereikt. Een dergelijke mededeling heeft pas werking, wanneer zij de schuldenaar heeft bereikt. Enkel de verzending van faxberichten maakt nog niet dat deze faxberichten de schuldenaar (op die dag) daadwerkelijk bereiken en de daarin vermelde mededeling vervolgens van kracht wordt.

4.5. Anders dan Van Boekhold c.s. leidt de rechtbank uit de beide transcripties van het telefoongesprek dat tussen Van Boekhold en Postma omstreeks de jaarwisseling 2007/2008 is gevoerd, niet af dat bij Postma reeds bekendheid bestond met de openbaarmaking van het pandrecht en de daaropvolgende sommatie. Uit de bewoordingen van Postma leidt de rechtbank veeleer af dat Postma het eerste weekeinde van 2008 terug zou keren van zijn vakantie, zodat de stelling dat het vermeende faxbericht pas op 7 januari

2008, de eerste werkdag in het nieuwe jaar (2008), is gelezen, aannemelijk voorkomt.

4.6. De rechtbank zal aan het bewijsaanbod van Van Boekhold c.s. voorbij gaan, nu Van Boekhold c.s. heeft nagelaten zijn stelling nader te onderbouwen met voor bewijs vatbare feiten en omstandigheden die, indien bewezen, zouden kunnen bijdragen tot het aannemen van de juistheid van zijn standpunt dat op 25 december 2007 (eerste kerstdag) de mededeling BHO heeft bereikt en het pandrecht openbaar is gemaakt.

4.7. BHO stelt dat gedaagden (Van Boekhold, Jaya, CVG Vastgoed en Luta) in hun hoedanigheid van (in)direct bestuurder aansprakelijk zijn voor de wanprestatie van BPD.

Deze stelling gaat niet op. De enkele stelling van BHO dat zij de verwachting heeft dat BPD in verband met haar faillissement onvoldoende verhaal zal bieden voor de geleden en nog te lijden schade, is onvoldoende om aansprakelijkheid van de (in)direct bestuurders aan te nemen. Voor aansprakelijkheid van bestuurders geldt dat deze bestuurders een ernstig persoonlijk verwijt van het onrechtmatig handelen van de door hen bestuurde rechtspersoon moet kunnen worden gemaakt. De rechtbank is van oordeel dat BHO hieromtrent onvoldoende heeft gesteld.

4.8. Ten slotte heeft BHO nog gesteld dat zij tevens schade heeft geleden door dreigementen en de aanvraag van haar faillissement door (een aantal van) gedaagden. Hieromtrent heeft BHO opnieuw onvoldoende gesteld en voorts heeft zij ook geen enkel causaal verband aangetoond tussen de vermeende door (de betrokken) gedaagden gepleegde handelingen en de gestelde schade.

4.9. Samenvattend brengt vorenstaande mee dat de rechtbank van oordeel is dat

weliswaar BPD toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verbintenissen jegens BHO, maar dat daarmee niet is komen vast te staan dat gedaagden aansprakelijk zijn voor deze wanprestatie van BPD. Gedaagden zijn ook op de tweede gestelde grond niet aansprakelijk jegens BHO.

Vorenstaande brengt mee dat de vorderingen zoals BHO die heeft ingesteld tegen gedaagden Van Boekhold c.s. zullen worden afgewezen.

4.10. BHO zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

In de zaak 408048/HA ZA 08-2615

4.11. Luta vordert in deze procedure op grond van het ten behoeve van haar gevestigde pandrecht door BPD op onder meer alle bestaande en toekomstige vorderingen die rechtstreeks worden verkregen uit reeds bestaande rechtsverhoudingen, voldoening van de vorderingen die BPD zou hebben op BHO c.s.

4.12. In de eerste plaats is van belang vast te stellen of BPD in rechte (nog) een vordering heeft op BHO c.s. Hiertoe wordt het volgende overwogen.

Vaststaat dat BHO op 31 december 2007 ten behoeve van BPD betalingen heeft gedaan aan crediteuren van BPD en dat deze crediteuren allen vennootschappen betreffen die onder de Postma Groep vallen, te weten Postma Beheer, Postforming Leek, Hakom Nederland en Bald Vastgoed. BHO stelt dat zij deze betalingen aan crediteuren van BPD (met subrogatie als gevolg) mocht verrekenen met hetgeen BPD van haar te vorderen had.

Voorts heeft BHO bij brief van 8 januari 2008 erkend – na de betalingen op 31 december 2007 – nog € 1.147.671,= aan

BPD schuldig te zijn. Verder stelt BHO in deze brief dat BPD aan de Postma Groep nog verschuldigd is een bedrag van € 1.113.951,41. Ook ter zake van deze bedragen doet BHO een beroep op verrekening.

4.13. Uit de verklaringen ter comparitie van de boekhouders van zowel de Postma Groep als die van BPD/Luta, maakt de rechtbank op dat de bestaande praktijk was dat de rekening-courantverhoudingen van zowel BHO als BPD op elkaar werden afgestemd. Ook in de verschillende e-mailberichten van de boekhouders wordt gesproken over het onderling corrigeren van rekening-courantverhoudingen. Een en ander wordt tevens geïllustreerd door de uitleg van Postma ter comparitie waarin hij stelt dat een inkomende order – bij de ene vennootschap – direct werd afgeboekt bij BPD (de andere vennootschap). Hieruit kan naar het oordeel van de rechtbank worden afgeleid dat de saldi van de verschillende betrokken vennootschappen in de productiekring over en weer met elkaar in overeenstemming werden gebracht en dat dit aldus verrekeningen betrof. Een dergelijke praktijk is ook beslist niet ongebruikelijk bij (alle aanvankelijk tot één groep behorende) vennootschappen die in een doorlopende kring voortdurend zaken doen met elkaar.

4.14. De verscheidene vennootschappen hebben door de productie- en betalingsstroom binnen de kring (Postma Beheer – BPD – BHO) een zekere mate van afhankelijkheid ten opzichte van elkaar gecreëerd. Had Postma Beheer in het najaar van 2006 nog de verwachting dat zij de zeggenschap in BPD (de vennootschap die was opgericht om de doorstart van haar eigen failliete productievennootschap te faciliteren) zou kunnen verkrijgen, na het vonnis in kort geding eind 2007 werd duidelijk dat de koopoptie als overeengekomen in het contract tussen Postma Beheer en Luta (destijds nog

bestuurd door De Rijk), niet zonder meer kon worden ingeroepen.

Kort daarna verscheen er een nieuwe speler op de markt; Van Boekhold trad aan als indirect aandeelhouder en bestuurder van BPD. De afstand tussen BPD en (de vennootschappen uit) de Postma Groep nam toe. Van Boekhold heeft Postma Beheer nog een aanbod gedaan om de aandelen in BPD over te nemen, maar dit heeft niet tot overname van de aandelen door Postma geleid. BPD zat als het ware klem tussen de vennootschappen uit de Postma Groep, zij het dat Van Boekhold welbewust voor deze situatie heeft gekozen, door als individualist in de kring met Postma vennootschappen te stappen. De verhoudingen tussen partijen verslechterden. De gebruikelijke manier van zaken doen (en de bijbehorende afhankelijkheid) bleek niet langer mogelijk. Partijen wensten niet langer op de gebruikelijke basis, maar veeleer op afstandelijke en zakelijke manier met elkaar af te rekenen. De ene Postma Groep-vennootschap verrichtte betalingen aan andere vennootschappen binnen de Postma Groep (en sloeg als het ware BPD over), met als gevolg dat de betalingsstroom binnen de kring bleef doorlopen. Hieruit kan ook het belang van Postma bij het doen van dergelijke betalingen worden afgeleid, nu het varen van een andere koers door een enkele vennootschap een directe bedreiging vormde voor het voortbestaan van haar vennootschappen.

4.15. Zo blijft BPD – die tot op heden (indirect) wordt bestuurd door Van Boekhold, maar thans in staat van faillissement verkeert – een voor Postma belangrijke schakel in de kring van vennootschappen. Tegelijkertijd staat de onderlinge (persoonlijke) strijd tussen Van Boekhold en Postma de noodzakelijke samenwerking in de weg. Aldus zijn partijen in een impasse geraakt en zijn zij – ondanks inspanningen van hun raadslieden en de curator – niet in staat gebleken om tot

een ontvlechting te komen van de samenwerking zoals die tot op heden is vastgelegd in de structuur van de diverse vennootschappen.

4.16. In het licht van de bovengenoemde feiten en omstandigheden dienen dan ook de ingestelde vorderingen worden beoordeeld. De rechtbank is van oordeel dat bovengenoemde feiten en omstandigheden de conclusie rechtvaardigen dat het BHO c.s. was toegestaan om tot verrekening over te gaan. De twee e-mailberichten waarin De Rijk – die op dat moment nog indirect enig aandeelhouder en bestuurder was van BPD – bezwaar maakt tegen de betalingen door BHO voor BPD, maken dit niet anders.

Nu niet is komen vast te staan dat BPD thans (nog) een vordering heeft op BHO c.s., dienen de vorderingen van Luta – nu deze zijn gestoeld op dit vermeende aan BPD toekomend recht – te worden afgewezen.

4.17. Luta zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

In de zaak 395472/HA ZA 08-1099

De vorderingen tegen Luta

Vordering I (betaling van € 683.794,85)

4.18. Postma Beheer vordert van Luta betaling van een bedrag dat is samengesteld uit:

€ 21.241,50 (achterstand huurpenningen),
€ 498.333,35 (restant uit de overeenkomst van geldlening) en € 164.220,= (factuur voorraad transacties/verleende diensten door Postma Beheer voor Luta).

4.19. Het primaire verweer van Luta ten aanzien van de gevorderde huurpenningen

en het restant uit de overeenkomst van geldlening komt er op neer dat betaling in beide gevallen niet (meer) van haar kan worden gevergd. Enerzijds omdat BPD als eigenlijke wederpartij bij deze overeenkomsten moet worden aangemerkt en anderzijds omdat Postma Beheer jegens Luta onrechtmatig zou hebben gehandeld.

4.20. Met betrekking tot de stelling van Luta dat BPD (en niet Luta) de eigenlijke wederpartij is met betrekking tot de huurovereenkomst en de overeenkomst tot geldlening, overweegt de rechtbank dat Luta in beide gevallen optrad als contractant jegens Postma Beheer. Luta heeft ook erkend dat zij heeft afgelost op de geldlening aan Postma Beheer. Dat Luta er vervolgens voor koos om het geld (door) te lenen en de bedrijfsinventaris (door) te verhuren aan BPD, doet geen afbreuk aan de eigen verplichtingen die Luta is aangegaan jegens Postma Beheer uit hoofde van beide overeenkomsten. Deze opvatting van Luta wordt dus niet gedeeld.

4.21. Met betrekking tot de stelling van Luta dat Postma Beheer jegens Luta onrechtmatig zou hebben gehandeld voert laatstgenoemde aan dat Postma Beheer haar zorgplicht heeft geschonden doordat zij heeft nagelaten in te grijpen bij BHO, nu deze naliet BPD te betalen, maar wel tot betaling aan crediteuren van BPD overging. Zoals reeds volgt uit rechtsoverwegingen 4.13-4.16 is de rechtbank van oordeel dat BHO c.s. gerechtigd was om tot verrekening over te gaan, zodat de stelling van Luta dat Postma Beheer haar zorgplicht heeft geschonden door niet in te grijpen bij BHO, thans geen nadere bespreking behoeft.

4.22. Het primaire verweer van Luta dat betaling van haar niet (meer) kan worden gevergd, faalt derhalve. Luta heeft nog opgemerkt dat met betrekking tot de huurovereenkomst één maand teveel huur is berekend. Nu partijen in de huurovereenkomst hebben vastgelegd dat

de huurprijs telkens vooraf zou worden voldaan en Postma Beheer bij brief van 6 februari 2008 heeft aangegeven de huurovereenkomst te ontbinden, ligt het in de rede dat Luta over die maand nog huur verschuldigd is aan Postma Beheer.

4.23. Nu de hoogte van de door Postma Beheer gevorderde bedragen voor het overige niet door Luta worden betwist, zal de vordering die ziet op de achterstand van de huurpenningen en het restant uit de overeenkomst van geldlening worden toegewezen.

4.24. Ten slotte vordert Postma Beheer betaling van een factuur. Postma Beheer heeft een aan Luta (ter attentie van De Rijk) gericht 'Rapport van bevindingen' overgelegd, dat is opgemaakt door PricewaterhouseCoopers (hierna: PWC). In dit rapport stelt PWC vast dat uit de voorraadtransactie tussen Luta en Postma Beheer inzake BPD nog een verplichting resteert aan Postma Beheer van € 138.000,= (= inclusief btw € 164.220,=), die niet in de beginbalans (van Luta) is verwerkt. Nu Luta heeft aangegeven dat de factuur "haar bekend is", maar de factuur hoofdzakelijk wegens onvoldoende bepaaldheid heeft betwist en Postma Beheer vervolgens voldoende inzichtelijk heeft gemaakt waar deze factuur precies betrekking op heeft, ligt ook dit deel van de vordering voor toewijzing gereed.

Vordering II (pandhouder/beslaglegger)

4.25. Postma Beheer stelt zich op het standpunt dat zij primair als pandhouder en subsidiair als beslaglegger gerechtigd is zich te verhalen op hetgeen de curator van BPD dient uit te keren aan Luta. Dit wordt door Luta gemotiveerd betwist.

4.26. De vraag die eerst ter beoordeling voorligt, is de vraag of het ten behoeve van Postma Beheer door Luta gevestigde pandrecht mede omvat de vordering

(inclusief pandrecht) die Luta stelt te hebben op BPD. Het volgende is hierbij van belang.

Uit de op het laatste blad van de pandakte vermelde datum volgt dat de pandakte op 13 augustus 2006 is ondertekend door Postma Beheer en Luta. Deze pandakte bepaalt – onder meer – dat Luta als pandgever aan Postma Beheer die vorderingen verpandt die ten tijde van ondertekening reeds bestonden of die Luta nog zou verkrijgen uit ten tijde van de ondertekening van de pandakte bestaande rechtsverhoudingen.

4.27. Gesteld noch gebleken is dat Luta op 13 augustus 2006 een vordering had op BPD. Evenmin was er op die datum sprake van een reeds bestaande rechtsverhouding tussen Luta en BPD waaruit de vordering zou worden verkregen. Vaststaat immers dat eerst op 15 augustus 2006 (derhalve twee dagen na vestiging van het pandrecht door Luta ten behoeve van Postma Beheer) een overeenkomst tot geldlening tot stand is gekomen tussen Luta en BPD.

4.28. Postma Beheer stelt dat tussen haar en Luta vaststond dat het door Postma Beheer aan Luta verstrekte geldbedrag door Luta zou worden doorgeleend aan BPD en dat uit de administratie blijkt dat het door Luta geleende bedrag direct ten gunste kwam van BPD. Tegenover de voldoende gemotiveerde betwisting door Luta van deze stelling heeft Postma Beheer haar stelling niet nader onderbouwd en evenmin stukken overgelegd waaruit zulks zou kunnen blijken. Nu Postma Beheer aldus, ondanks dat dit wel op haar weg had gelegen, heeft verzuimd haar stelling nader toe te lichten en te onderbouwen gaat deze stelling van Postma, reeds bij gebrek aan voldoende feitelijke onderbouwing niet op.

4.29. Uit het voorgaande blijkt dat niet is komen vast te staan dat Luta op 13 augustus 2006 een vordering had op BPD danwel dat op die datum sprake was

van een reeds bestaande rechtsverhouding tussen deze vennootschappen op grond waarvan een toekomstige vordering (alsnog) onder het pandrecht zou komen te vallen. Dit leidt tot de conclusie dat de primaire stelling van Postma Beheer niet opgaat.

4.30. Vervolgens zal worden bekeken of de subsidiaire stelling van Postma Beheer doel treft. Hiervoor is onder meer van belang de vaststelling dat BPD op 5 februari 2008 in staat van faillissement is verklaard, terwijl Postma Beheer op 7 maart 2008 ten laste van Luta onder de curator van BPD conservatoir derdenbeslag heeft doen leggen.

De rechtbank volgt niet de stelling van Luta dat dit door Postma Beheer onder de curator gelegde beslag is komen te vervallen ingevolge de overeenkomsten van 27 maart 2008, die zijn gesloten tussen de curator, Postma (en zijn vennootschappen) en Van Boekhold (en zijn vennootschappen). Uit de overeenkomsten blijkt juist dat nog niet is uitgemaakt wie gerechtigd is het aan Luta toekomende (eerste) pandrecht op de voorraad en vorderingen van BPD uit te oefenen. Evenmin kan uit de overeenkomsten worden afgeleid dat Postma Beheer heeft ingestemd met het verval van beslag of de opheffing hiervan. Postma Beheer heeft dit ter comparitie nog eens expliciet ontkend.

4.31. Vaststaat dat BPD krachtens de overeenkomst van geldlening, waaraan een pandrecht is gekoppeld, een bedrag van € 520.000,= aan Luta verschuldigd is en dat deze vordering door het faillissement van BPD op 5 februari 2008 direct opeisbaar is geworden (artikel 5.1 van de overeenkomst van geldlening). Tevens staat vast dat Postma (en zijn vennootschappen) en Van Boekhold (en zijn vennootschappen) met de curator op 27 maart 2008 evenwel zijn overeengekomen dat de vordering van Luta op BPD is vastgesteld op € 460.000,=, dat

deze vordering niet verder zal oplopen en dat Luta een eerste pandrecht heeft op (bepaalde activa van) BPD. Naar het oordeel van de rechtbank is de opeisbare vordering van Luta op BPD – die met instemming van Postma is vastgesteld op een lager bedrag – onder het derdenbeslag van Postma Beheer getroffen.

4.32. In zijn arrest van 11 maart 2005 (NJ 2006,362 («JOR» 2005/131, m.nt. SCJJK (*Boerenleenbank/Stormpolder*); *red.*)) heeft de Hoge Raad reeds beslist dat de derdenbeslaglegger wiens beslag een vordering onder hypothecair verband heeft getroffen, profiteert van de aan de beslagen vordering verbonden hypothecaire voorrang boven andere schuldeisers die verhaal zoeken op het hypothecair verbonden registergoed.

In de literatuur is betoogd dat bovenstaande opvatting evenzeer te gelden heeft indien het derdenbeslag een vordering treft waaraan een pandrecht is verbonden. De rechtbank deelt deze opvatting. De derdenbeslaglegger verhaalt zich niet door incassering van een eigen vordering, maar door inning van de vordering van de beslagdebiteur. Dit heeft tot gevolg dat hij van de aan die vordering verbonden zekerheidsrechten als pand en hypotheek gebruik kan maken. Een andere opvatting zou, zo overwoog ook de Hoge Raad in genoemd arrest, aan het derdenbeslag het niet te rechtvaardigen effect verlenen dat de overige schuldeisers van de derdebeslagene bij de verdeling van de opbrengst van de goederen waar het pandrecht betrekking op heeft, door dat beslag worden bevoordeeld, terwijl diegene ten laste van wie dat beslag is gelegd, gedupeerd wordt door het verval van de aan de beslagen vordering verbonden voorrang.

Dit leidt tot de conclusie dat Postma Beheer als derdenbeslaglegger gerechtigd is de aan de beslagen vordering verbonden voorrang van het pandrecht in te roepen.

Dit deel van de vordering zal worden toegewezen.

Vordering III (verklaring voor recht)

4.33. Postma Beheer stelt dat zij bij brief van 6 februari 2008 de ontbinding heeft ingeroepen van de huurovereenkomst ter zake de verhuur van bedrijfsinventaris aan Luta.

Nu Luta deze ontbinding niet heeft betwist en zij heeft gesteld dat met het faillissement van BPD (aan wie de bedrijfsinventaris werd doorverhuurd), ook een einde kwam aan de (onder)huurovereenkomst tussen Luta en BPD, brengt dit mee dat de vordering van Postma Beheer toewijsbaar is.

Vordering IV (proces- en beslagkosten)

4.34. Postma Beheer vordert Luta te veroordelen tot betaling van de beslagkosten.

Deze vordering is gelet op het bepaalde in artikel 706 Rv toewijsbaar.

(...; *red.*).

4.35. Luta zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

4.36. Nu Luta verweer heeft gevoerd tegen de gevorderde uitvoerbaarheid bij voorraad, dient de rechtbank de belangen van partijen af te wegen in het licht van de omstandigheden van het geval. Daarbij dient in acht te worden genomen of op grond van die omstandigheden het belang van diegene die de veroordeling verkrijgt zwaarder weegt dan het belang van de wederpartij bij behoud van de bestaande toestand tot op het rechtsmiddel is beslist. Hierbij geldt dat degene die een veroordeling tot betaling van een geldsom verkrijgt, in casu Postma Beheer, wordt

vermoed het vereiste belang bij uitvoerbaarverklaring bij voorraad te hebben. Een daartegenover door de wederpartij gesteld restitutierisico dient geconcretiseerd te worden. De rechtbank is van oordeel dat de enkele (niet nader onderbouwde) stelling van Luta dat een wijziging in de structuur van de Postma Groep de reële mogelijkheid heeft gecreëerd dat geen verhaal bij een eventueel geslaagd hoger beroep mogelijk zal zijn, onvoldoende gewicht in de schaal legt. Dit brengt mee dat de gevorderde uitvoerbaarverklaring bij voorraad zal worden toegewezen.

De vorderingen tegen Jaya

4.37. Postma Beheer stelt zich op het standpunt dat het ten behoeve van Jaya door BPD gevestigde pandrecht paulianeus is, nu het geldbedrag van de aan het pandrecht gekoppelde geldlening nimmer feitelijk ter beschikking is gesteld van BPD. Door het pandrecht kwam Jaya in december 2008, zo stelt Postma Beheer, in een betere positie ten opzichte van de overige crediteuren van BPD. Postma Beheer ondervindt hiervan nadeel.

Jaya voert verweer tegen deze stellingen.

4.38. Gelijk Jaya stelt is de rechtbank van oordeel dat Postma Beheer heeft nagelaten haar stelling te onderbouwen dat zij benadeeld zou zijn in haar verhaalsmogelijkheden als gevolg van het door BPD ten behoeve van Jaya gevestigde pandrecht. Gelet op het overwogene onder 4.30-4.32 is voorts niet komen vast te staan dat Postma Beheer thans nog belang heeft bij deze vordering. De vordering zal worden afgewezen.

4.39. Postma Beheer zal als de jegens Jaya in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

5. De beslissing

De rechtbank

in de zaak 399542/HA ZA 08-1567

- 5.1. wijst de vorderingen af,
- 5.2. veroordeelt BHO in de proceskosten van Van Boekhold c.s. (...; *red.*),
- 5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

in de zaak 408048/HA ZA 08-2615

- 5.4. wijst de vorderingen af,
- 5.5. veroordeelt Luta in de proceskosten van BHO c.s. (...; *red.*),
- 5.6. verklaart dit vonnis wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

in de zaak 395472/HA ZA 08-1099

- 5.7. veroordeelt Luta tot betaling van € 683.794,85 (zegge: zeshonderd drieëntachtigduizend zeventienhonderdvierennegentig euro en vijfentachtig eurocent), te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 3 april 2008 tot de dag der algehele voldoening,
- 5.8. bepaalt dat Luta zal dienen te gehengen en gedogen dat Postma Beheer in haar hoedanigheid van beslaglegger gerechtigd is de rechten uit te oefenen voortvloeiende uit het aan Luta toekomende pandrecht op voorraden en vorderingen jegens de curator van het in staat van faillissement verklaarde BPD,
- 5.9. verklaart voor recht dat de tussen Postma Beheer en Luta gesloten huurovereenkomst is ontbonden,
- 5.10. veroordeelt Luta in de beslagkosten van Postma Beheer (...; *red.*),

5.11. veroordeelt Luta in de proceskosten van Postma Beheer (...; *red.*),

5.12. veroordeelt Postma Beheer in de proceskosten van Jaya (...; *red.*),

5.13. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.14. wijst het overige af.

» Noot

1. In dit vonnis in drie gevoegde zaken spelen vele kwesties, waarvan ik er twee bespreek. De eerste betreft de vraag of een derdenbeslaglegger een aan de beslagen vordering verbonden pandrecht mag uitoefenen (nrs. 2 t/m 7). De tweede betreft de vraag of een verklaring werking krijgt op het moment dat de ontvanger haar ontvangt of op het moment dat de ontvanger haar verneemt (nr. 8).

2. Postma Beheer heeft op 13 augustus 2006 een pandrecht verkregen op alle vorderingen van Luta die op dat moment reeds bestonden of zouden worden verkregen uit op dat moment reeds bestaande rechtsverhoudingen. Luta heeft op 15 augustus 2006 een overeenkomst tot geldlening gesloten met BPD. De vordering van Luta op BPD uit hoofde van die overeenkomst is versterkt met een pandrecht op voorraden en vorderingen van BPD. Op 5 februari 2008 is BPD in staat van faillissement verklaard. Op 7 februari 2008 heeft Postma Beheer onder de curator van BPD conservatoir derdenbeslag doen leggen op de vordering van Luta op BPD uit hoofde van de overeenkomst tot geldlening.

3. De rechtbank oordeelt in r.o. 4.26 t/m 4.29 dat Postma Beheer geen geldig pandrecht heeft verkregen op de vordering van Luta op BPD. Dit oordeel is gelet op art. 3:239 lid 1 BW juist; noch de vordering van Luta op BPD, noch de rechtsverhouding waaruit Luta die

vordering heeft verkregen, bestond immers reeds op 13 augustus 2006. Postma Beheer heeft wel geldig derdenbeslag doen leggen op de vordering van Luta op BPD. Dat BPD ten tijde van deze beslaglegging in staat van faillissement verkeerde, staat niet aan deze beslaglegging in de weg; er wordt immers beslag gelegd op een vermogensbestanddeel van Luta. Vanwege het faillissement van BPD is Postma Beheer er wel zeer op gebrand dat zij het voor de beslagen vordering gevestigde pandrecht op de voorraden en vorderingen van BPD mag uitwinnen. De rechtbank oordeelt in r.o. 4.32, onder verwijzing naar HR 11 maart 2005, «JOR» 2005/131, m.nt. S.C.J.J. Kortmann; NJ 2006, 362, m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Stormpolder*), dat Postma Beheer in haar hoedanigheid van beslaglegger bevoegd is tot uitwinning van die pandrechten. In het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad was de beslagen vordering versterkt met een hypotheekrecht. De rechtbank oordeelt – terecht – dat hetzelfde geldt wanneer de beslagen vordering is versterkt met een pandrecht.

4. Er dient aan twee vereisten te worden voldaan, wil een schuldeiser die zich verhaalt op een vordering van zijn schuldenaar op een derde, de voor die vordering bestaande zekerheden kunnen uitwinnen. Het eerste vereiste is dat de schuldeiser (of in geval van beslag: de deurwaarder) bevoegd is de vordering van zijn schuldenaar op de derde te innen. Aldus zijn bijvoorbeeld een openbaar pandhouder (art. 3:246 lid 1 BW) en een beslaglegger (art. 477 lid 1 Rv) uitwinningsbevoegd. In HR 11 maart 2005, «JOR» 2005/131 (*Rabobank/Stormpolder*) overwoog de Hoge Raad slechts dat de beslaglegger profiteert van de aan de beslagen vordering verbonden hypothecaire voorrang, maar algemeen wordt aangenomen dat de beslaglegger ook bevoegd is tot executie van het aan de beslagen vordering verbonden zekerheidsrecht. Overigens zijn ook

inningsbevoegden die geen schuldeiser zijn van de rechthebbende op de vordering, uitwinningsbevoegd, zoals een vruchtgebruiker (art. 3:210 lid 1 BW), een lasthebber met een (al dan niet privatieve) last tot inning in eigen naam, en de curator in het faillissement van de rechthebbende op de vordering.

5. De koppeling van uitwinningsbevoegdheid aan inningsbevoegdheid was tot aan HR 11 maart 2005, «JOR» 2005/131 (*Rabobank/Stormpolder*) geen gemeengoed. In nr. 3.30 van haar conclusie voor dit arrest betoogde A-G Wesseling-van Gent, in navolging van enkele daar genoemde schrijvers, dat een pandhouder van een vordering wèl de voor die vordering gevestigde zekerheidsrechten kan uitoefenen en een beslaglegger niet, omdat “verpanding van een vordering wordt gezien als een overdracht van bevoegdheden (...), zodat met die overdracht de bevoegdheid tot uitoefening van de zekerheidsrechten mee over gaan (lees: gaat; AS)”. Asser/Mijnssen 3-III (2003), nr. 112, betoogt zelfs dat “wanneer een door een zekerheidsrecht gedekte vordering wordt verpand, het zekerheidsrecht van rechtswege overgaat op de pandhouder”. Voor de weerlegging van die zienswijze verwijs ik naar het arrest van de Hoge Raad en naar de noot van S.C.J.J. Kortmann in «JOR» 2005/131, onder 2.

6. Het tweede vereiste is dat het uit te winnen zekerheidsrecht een afhankelijk recht en/of een nevenrecht is. Pand, hypotheek en borgtocht zijn zowel afhankelijke rechten als nevenrechten (art. 6:142 lid 1 en 7:851 lid 1 BW). De inningsbevoegde kan dus, als de derdeschuldenaar in verzuim is, een pand- of hypotheekrecht uitwinnen of de borg aanspreken. De inningsbevoegde kan ook een aan de vordering verbonden voorrecht inroepen. Zie art. 6:142 lid 1 BW; en HR 7 januari 1983 NJ 1983, 542, m.nt. B.

Wachter (*Ontvanger/Guensberg*). De inningsbevoegde kan zich niet beroepen op zekerheden die geen afhankelijk recht of nevenrecht zijn. Zo kan hij een hoofdelijk medeschuldenaar niet aanspreken, wanneer de vordering op die hoofdelijk medeschuldenaar niet afzonderlijk is beslagen of verpand, omdat hoofdelijke vorderingen niet afhankelijk van elkaar zijn of elkaars nevenrecht zijn. Vgl. HR 28 juni 2002, «JOR» 2002/136, m.nt. S.M. Bartman; NJ 2002, 447, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Akzo/ING*). Anders (ten aanzien van de vraag of hoofdelijkheid een nevenrecht is): Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, «JOR» 2007/53 (*NCM/Den Heijer*); en A.J. Verdaas in zijn noot bij die uitspraak, onder 7 en 8. Om dezelfde reden kan de inningsbevoegde een voor de vordering afgegeven bankgarantie in beginsel niet invoeren. Hetzelfde geldt voor een eigendomsvoorbehoud, dat niet afhankelijk is van of een nevenrecht is van de vordering tot zekerheid waarvan het strekt. Vgl. HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462, m.nt. W.M. Kleijn (*Nijverdalen Ten Cate/Wilderink q.q.*).

7. De inningsbevoegde kan de aan de te innen vordering verbonden afhankelijke rechten en nevenrechten uitoefenen, ongeacht of die rechten zijn ontstaan vóór of nadat hij inningsbevoegd is geworden. Het beslag of het pandrecht van de inningsbevoegde rust niet op de afhankelijke rechten of nevenrechten (dat is ook niet mogelijk), maar op de vordering. In zijn hoedanigheid van beslaglegger of pandhouder van de vordering is hij bevoegd de afhankelijke rechten en nevenrechten uit te oefenen die ten tijde van die uitoefening aan de vordering verbonden zijn. Met het adagium *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* heeft dit derhalve niets van doen. Evenzo: A. van Hees, noot bij HR 11 maart 2005, «JBPr» 2006/2 (*Rabobank/Stormpolder*), onder 3; en E.M. Tjon-En-Fa en J.R.B. Heemstra, WPNR 6660 (2006), onder 12. Anders:

H.J. Snijders, noot bij HR 11 maart 2005, NJ 2006, 362 (*Rabobank/Stormpolder*), onder 4.

8. In r.o. 4.4 en 4.5 moet de rechtbank oordelen over de vraag op welk moment een per fax verzonden verklaring werking heeft. Van Boekhold verzendt op 25 december 2007 (eerste kerstdag) een fax aan Postma (BHO). Postma is echter op vakantie en leest de fax pas op 7 januari 2008. De rechtbank oordeelt dat de in de fax vervatte mededeling Postma pas op 7 januari 2008 “[daadwerkelijk] (...) heeft bereikt” en dat de mededeling pas op 7 januari 2008 van kracht is geworden. De rechtbank miskent hiermee de “genueanceerde ontvangsttheorie”, kenbaar uit J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 17; en Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 34. Art. 3:37 lid 3 BW bepaalt dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring, om haar werking te hebben, die persoon moet hebben bereikt. Het woord “bereikt” is voor meerderlei uitleg vatbaar, maar de toelichting leert dat het moment waarop de verklaring wordt *ontvangen*, bepalend is en dat niet de eis wordt gesteld dat de ontvanger de verklaring heeft *vernomen*. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 182. Volgens deze ontvangsttheorie is de onderhavige verklaring dus op 25 december 2007 van kracht geworden. De nuancering van de ontvangsttheorie ziet op feiten en omstandigheden omtrent de ontvanger waarmee de afzender bekend is of waarmee hij rekening diende te houden. In Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1098, wordt het voorbeeld genoemd dat de ontvanger op vakantie is. Wanneer de afzender dat wist of wanneer hij daar in de gegeven omstandigheden rekening mee moest houden, wordt de ontvangsttheorie genueanceerd. Wanneer de afzender dat niet wist of wanneer hij daar in de gegeven omstandigheden geen rekening mee hoefde te houden, geldt de hoofdregel dat de

verklaring werkt op het tijdstip van ontvangst, in casu 25 december 2007. De rechtbank betreft deze elementen niet in haar beoordeling en komt derhalve zonder deze afweging tot het oordeel dat de verklaring pas werkt op het moment dat Postma haar heeft “gelezen”. Zie over de genuanceerde ontvangsttheorie voorts H.J. Snijders, WPNR 6444 & 6445 (2001), p. 433-440 en 457-461 (toegespitst op de verklaring per e-mail); en Asser/Hartkamp 4-II, Deventer: Kluwer 2005, nr. 153 (met vele verwijzingen naar klassieke literatuur).

A. Steneker, universitair hoofddocent
burgerlijk recht Radboud Universiteit
Nijmegen