

25

Bank dient vóór cessie rekening te houden met belangen borg en nieuwe schuldeiser daarna

Rechtbank Noord-Nederland zp Leeuwarden
23 september 2020, rolnr. HA ZA 18-60,
ECLI:NL:RBNNE:2020:3295
(mr. Werkema)
Noot mr. R.I.V.F. Bertrams

Borgtochtovereenkomst. Gevolgen voor borg na overdracht van vordering door bank aan derde door wiens toedoen de schuldenaar wordt ontmanteld en leeggetrokken en borgtocht wordt ingeroepen. Zorgplicht bank vóór cessie jegens borg. Onrechtmatige daad nieuwe schuldeiser jegens borg.

[BW art. 6:145, 6:162, 7:850]

Voorop staat dat de overgang van de positie van schuldeiser van de bank naar eiseres de verweermiddelen van gedaagde als schuldenaar in de borgstellingsverhouding niet aantast (art. 6:145 BW). Dit brengt mee dat gedaagde een verweer dat is gericht tegen de handelwijze van de bank, ook kan doen gelden tegen eiseres. Verder geldt als uitgangspunt dat de schuldeiser rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de borg en dat op de schuldeiser daarmee een zorgplicht ten opzichte van de borg rust. Dit uit zich onder meer daarin dat de schuldeiser zich moet inspannen om te voorkomen dat hij de borg moet aanspreken.

De kredietpositie van Colorful c.s. is bij de bank een voortdurend punt van aandacht geweest. Zij stond vanaf 2013 ook (deels) onder bijzonder beheer. Uit de correspondentie wordt afgeleid dat de bank gaandeweg de teugels strakker heeft aangetrokken, hetgeen blijkt uit de brief van 20 september 2017 uiteindelijk heeft geleid tot het geheel intrekken van de kredietfaciliteit. Uit die brief valt namelijk af te leiden dat het de bedoeling was om de kredieten af te bouwen tot nihil per mei 2018. Als dat pad succesvol was gevolgd, zou de borgstelling van gedaagde niet behoeven te worden ingeroepen. In zoverre kan de bank niet

worden verweten de belangen van gedaagde te hebben genegeerd. De verkoop van de vorderingen op Colorful c.s. door de bank aan gedaagde van 9 januari 2018 heeft het voorgaande in die zin doorkruist dat de bank daarna geen rol meer speelde, maar er nog wel sprake was van een aanzienlijke restschuld van ongeveer € 1,5 miljoen, die uiteindelijk heeft geleid tot het aanspreken van gedaagde, terwijl de bank betrekkelijk ongeschonden het schip heeft kunnen verlaten. De rol van de bank verdient daarom nadere beschouwing. De bank was er in september 2016 al mee bekend dat CLI de verkoop van Oilily-artikelen zou gaan beëindigen en dat zij met een ander merk verder wilde gaan. Uit de brief van de bank van 29 maart 2017 valt af te leiden dat de bank geen vertrouwen meer had in de haar door CLI voorgespiegelde plannen. Uit deze brief blijkt verder dat de afbouw van het krediet door CLI op dat moment niet in het tempo verliep dat de bank wenste en dat eerder was afgesproken, alsmede dat er sprake was van afbouw van voorraden en van debiteuren, als gevolg waarvan de zekerheden voor de bank waren verminderd. Ook in het gespreksverslag van 4 oktober 2016 is deze zorg al uitgesproken. Het verwijt van gedaagde aan de bank dat zij in deze situatie niet is overgegaan tot het intrekken van de zekerheden, in het bijzonder de koopverklaring, is niet zonder grond. Naar mag worden aangenomen, zou met name het effectueren van de koopverklaring de debetstand van CLI substantieel hebben verlaagd, gezien de waardering van de desbetreffende voorraden. Het voorgaande klemte te meer nu de bank in de brief van 29 maart 2017 aangaf geen vertrouwen meer te hebben in het gewijzigde businessmodel. Niet is gebleken dat de bank zich hiervan bij de verkoop van de vordering aan eiseres in 2018 rekenschap heeft gegeven, noch dat zij de positie van gedaagde na de overdracht van de vordering heeft betrokken. Gelet op de hoedanigheid van eiseres van schuldeiser, borg en aandeelhouder van Colorful c.s., alsmede de kennelijk penibel geworden financiële situatie bij CLI, hadden de gevolgen van de overdracht voor gedaagde kenbaar door de bank moeten worden meegewogen, vanuit de op haar rustende verplichting om rekening te houden met de belangen van de borg. Hierbij is van belang dat in de gegeven situatie het uitwinnen van de borgstelling van gedaagde door eiseres door de bank kon worden voorzien.

Eiseres moest na de cessie, als schuldeiser van CLI, evenals de bank daarvoor, óók rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van gedaagde als borg. Vast staat dat de rechten op het merk Lilió in juli 2017 door CLI aan Meca zijn overgedragen. Verder heeft er op 1 juli 2017, dus vrij snel na de oprichting van Meca, een activa-transactie plaatsgevonden waarbij de bedrijfsmiddelen van CLI aan Meca zijn overgedragen. Uit de doelomschrijving van Meca in de oprichtingsakte valt op te maken dat zij zich bezig zou gaan houden met dezelfde activiteiten als welke door CLI werden ondernomen. Vast staat verder dat Meca in het najaar van 2017 met de verkoop van Lilió-artikelen is begonnen. Verder is er de verklaring in de brief van de bank van 20 september 2017 dat CLI ophoudt met bestaan. Uit dit alles kan worden afgeleid dat op enig moment, medio 2017 of voordien, is besloten om de (verkoop)activiteiten van CLI te staken en over te hevelen naar Meca. Op grond van de bevindingen van de curator is voldoende aannemelijk geworden dat Meca de productiekosten van de Lilió-collectie voor het najaar 2017 voor rekening van CLI heeft gelaten, zonder dat zij daarvoor een toereikende vergoeding aan CLI heeft betaald. De bedrijfsmiddelen die feitelijk (tot de faillissementsdatum) in gebruik waren van de gefailleerde, zijn middels een activatransactie al op 1 juli 2017 in eigendom overgedragen aan Meca voor een bedrag van € 20.000. Deze koopsom is aanvankelijk niet door Meca betaald, maar verrekend. Gesteld noch gebleken is dat er een deugdelijke grondslag was voor deze verrekening. Na vernietiging door de curator ex art. 42 en 43 Fw heeft de curator een schikking getroffen voor een bedrag van € 20.000. Daarnaast heeft de curator uit de financiële administratie het vermoeden afgeleid dat diverse (hoge) productiekosten ten laste zijn gebracht van de gefailleerde, terwijl de opbrengsten zijn genoten door Meca zonder dat een toereikende vergoeding aan de gefailleerde is betaald. Op basis hiervan heeft de curator de betreffende onderliggende overeenkomst vernietigd. Ook op dit punt is een schikking getroffen met Meca. Het is dan ook aannemelijk dat de handelwijze van Meca, in welke vennootschap eiseres overheersende zeggenschap had, ertoe heeft geleid dat de schuldenlast van CLI beduidend lager was geweest indien voornoemde handelwijze achterwege was gebleven. Gedaagde heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat mede

door (indirect) toedoen van eiseres CLI op zodanige wijze is ontmanteld dat het aflossen van het krediet aan de bank niet meer mogelijk was, als gevolg waarvan de borgstelling werd aangesproken.

Het voorgaande leidt tot het oordeel dat voldoende aannemelijk is dat de bank bij de verkoop van de vordering op CLI aan eiseres jegens gedaagde onzorgvuldig heeft gehandeld, door zijn belangen als borg daarbij niet kenbaar te hebben meegewogen, alsmede dat voldoende aannemelijk is dat eiseres, in haar hoedanigheid van meerderheidsaandeelhouder van zowel CLI als Meca, heeft meegewerkt aan de ontmanteling van CLI op een zodanige wijze dat daardoor een niet in te lopen schuldpositie jegens de bank ontstond, als gevolg waarvan de borgstelling van gedaagde door eiseres is ingeroepen, terwijl zij als schuldeiser rekening diende te houden met de gerechtvaardigde belangen van gedaagde. Deze handelwijze kan als onrechtmatig worden aangemerkt.

Cakewalk BV te Bergen (NH),
eiseres,
advocaat: mr. G.P. Poiesz,
tegen
A,
gedaagde,
advocaat: mr. M.J. Drijftholt.

(...; red.)

2. De verdere beoordeling

De feiten

2.1. [A] is tot oktober 2014, en via [A] Beheer B.V. (hierna: [A] Beheer) tot februari 2016, bestuurder/algemeen directeur geweest van de besloten vennootschap Colorful Licenses Holding B.V. (hierna: Colorful Holding). Aandeelhouders van Colorful Holding waren Geca Accountancy Holding B.V. (voor 11%) (hierna: Geca), een vennootschap van [B], Cakewalk (voor 53%) en [A] Beheer (voor 36%). [A] en zijn echtgenote [C] (hierna: [C]) zijn ieder voor 50% aandeelhouder van [A] Beheer.

2.2. Colorful Holding hield de aandelen in een aantal werkmaatschappijen, waaronder Colorful Licenses International B.V. (hierna: CLI), Colorful License Participations B.V. (hierna: CLP) en Colorful Licenses Exclusive (hierna: CLE), hierna gezamenlijk aangeduid als Colorful c.s. [B] is nu

de enige statutair directeur van Colorful Holding. CLI was de daadwerkelijke werkmaatschappij.

2.3. Bestuurder van Cakewalk was wijlen de heer [D] (hierna: [D], die tijdens de procedure is overleden). [D] was tevens groot aandeelhouder van Oilily World B.V. (hierna: Oilily World). Onder de naam Oilily worden onder meer tassen en cosmetica geproduceerd.

2.4. Colorful c.s. is klaarblijkelijk in 2012 een kredietovereenkomst – met een niet kenbaar gemaakte kredietlimiet – aangegaan met de ABN AMRO bank (hierna: ABN AMRO). Tussen ABN AMRO en [A] is in verband hiermee in 2012 een overeenkomst tot borgstelling gesloten waarbij [A] zich persoonlijk tot een bedrag van € 300.000,- borg heeft gesteld voor de schuld van de genoemde vennootschappen aan ABN AMRO. Daarnaast zijn aan ABN AMRO diverse andere zekerheden verstrekt, waaronder een borgstelling door Cakewalk voor een bedrag van € 1.000.000,-, pandrechten op voorraden, bedrijfsinventaris en vorderingen en hoofdelijke verbondenheid van enige gelieerde buitenlandse vennootschappen.

In november 2013 is het kredietbeheer ten aanzien van Colorful c.s. door ABN-AMRO bij de afdeling Bijzonder Beheer geplaatst.

2.5. De kredietovereenkomst is nadien enige malen gewijzigd, waaronder op 15 juni 2015/2 november 2015, waarbij de kredietlimiet op € 3.000.000,- is gesteld. Daarbij is naast de hiervoor genoemde zekerheden als zekerheid opgenomen een koopverklaring (hierna te noemen: de koopverklaring) waarin Cakewalk en Oilily World verklaren de voorraad van Colorful c.s. te kopen tegen een koopsom gelijk aan de door Colorful c.s. gehanteerde vaste verrekenprijs exclusief BTW.

2.6. CLI produceerde/verkochte in licentie van Oilily World producten van het merk Oilily. Op 1 juni 2016 heeft Oilily World de licentieovereenkomst tegen 1 januari 2017 aan CLI opgezegd. CLI heeft na de licentieopzegging door Oilily World het merk Lilió laten registreren.

2.7. De kredietovereenkomst is verder gewijzigd op 3 november 2016, waarbij de kredietlimiet vanaf 1 december 2016 op € 2.900.000,- is gesteld met een afbouw tot € 2.700.000,- per 1 februari 2017. Daarna is de kredietlimiet verder afgebouwd en is vastgesteld op € 2.150.000,- per juli 2017 en op € 2.000.000,- per augustus 2017 met een verdere afbouw tot € 1.500.000,- vanaf oktober 2017. [A] heeft geweigerd om een verklaring

van instemming met de gewijzigde overeenkomst van 3 november 2016 te ondertekenen. Hij heeft in dat verband bij e-mail van 27 november 2016 aan ABN AMRO bericht:

“Ik heb al heel lang geen enkele invloed meer op het beleid van CL. De opzegging van de licentie Oilily is mij niet medegedeeld door de huidige directeur, maar ook maanden verzwegen voor mijn vrouw. Dhr. [D] heeft zeggenschap (indirect) zowel over Oilily World als ook over CL en door deze opzegging is haar bestaansrecht aangetast. Het was ook zijn keus om zowel afscheid van mij als ook van [C] (rechtbank: [C]) te nemen.

Ik heb [B] (rechtbank: [B]) aangeboden onze aandelen voor 1 euro over te nemen onder de voorwaarden terugbetaling lening 31.000 euro en doorhalen van de borg. (...)”

2.8. Tussen ABN AMRO en Colorful c.s. en ABN AMRO en [A] heeft tot eind 2017 correspondentie plaatsgevonden, onder meer naar aanleiding van tussen ABN AMRO en Colorful c.s. gevoerd overleg. Onder meer, maar niet uitsluitend:

De brief van ABN AMRO van 20 november 2013 aan CLI, ter attentie van [A]:

“Onder verwijzing naar de met u op 30 oktober 2013 gevoerde bespreking (...) Colorful (...) werden vertegenwoordigd door de heer [A] en mevrouw [C] in hun hoedanigheid van bestuurder en mede-aandeelhouder. Op uw verzoek was de heer [B], uw financieel adviseur en mede-aandeelhouder van Colorful, en mevrouw [E], controller van Colorful, aanwezig. (...)”

De inschakeling van de afdeling Bijzonder Beheer impliceert dat het kredietbeheer voortaan bij deze afdeling plaatsvindt. (...)

Vanuit een productiebedrijf in glas en porselein heeft u na de verkoop van het merk Oilily in het jaar 2003 de licentierechten gekocht om tassen, sjaals en cosmetica uit te brengen onder het merk Oilily. Deze rechten heeft u ondergebracht in Colorful Licences International B.V. (...) Naast het merk Oilily voert u voor meerdere merken zoals Pip, Brunotti, Leontine Hagoort de tassen en accessoires. (...)

Om de afhankelijkheid van het merk Oilily te verkleinen heeft u de afgelopen jaren fors geïnvesteerd in andere merken zoals Quick, Leontine Hagoort en Rena Lange. Het uitbreiden van het concept naar andere merken bleek niet succesvol te zijn. Gezien deze ontwikkeling heeft u besloten deze activiteiten/investeringen te stoppen. Naast

het merk Oilily blijft u het merk Pip en Brunotti nog voeren. (...)

Tijdens het gesprek kwamen we gezamenlijk tot de conclusie dat Colorful opereert in een dalende markt en er onvoldoende inzicht en zekerheid (is) of het dieptepunt van de omzetzijding in de markt bereikt is. (...)

De liquiditeitsstekorten, mede door het verlies van het jaar 2012 en verhoogde voorraad, zijn opgevangen in de rekening courant limiet en middels afspraken met leveranciers (...). In dit kader hebben wij aangegeven dat ABN AMRO geen verlies financiert en het verlies voor rekening van de aandeelhouder dient te komen. (...) Derhalve zullen we op basis van de prognose 2014 inclusief liquiditeit de rekening courant limiet afbouwen naar feitelijk gebruik en koppelen aan de debiteuren en betaalde voorraden. (...)

De brief van ABN AMRO van 8 oktober 2014 aan CLI, t.a.v. [A]:

“(…) Gezien de ontwikkelingen van de afgelopen jaren en m.n. vanwege blijvend tegenvallende omzetten bent u genooddacht verdere kostenbesparende maatregelen te nemen. Naar aanleiding hiervan trokken wij gezamenlijk de conclusie dat als er geen maatregelen worden genomen, Colorful Licenses onvoldoende continuïteitsperspectief heeft. (...) Enkele maatregelen zijn: afscheid nemen van de collectie Pip en/of Brunotti (...)”

De brief van 20 mei 2016 van ABN AMRO aan Colorful c.s. naar aanleiding van een gesprek van 3 mei 2016:

“(…) Namens Colorful (...) waren aanwezig de heer [D], mevrouw [C], de heer [B], de heer [F] en mevrouw [G] (...)

Afgelopen jaren heeft u ondanks de genomen maatregelen met verlies afgesloten. U verwacht in het jaar 2016 winst te maken (...)

(...) constateren wij dat de huidige kredietfaciliteit niet meer in verhouding staat tot de huidige omzet en de hoogte van de voorraden en debiteuren van Colorful. (...)

In ons gesprek hebben wij aangegeven gezien de resultaten, de omzet, het benodigde werkkapitaal en de zekerheden dat een limiet van EUR 1,5 miljoen passend zou zijn. (...) Kijkend naar uw liquiditeitsprognose hebben wij afgesproken dat de limiet per 1 oktober 2016 EUR (...) zal bedragen, (...) en 1 december 2016 EUR 2.500 duizend. Begin 2017 zullen wij verdere reductie afspraken maken (...)

Voorts bespraken wij dat gezien de financiële positie van Colorful het niet mogelijk is om zekerheden c.q. de borgstelling van de heer [A] vrij te geven. (...)

Een vastlegging van een gesprek van 1 september 2016 door ABN AMRO op 4 oktober 2016:

“(…) Namens Colorful Licenses Holding B.V., Colorful Licenses International B.V., Colorful Licenses Exclusive B.V. en Colorful Licenses Participations B.V. (hierna tezamen ‘Colorful’) waren aanwezig de heer [D], de heer [B] en de heer [F]. (...)

Met verwijzing naar eerder gevoerde besprekingen staat de huidige kredietfaciliteit niet meer in verhouding tot de huidige omzet en de hoogte van de voorraden en debiteuren van Colorful. Een limiet van circa EUR 1,5 miljoen zou passend zijn. (...)

In mei jl. bespraken wij een reductie van EUR 500 duizend, zodat per 1 januari 2017 de limiet EUR 2,500 duizend zou bedragen. Vanwege tegenvallende resultaten en de voorfinanciering van de inkoop gaf u aan dat een reductie van EUR 300 duizend haalbaar is. De limiet zal per 1 januari 2017 EUR 2.700 duizend bedragen. (...)

Uiterlijk in februari 2017 zullen wij verder afspraken maken over de continuering van de kredietfaciliteit. Vooral gezien de wisseling van strategie, produceren onder nieuwe merknaam i.p.v. Oilily heeft forse impact op de kredietfaciliteit m.n. voor de afgegeven garanties. (...)

De brief van ABN AMRO aan Colorful c.s., t.a.v. [B], van 29 maart 2017:

“Op 9 maart 2017 spaken wij elkaar (...) en nadien ook nog telefonisch. (...)

Hiervan is de belangrijkste dat Colorful in een overgangsfase zit van de verkoop van het merk Oilily naar een nieuw merk genaamd Lilió én dat de bank heeft aangegeven dat het krediet hierdoor niet ongewijzigd gecontinueerd kan worden en de positie van de bank gedurende deze transitie niet mag verslechteren, waarover hieronder meer. (...)

In de afgelopen jaren is er tussen de bank en u herhaaldelijk gesproken over de noodzaak van verlaging van de kredietfaciliteit. (...) dat er uiterlijk op 1 februari 2017 een verdere verlaging zou worden afgesproken. (...) Dit is tot op heden niet gebeurd, terwijl uw huidige stand ca EUR 2,35 miljoen bedraagt als gevolg van de afbouw van de Oilily voorraad en het nog niet inkopen van de Lilió voorraad.

Wij hebben in ons gesprek aangegeven dat de positie van de bank niet slechter mag worden als gevolg van de overstap van het merk Oilily naar het merk Lilió. Het krediet van de bank met een limiet van ER 2,7 miljoen wordt onder andere gedekt door een borgstelling van Cakewalk B.V. en EUR 1 miljoen én een koopverklaring van Oilily voorraad met een actuele waarde van ca EUR 1 miljoen afgegeven door Cakewalk B.V. en Oilily World B.V. In augustus 2016 bedroeg deze voorraad nog ca EUR 1,3 miljoen, waarmee de positie van de bank wederom slechter is geworden.

(...)

U gaf aan in het gesprek dat de licentie overeenkomst met Oilily per 1 januari jongstleden is opgezegd en dat dit betekent dat de laatste levering van de Oilily tassen in de zomer van 2017 plaatsvindt. Daarna wenst u de activiteit met een ander merk voort te zetten. (...)

We hebben van u een begroting ontvangen voor 2017 met drie scenario's. (...) Gelet op de bestaande onduidelijkheid heeft de bank thans geen vertrouwen in het gewijzigde businessmodel.

(...)

Wij spraken af dat u in overleg treedt met Cakewalk B.V. en/of Oilily World B.V. over hoe u denkt met de bestaande situatie om te gaan. (...) In de tussentijd wensen wij de afbouw van de voorraad waar de verklaring voor geldt strak te volgen. In dat kader wensen wij iedere twee weken op vrijdag een voorraadoverzicht te ontvangen (...) Wij zullen aan de hand van deze overzichten het rekening courant krediet één op één afbouwen met de afname van de genoemde voorraad waar de verklaring voor geldt. (...)"

Een e-mail van 31 mei 2017 van [A] aan ABN AMRO:

"Naar aanleiding van een geruchtenstroom die mij bereikte, leek het me goed u te berichten.

Ik vermoed, zoals ik elders heb vernomen, dat colorful license het merk(recht) LiLLY'o laat doorzakken of al heeft laten doorzakken naar een andere bv. Ik maak mij ernstig zorgen over het beleid bij CL omdat wij geen inlichtingen krijgen van het bestuur. (...) Als het gerucht klopt is dit uiteraard erg schadelijk voor het bedrijf bij eventueel faillissement.

Ik heb geen invloed op het beleid en beslissingen vanwege mijn percentage aandelenbezit. Inmiddels heb ik de heer [B] gevraagd mij dit uit te leggen waarop ik geen enkele reactie krijg.

(...) Ik meld u verder dat Oilily World in een grote rechtszaak wordt aangesproken wegens contractbreuk (...)"

De reactie van ABN AMRO van 2 juni 2017:

"Dank voor uw email. (...)

Voor wat betreft de (dagelijkse) ontwikkelingen verzoek ik u om rechtstreeks contact op te nemen met de bestuurder. (...)"

Een brief van ABN AMRO aan Colorful c.s. van 20 juli 2017:

"Onder verwijzing naar onze brieven van (...) en ons gesprek van 11 juli 2017 berichten wij u als volgt.

(...)

Thans bedraagt de limiet van het rekening courant krediet EUR 2.000.000,- als gevolg van de afbouw van de voorraad waar een terugkoop verklaring voor geldt. U heeft ons gevraagd om de afbouw los te koppelen van de afbouw van de voorraad, teneinde de voorraad zo goed mogelijk af te bouwen en de reductie van het krediet na te kunnen komen.

Via deze weg berichten wij u akkoord te gaan (...)

De wijziging van de limiet van uw rekening courant houdt in:

In juli 2017: EUR 2.150.000,-

(...)

Vanaf oktober 2017: EUR 1.500.000,-

Wij spraken verder over een aantal scenario's die het beste zijn voor Colorful Licenses. Wij spraken af dat u het scenario – waarin het krediet verder wordt afgebouwd naar nihil – verder uitwerkt (...). Op basis van die begroting hebben wij op 13 september (...) afgesproken om de verdere afbouw van het krediet te bespreken. (...)"

Een brief van ABN AMRO aan Colorful c.s. van 20 september 2017:

"De aanleiding van ons gesprek van 13 september was de afspraak uit het voorgaande gesprek om op basis van een cijfermatig uitgewerkt scenario te komen tot en verdere reductie van het rekening courant krediet van Colorful Licenses. Het bedrijf houdt immers op met bestaan en de aan ons verpande zekerheden worden afgebouwd.

Op basis van de door u geïllustreerde plannen en liquiditeitsbegroting zal verdere afbouw van de debetstand en reductie van de kredietlimiet plaatsvinden. De volgende kredietlimieten zullen van toepassing zijn:

(...)

– vanaf 1 mei 2018: nihil. (...)"

2.9. Op 31 mei 2017 hebben [D] als enig bestuurder van Cakewalk en [B] als enig bestuurder van Geca de besloten vennootschap Meca Brands B.V. (hierna: Meca) opgericht met [B] als bestuurder, waarbij Cakewalk 60% en Geca 40% van de aandelen houdt. Het doel van Meca is volgens de akte van oprichting onder andere:

“a. het ontwerpen, produceren en verkopen van accessoires, waaronder begrepen tassen;

b. de in- en export van, alsmede de groothandel in cosmetische producten en bijbehorende accessoires;

(...)

d. het verkrijgen, beheren, exploiteren, bezwaren en vervreemden van goederen – rechten van intellectuele eigendommen daaronder begrepen –, zomede het beleggen van vermogen:

(...)”

Per 1 oktober 2017 is [H], een zoon van [B], aangetreden als alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder. CLI heeft per 13 juli 2017 de merknaam Lilió aan Meca overgedragen.

2.10. Bij akte van cessie van 9 januari 2018 heeft ABN AMRO haar vorderingen op Colorful c.s., op dat moment groot € 1.535.106,73, verkocht aan Cakewalk voor een bedrag van € 1.287.106,73, te voldoen in termijnen en onder de opschorten- de voorwaarde van ontvangst door ABN AMRO van de volledige koopsom.

2.11. Bij brief van 1 februari 2018 heeft [B] namens Colorful Holding en CLI aan [D] namens Cakewalk meegedeeld dat zij niet bij machte zijn om de vorderingen van Cakewalk op deze vennootschappen, respectievelijk € 1.250.000,- en € 237.684,- af te lossen. Cakewalk heeft vervolgens bij brief van 13 februari 2018 [A] aangesproken voor een bedrag van € 300.000,- op grond van de borgstelling.

2.12. Op 3 mei 2018 is door de rechtbank Noord-Holland het faillissement van CLI uitgesproken met aanstelling van mr. F.P. Klaver (hierna: de curator) als curator. In het eindverslag van de curator van 28 november 2019, waarin wordt verwezen naar en geciteerd uit eerdere verslagen, is onder meer het navolgende vermeld:

“3.3. Bedrijfsmiddelen

31-05-2018

Volgens opgave van het bestuur beschikt gefailleerde niet (meer) over eigen bedrijfsmiddelen. De bedrijfsmiddelen die feitelijk (tot faillissementsdatum) in gebruik zijn bij gefailleerde, waren middels een activa transactie reeds op 1 juli

2017 in eigendom overgedragen aan Meca Brands BV en worden kosteloos gebruikt.

(...)

Feitelijk gebruikt gefailleerde derhalve bedrijfsmiddelen die zij reeds op 1 juli 2017 krachtens een activatransactie zou hebben verkocht en overgedragen aan Meca Brands BV voor een bedrag groot € 20.000,=.

(...)

20-08-2018

De curator heeft de in het vorige verslag genoemde pre faillissementsverkoop van de bedrijfsmiddelen vernietigd ex art 42 en 43 Fw. o.a. op grond van het feit dat de verkoop onverplicht en de koopsom overigens niet is betaald maar verrekend. (...)

Dit heeft geleid tot onderhandelingen die geresulteerd hebben in een vaststellingsovereenkomst in het kader waarvan de curator alsnog aan Meca Brands heeft verkocht de betreffende materiële activa, goodwill en intellectuele eigendomsrechten voor een koopsom van € 20.000. (...)

3.8. Andere activa

Toelichting andere activa

31-05-2018

(...) Onderdeel van de onder 3.3 beschreven activatransactie is de verkoop en overdracht van merknaam Lilió. Volgens opgave van het bestuur is Lilió (deels) bedacht en (nader) ontwikkeld vanuit gefailleerde nadat de Oilily licentie voor de tassen was geëindigd. Meca Brands BV is opgericht op 1 mei 2017 en per 13 juli 2017 is de merknaam overgedragen door gefailleerde. Vanuit Meca Brands BV is in november 2017 een eerste collectie ontworpen, verkocht, geproduceerd en geleverd van ca. 20.000 stuks tassen, met een omzet van ca. € 1,2-1,3 miljoen. Alle personeelsleden (behoudens twee zieken) van gefailleerde waren gedetacheerd bij Meca Brands BV vermoedelijk vanaf 1 oktober 2017, (...) Meca Brands BV kon zodoende gebruik maken van de kennis, kunde en ervaring en het netwerk van gefailleerde en haar personeel.

(...)

5.1. Bank/Zekerheden

(...)

Toelichting vordering van bank(en)

31-05-2018

Geen. De vordering van voormalig huisbankier ABN Amro is gecedeerd aan Cakewalk BV inclusief het pandrecht op activa en handelsvorderingen. Op basis van de nu bekende stukken kan

Cakewalk als pandhouder eerste in rang worden aangemerkt en is haar gelegenheid geboden tot uitwinning over te gaan.

7.1. Boekhoudplicht

25-2-2019

(...)

Uit de financiële administratie is het vermoeden afgeleid dat diverse (hoge) productiekosten ten laste werden gebracht van gefailleerde terwijl de opbrengsten – verkoopomzet van de geproduceerde goederen – zijn genoten door Meca Brands zonder dat een toereikende vergoeding aan gefailleerde is betaald. Op basis daarvan is op 11 december 2018 door de curator de betreffende onderliggende overeenkomst vernietigd uit hoofde van artikel 42 en 43 faillissementswet (...). (...)

27-08-2019

Meca Brands heeft de aanspraken van de curator gemotiveerd betwist. (...)

28-11-2019

De onderhandelingen hebben geleid tot een schikking zoals vastgelegd in een inmiddels getekende vaststellingsovereenkomst. In dat kader heeft Meca Brands het overeengekomen bedrag (...) betaald – in de voorafgaande onderhandelingen zijn betrokken alle relevante inhoudelijke aspecten alsmede de procesrechtelijke kansen en (bewijs)risico's alsmede de voortgang van het faillissement."

2.13. Op 19 februari 2018 heeft Cakewalk, na verlot van de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland van 16 februari 2018, ten laste van [A] conservatoir beslag gelegd onder de Rabobank en [A] Beheer, alsmede op een aan [A] toebehorende woning.

3. De vordering en het verweer

3.1. Cakewalk vordert veroordeling van [A], voor zover mogelijk bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, tot betaling van een bedrag van € 300.000,-, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening, alsmede tot betaling van de kosten van het geding, waaronder € 1.016,66 aan beslagkosten en de door de rechtbank vast te stellen vergoeding van de gemaakte kosten van rechtsbijstand, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na betekening van het vonnis aan [A] tot aan de dag der algehele voldoening.

3.2. Cakewalk baseert haar vordering, samengevat, op de borgstelling die in 2012 door ABN AMRO en [A] is overeengekomen en met de ces-

sie van de vorderingen van ABN AMRO aan Cakewalk die door haar is overgenomen. Cakewalk heeft het door [A] tegen de vordering gevoerde verweren weersproken.

3.3. [A] heeft diverse verweren gevoerd tegen de vordering en daarbij tevens gevorderd de door Cakewalk gelegde beslagen op te heffen.

De verweren van [A] richten zich deels op de handelwijze van ABN AMRO.

[A] heeft, samengevat weergegeven, aangevoerd dat:

- Cakewalk niet ontvankelijk is in haar vordering,
- ABN AMRO haar zorgplicht jegens [A] heeft geschonden,
- hij heeft gedwaald bij het als borg accorderen van de nieuwe kredietovereenkomst van november 2015,
- Cakewalk als schuldeiser in verzuim als, althans dat zij (met [B]) jegens [A] onrechtmatig heeft gehandeld door van CLI een sterfhuiskonstructie te maken.

[A] heeft tevens opheffing van de door Cakewalk onder hem gelegde beslagen gevorderd.

3.4. De rechtbank zal de vordering van Cakewalk beoordelen aan de hand van het daartegen gevoerde verweer. Hetgeen door partijen is aangevoerd en gesteld zal daarbij, voor zover van belang voor de beoordeling, verkort worden weergegeven.

4. De beoordeling

Algemeen

4.1. De rechtbank oordeelt als volgt. Niet in geschil is dat door de overdracht van ABN AMRO aan Cakewalk van de vorderingen die ABN AMRO had op Colorful c.s. ook de borgstelling door [A] is overgegaan en dat Cakewalk op grond daarvan in beginsel een vorderingsrecht jegens [A] kan uitoefenen.

Niet-ontvankelijkheid

4.2. [A] richt zijn verweer tegen zowel de handelwijze van ABN AMRO als de handelwijze van Cakewalk. De rechtbank zal hierna op beide ingaan, maar zal daaraan voorafgaand een door [A] gevoerd verweer van formele aard beoordelen. [A] heeft bij conclusie van antwoord allereerst aangevoerd dat Cakewalk niet-ontvankelijk is. Volgens [A] zijn door Cakewalk nog niet alle overeengekomen betalingstermijnen voldaan en zijn daarom, gelet op de opschortende voorwaar-

de in de koopovereenkomst tussen ABN AMRO en Cakewalk, de vorderingen op Colorful c.s. nog niet overgedragen en is het nevenrecht op grond van de borgstelling ook nog niet overgegaan. Cakewalk heeft hierop, onder verwijzing naar en overlegging van een bevestiging van de zijde van ABN AMRO bij e-mail van 6 november 2018, gesteld dat de laatste termijn door haar op 1 augustus 2018 aan ABN AMRO is betaald, waarmee de opschortende voorwaarde is vervuld en de overdracht van de vorderingen is voltooid. [A] heeft dit niet meer weersproken en de rechtbank acht het dan ook voldoende aannemelijk dat de overdracht van de vorderingen aan Cakewalk is geëffectueerd. Dit verweer slaagt daarom niet.

De verweren algemeen

4.3. Vervolgens worden de verweren met betrekking tot de handelwijze van ABN AMRO en Cakewalk besproken. Volgens [A] heeft ABN AMRO zich niet aan de op haar als kredietverstrekker rustende zorgplicht jegens hem gehouden. Als gevolg hiervan zou ABN AMRO [A] niet meer kunnen aanspreken op grond van de borgstelling en kan Cakewalk dat daarom ook niet.

[A] stelt verder dat Cakewalk jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld. Hij heeft bij zijn verweer de nadruk gelegd op de handelwijze van [B] en [D] ten aanzien van Colorful c.s. en de rol die Meca daarbij heeft gespeeld. [A] heeft, onder meer onder verwijzing naar de verslaglegging van de curator, gesteld dat Cakewalk en [B] CLI via Meca hebben leeggetrokken. Hij stelt dat Cakewalk daarmee onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. Volgens [A] had [D] daarbij in feite alle touwtjes in handen.

Cakewalk heeft de stellingname van [A] betwist. Zij heeft aangevoerd dat Meca een andere rechtspersoon is die in deze procedure geen partij is en dat zij niets van doen heeft met de handelwijze van Meca. Zij heeft voorts de door [A] gestelde rol van [D] weersproken. Volgens Cakewalk heeft [D] zich in feite nergens mee bemoeid en heeft hij slechts als aandeelhouder/bestuurder van Cakewalk gehandeld in de rol van borg.

De voorgeschiedenis

4.4. De rechtbank zal haar oordeel baseren op de voorgeschiedenis, zoals die is gebleken uit hetgeen door partijen is aangevoerd en uit de door hen overgelegde producties, waaronder de ver-

slaglegging van de curator in het faillissement van CLI.

[A] was in 2012 (indirect) bestuurder van CLI en heeft zich in 2012 jegens ABN AMRO borg gesteld. Deze borgstelling hing samen met door ABN AMRO aan CLI verleende kredieten. Ook Cakewalk had zich borg gesteld, voor een bedrag van 1 miljoen euro.

In 2013 heeft ABN AMRO aanleiding gezien om het kredietbeheer aan Colorful c.s. onder bijzonder beheer te stellen. In 2012 was verlies geleden en het verlies over 2013 beliep ongeveer 1,6 miljoen euro. In 2014 was het verlies € 300.000,-. Er zijn diverse kostenbesparende maatregelen getroffen en Colorful c.s. heeft de verkoop van diverse merken gestaakt, op het merk Oilily na. Klaarblijkelijk was dit alles onvoldoende om de verlieslatende situatie in voldoende mate om te buigen.

In mei 2016 heeft ABN AMRO te kennen gegeven dat in de gegeven omstandigheden een kredietlimiet van 1,5 miljoen euro passend zou zijn en zij heeft een stapsgewijze verlaging van het krediet van op dat moment 3 miljoen euro (dit bedrag was tot stand gekomen bij nadere kredietovereenkomst van 2 november 2015) tot 2,5 miljoen euro voorgestaan. Dit heeft uiteindelijk geleid tot een aangepaste kredietovereenkomst van 3 november 2016 waarbij het krediet stapsgewijs werd verlaagd tot 2,7 miljoen euro.

4.5. Daaraan voorafgaand had Oilily World op 1 juni 2016 de licentieovereenkomst met CLI opgezegd per 1 januari 2017. De rechtbank heeft uit de stukken opgemaakt dat CLI na deze opzegging de voor 1 januari 2017 reeds bestelde Oilily-artikelen voor de zomercollectie 2017 in de loop van 2017 nog kon verkopen, maar dat het daarna afgelopen zou zijn met de verkoop van Oilily-artikelen. Omdat CLI zich blijkens de overgelegde correspondentie met ABN AMRO alleen nog bezighield met de verkoop van Oilily-artikelen, moest de verkoop van artikelen onder de merknaam Lilió voor vervanging hiervan zorgen. De rechtbank verwijst hierbij naar het door ABN AMRO opgestelde gespreksverslag van 4 oktober 2016.

Cakewalk ([D]) en Geca ([B]) hebben op 31 mei 2017 Meca opgericht. Vast staat dat op 13 juli 2017 de merknaam Lilió door CLI aan Meca is overgedragen. [A] heeft daaraan voorafgaand op 31 mei 2017 ABN AMRO medegedeeld dat hij berichten over deze overdracht had ontvangen. De

eerste Lilió-collectie is vervolgens vanaf november 2017 door Meca op de markt gebracht.

De diverse betrokken (rechts)personen

4.6. Deze procedure wordt gevoerd tussen Cakewalk en [A], maar [A] heeft bij zijn verweer uitdrukkelijk de positie en handelwijze van Colorful c.s., [D], [B] en Meca ter discussie gesteld. De rechtbank zal voor zover nodig ook de rol en handelwijze van de overige betrokkenen bij de beoordeling in aanmerking nemen.

Vast staat dat [D] en [B] in diverse hoedanigheden direct of indirect betrokken zijn geweest bij Colorful c.s. [D] was bestuurder/enig aandeelhouder van Cakewalk en zijn persoon kan daarom niet volledig los worden gezien van Cakewalk. [D] was verder groot aandeelhouder van Oilily World en via Cakewalk eveneens indirect aandeelhouder van CLI.

Cakewalk ([D]) en Geca ([B]) hebben verder, zoals hiervoor al is vermeld, gezamenlijk Meca opgericht. Anders dan ter comparitie door [D] is verklaard is door middel van de door [A] overgelegde akte van oprichting van Meca gebleken dat Cakewalk 60%, en daarmee een meerderheid, van de aandelen in deze vennootschap houdt. Dat [D] niet zou hebben geweten dat Cakewalk een meerderheid van de aandelen in Meca bezit acht de rechtbank overigens niet geloofwaardig.

Door dit meerderheidsaandeel bezit Cakewalk een meerderheid van stemmen in de algemene vergadering, waarmee moet worden aangenomen dat zij, en daarmee [D] tot zijn overlijden, een doorslaggevende stem heeft bij de benoeming en het ontslag van bestuurders. De rechtbank acht het daarom aannemelijk dat hij via Cakewalk indirect invloed op Meca kon uitoefenen.

[D] was, zoals door Cakewalk niet is weersproken en door hemzelf ter comparitie is bevestigd, enige malen aanwezig bij gesprekken die tussen ABN AMRO en CLI zijn gevoerd. De stelling dat hij deelnam omdat hij als groot aandeelhouder (via Cakewalk) een aanzienlijk financieel belang had doet, wat daar verder ook van zij, er niet aan af dat hij op die wijze in staat was invloed uit te oefenen op de posities van Colorful c.s. en (indirect) ook van Cakewalk ten opzichte van ABN AMRO.

[B] is blijkens de oprichtingsakte van Meca indirect, via Geca, mede-oprichter en medeaandeelhouder en hij is aanvankelijk als bestuurder aangesteld, met de titel van algemeen directeur. Verder was [B] vanaf 23 oktober 2014 bestuurder/

algemeen directeur van Colorful Holding, waarin hij via Geca ook indirect aandeelhouder was. Blijkens de overgelegde correspondentie van ABN AMRO was met name [B] de gesprekspartner van de bank namens CLI.

Algemene uitgangspunten bij de beoordeling

4.7. De rechtbank stelt voorop dat de overgang van de positie van schuldeiser van ABN AMRO naar Cakewalk de verweermiddelen van [A] als schuldenaar in de borgstellingsverhouding niet aantast (artikel 6:145 BW). Dit brengt mee dat [A] een verweer dat is gericht tegen de handelwijze van ABN AMRO ook kan doen gelden tegen Cakewalk.

Verder geldt als uitgangspunt dat de schuldeiser rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van de borg en dat op de schuldeiser daarmee een zorgplicht ten opzichte van de borg rust. Dit uit zich onder meer daarin dat de schuldeiser zich in moet spannen om te voorkomen dat hij de borg moet aanspreken.

Ten aanzien van ABN AMRO

4.8. Het verweer van [A] voor zover het betreft de handelwijze van ABN AMRO komt er, zo begrijpt de rechtbank, in de kern op neer dat ABN AMRO jegens hem tekort is geschoten in de hiervoor genoemde zorgplicht. ABN AMRO heeft volgens [A] telkens en zonder raadpleging van hem, nieuwe afspraken gemaakt met Colorful c.s. en ABN AMRO is vervolgens niet opgetreden op het moment dat Colorful c.s. zich niet deze afspraken hield. ABN AMRO heeft volgens [A] niet gereageerd op (door hem afgegeven) signalen over de situatie bij en rond Colorful c.s. en heeft niet opgetreden tegen het niet voldoen aan de informatie-verplichting jegens haar door Colorful c.s., in het bijzonder het niet vermelden door [B] en [D] van het opzeggen door Oilily World van de licentieovereenkomst. ABN AMRO had volgens [A] de verlaging debetstand en de kredietlimiet van Colorful c.s. eerder moeten afdwingen. Zij had de door Colorful c.s. afgegeven zekerheden kunnen en moeten inwinnen. In het bijzonder had ABN AMRO volgens [A] een beroep moeten doen op de door Cakewalk en Oilily World afgegeven koopverklaring en heeft zij dit ten onrechte niet gedaan. Als ABN AMRO deze zekerheden wel had uitgewonnen zou volgens [A] minimaal 1 miljoen euro extra op het krediet zijn ingelost.

ABN-AMRO had er volgens [A] verder voor moeten zorgen dat bij het beëindigen van de kredietovereenkomsten met Colorful c.s. niet alleen haar vorderingen volledig zouden worden ingelost, maar ook dat [A] van zijn verplichtingen uit de borgstelling zou worden ontslagen.

4.9. De rechtbank oordeelt hierover als volgt. Uit de overgelegde correspondentie valt af te leiden dat de kredietpositie van Colorful c.s. bij ABN AMRO in de periode waarin de correspondentie is gevoerd een voortdurend punt van aandacht is geweest. Zij stond vanaf 2013 ook (deels) onder bijzonder beheer. De rechtbank leidt uit de correspondentie af dat ABN AMRO gaandeweg de teugels strakker heeft aangetrokken, hetgeen blijken de brief van 20 september 2017 uiteindelijk heeft geleid tot het geheel intrekken van de kredietfaciliteit.

Uit de brief van ABN AMRO van 20 september 2017, in vervolg op de brief van 20 juli 2017, valt namelijk af te leiden dat het de bedoeling was om de kredieten af te bouwen tot nihil per mei 2018. Als dat pad succesvol was gevolgd zou de borgstelling van [A] niet behoeven te worden ingeroepen. In zoverre kan ABN AMRO naar het oordeel van de rechtbank niet worden verweten de belangen van [A] te hebben genegeerd.

De verkoop van de vorderingen op Colorful c.s. door ABN AMRO aan Cakewalk van 9 januari 2018 heeft het voorgaande in die zin doorkruist, dat ABN AMRO daarna geen rol meer speelde, maar er nog wel sprake was van een aanzienlijke restschuld van ongeveer 1,5 miljoen euro, die uiteindelijk heeft geleid tot het aanspreken van [A] terwijl ABN AMRO, zoals door [A] is aangevoerd, betrekkelijk ongeschonden het schip heeft kunnen verlaten. De rol van ABN AMRO en hetgeen daaromtrent door [A] is aangevoerd verdient daarom nadere beschouwing.

4.10. Uit de hiervoor onder de feiten aangehaalde correspondentie van en met ABN AMRO, in het bijzonder het op 4 oktober 2016 opgestelde gespreksverslag, valt af te leiden dat ABN AMRO er in september 2016 al bekend mee was dat CLI de verkoop van Oilily-artikelen zou gaan beëindigen en dat zij met een ander merk verder wilde gaan. In zoverre is er naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende grond voor de stellingname van [A] dat het opzeggen van de Oililylicentie (aanvanke-lijk) voor ABN AMRO zou zijn verzwegen.

Uit de brief van ABN AMRO van 29 maart 2017 valt af te leiden dat ABN AMRO geen vertrouwen

meer had in de haar door CLI voorgespiegelde plannen. Uit deze brief blijkt verder dat de afbouw van het krediet door CLI op dat moment niet in het tempo verliep dat

ABN AMRO wenste en dat eerder was afgesproken, alsmede dat er sprake was van afbouw van voorraden en van debiteuren, als gevolg waarvan de zekerheden voor ABN AMRO waren vermindert. Ook in het gespreksverslag van 4 oktober 2016 is deze zorg al uitgesproken.

4.11. De rechtbank is van oordeel dat het verwijt van [A] aan ABN AMRO dat zij in deze situatie niet is overgegaan tot het inroepen van de zekerheden, in het bijzonder de koopverklaring, niet zonder grond is. Naar mag worden aangenomen zou met name het effectueren van de koopverklaring de debetstand van CLI substantieel hebben verlaagd, gezien de waardering van de desbetreffende voorraden. In de brief van 29 maart 2017 wordt hierover aangegeven dat aan de voorraden waarvoor de koopverklaring was afgegeven een waarde van ongeveer 1 miljoen euro wordt toegerekend. Waarom ABN AMRO in de gegeven situatie heeft volstaan met het strak volgen van de afbouw van de voorraden, zoals zij dat in de brief van 29 maart 2017 omschrijft, in plaats van het doen effectueren van de koopverklaring door Cakewalk en/of Oilily World de desbetreffende voorraden te laten kopen is door Cakewalk onvoldoende toegelicht. Weliswaar is aangevoerd dat afbouw van de voorraden financieel gunstiger was, maar zonder nadere onderbouwing middels stukken, die ontbreekt, kan dat niet zonder meer worden aangenomen.

Het verder door Cakewalk aangevoerde, inhoudende dat de borgstelling jegens [A] hoe dan ook zou zijn ingeroepen overtuigt niet, alleen al omdat Cakewalk ondanks verzoek daartoe van de zijde van [A] geen inzicht heeft gegeven in de koopverklaring en in het bijzonder of en voor welk gedeelte aan de koopverklaring uitvoering is gegeven en welke bedragen daarmee waren gemoeid. Cakewalk heeft gesteld dat de voorraden zoveel mogelijk zijn verkocht en dat het krediet van ABN AMRO met de opbrengst is ingelopen, maar zij heeft dat niet verifieerbaar onderbouwd.

4.12. Het voorgaande klemmt te meer nu ABN AMRO in de brief van 29 maart 2017 aangaf geen vertrouwen meer te hebben in het gewijzigde businessmodel.

Verder blijkt uit de brief van 29 maart 2017 dat ABN AMRO er op dat moment kennelijk nog van

uiting dat Colorful c.s. in een overgangssituatie verkeerde ten aanzien van de verkoop van Oilily naar Lilió. Maar van enig handelen door ABN AMRO naar aanleiding van de mededeling van [A] van 31 mei 2017 van zijn vermoeden dat het merkrecht van Lilió door CLI was overgedragen naar een derde, is niet gebleken en dat had gelet op het te verwachten gevolg hiervan voor CLI wel mogen worden verwacht.

4.13. Niet is gebleken dat ABN AMRO zich hier van bij de verkoop van de vordering aan Cakewalk in 2018 rekenschap heeft gegeven, noch dat zij de positie van [A] na de overdracht van de vordering heeft betrokken. Gelet op de hoedanigheid van Cakewalk van schuldeiser, borg en aandeelhouder van Colorful c.s., alsmede de kennelijk penibel geworden financiële situatie bij CLI, hadden naar het oordeel van de rechtbank de gevolgen van de overdracht voor [A] kenbaar door ABN AMRO moeten worden meegewogen, vanuit de op haar rustende verplichting om rekening te houden met de belangen van de borg. Hierbij is van belang dat in de gegeven situatie het uitwinnen van de borgstelling van [A] door Cakewalk naar het oordeel van de rechtbank door ABN AMRO kon worden voorzien.

Ten aanzien van Cakewalk

4.14. Het zwaartepunt van de stelling van [A] met betrekking tot de door hem gestelde onrechtmatig handelen van Cakewalk is gelegen in de wijze waarop CLI volgens hem in 2017 via Meca is "leeggetrokken" door [D] (Cakewalk) en [B] (Geca) door middel van het toepassen van een sterfhuisconstructie. Met als gevolg dat het faillissement van CLI en het aanspreken van [A] uit de borgstelling onvermijdelijk werd.

4.15. Cakewalk heeft de stellingname weersproken en daarbij onder meer aangevoerd dat er geen stukken zijn waaruit het leeghalen van CLI onder haar toezien oog blijkt, dat Meca en niet CLI de ontwikkelings- en productiekosten van de Liliócollectie heeft betaald, dat de waarde van het merk Lilió veel lager was dan [A] stelt, waarbij wordt gewezen op het bedrag van € 20.000,- dat uiteindelijk nog door Meca aan de curator is betaald, alsmede dat de conclusies van de curator slechts berusten op onjuiste en gekleurde informatie van [C].

4.16. De rechtbank volgt dit verweer van Cakewalk niet. Allereerst overweegt de rechtbank dat Cakewalk, na de cessie, als schuldeiser van CLI,

evenals ABN AMRO daarvoor, óók rekening moest houden met de gerechtvaardigde belangen van [A] als borg. Verder overweegt de rechtbank als volgt. Vast staat dat de rechten op het merk Lilió in juli 2017 door CLI aan Meca zijn overgedragen. Verder blijkt uit het verslag van de curator dat er op 1 juli 2017, dus vrij snel na de oprichting van Meca, een activatransactie heeft plaatsgevonden waarbij de bedrijfsmiddelen van CLI aan Meca zijn overgedragen. Uit de doelomschrijving van Meca in de oprichtingsakte valt op te maken dat zij zich bezig zou gaan houden met onder meer het ontwikkelen en verkopen van tassen, cosmetica en aanverwante zaken, derhalve dezelfde activiteiten als welke door CLI werden ondernomen. Vast staat verder dat Meca in het najaar van 2017 met de verkoop van Lilió-artikelen is begonnen. Verder is er de verklaring in de brief van ABN AMRO van 20 september 2017 dat CLI ophoudt met bestaan. Uit dit alles kan worden afgeleid dat op enig moment, medio 2017 of voordien, is besloten om de (verkoop)activiteiten van CLI te staken en over te hevelen naar Meca.

4.17. Op grond van de bevindingen van de curator, zoals die in zijn verslaglegging zijn weergegeven (2.12 hiervoor), is naar het oordeel van de rechtbank voldoende aannemelijk geworden dat Meca de productiekosten van de Liliócollectie voor het najaar 2017 voor rekening van CLI heeft gelaten, zonder dat zij daarvoor een toereikende vergoeding aan CLI heeft betaald.

Dat de bevindingen van de curator zijn gebaseerd op onjuiste informatie van de zijde van [C] is op geen enkele wijze gebleken. In de verslaglegging van de curator wordt geen melding gemaakt van [C] als informant, daarentegen wordt wel meerdere malen melding gemaakt van het bestuur en de boekhouding (van de gefailleerde) als bron van informatie.

Uit het faillissementsverslag valt af te leiden dat de bedrijfsmiddelen, die feitelijk (tot de faillissementsdatum) in gebruik waren van de gefailleerde, middels een activatransactie al op 1 juli 2017 in eigendom zijn overgedragen aan Meca voor een bedrag van € 20.000,-. deze koopsom is aanvankelijk niet door Meca betaald, maar verrekend. Gesteld noch gebleken is dat er een deugdelijke grondslag was voor deze verrekening. Na vernietiging door de curator ex artikel 42 en artikel 43 Faillissementswet heeft de curator een schikking getroffen voor een bedrag van € 20.000,-. Daarnaast heeft de curator uit de fi-

nanciële administratie het vermoeden afgeleid dat diverse (hoge) productiekosten te laste zijn gebracht van de gefailleerde, terwijl de opbrengsten – verkoopomzet van de geproduceerde zaken – zijn genoten door Meca zonder dat een toerekenende vergoeding aan de gefailleerde is betaald. op basis hiervan heeft de curator de betreffende onderliggende overeenkomst vernietigd. De rechtbank begrijpt het faillissementsverslag aldus dat na onderhandelingen ook op dit punt een schikking is getroffen met Meca. De beslissing van de curator om met Meca een schikking te treffen omtrent de overnamesom is gebaseerd op een aantal overwegingen, zodat daaruit niet kan worden afgeleid dat de door Meca van CLI overgenomen activa slechts een geringe waarde vertegenwoordigden, zoals door Cakewalk is gesteld.

4.18. Zonder nadere informatie van de zijde van Cakewalk, die ontbreekt, is dan ook aannemelijk dat de handelwijze van Meca, in welke vennootschap Cakewalk overheersende zeggenschap had, ertoe heeft geleid dat de schuldenlast van CLI beduidend lager was geweest indien voornoemde handelwijze achterweg was gebleven.

Weliswaar heeft Cakewalk betwist dat de waarde van de activa hoger was dan het bedrag dat Meca hiervoor heeft betaald, alsmede dat de ontwikkel- en productiekosten van de Liliócollectie door CLI zijn voldaan, maar had het naar het oordeel van de rechtbank op de weg van Cakewalk gelegen om hieromtrent nadere duidelijkheid te verschaffen door middel van het overleggen van relevante bescheiden. Zij is daartoe als meerderheidsaandeelhouder van Meca in de positie. Cakewalk heeft dat echter niet gedaan, ook niet nadat dit ter comparitie aan de orde is gesteld. De door haar overgelegde jaarrekening van Colorful Holding is in dit kader onvoldoende omdat daarin niet tot uitdrukking komt waar het bij het voorgaande om gaat.

4.19. [A] heeft met hetgeen door hem is aangevoerd en gesteld voldoende aannemelijk gemaakt dat mede door (indirect) toedoen van Cakewalk CLI op zodanige wijze is ontmanteld dat het aflossen van het krediet aan ABN AMRO niet meer mogelijk was, als gevolg waarvan de borgstelling werd aangesproken. Cakewalk heeft dat onvoldoende weersproken. Dat klemmt te meer nu Cakewalk na de cessie van de vordering van de bank op CLI op basis van de op haar rustende zorgplicht rekening diende te houden met de belangen van de borg.

4.20. De rechtbank betreft bij dit oordeel verder nog dat tijdens de procedure is gebleken dat Meca inmiddels het licentierecht van Oilily heeft verkregen. Bij conclusie van repliek van 2 oktober 2019 heeft Cakewalk dit nog weersproken en gesteld dat deze licentie bij een Duits bedrijf [I] GmbH was ondergebracht, maar bij nadere akte heeft zij erkend dat Meca reeds met ingang van juli 2019 het licentierecht van Oilily tassen voor de zomercollectie 2020 had verkregen. Vastgesteld kan worden dat deze licentie hiermee weer is ondergebracht bij een vennootschap waarin [D] tot zijn overlijden een (indirect) meerderheidsbelang had. Al met al kan op basis van het voorgaande worden geconcludeerd dat de activiteiten van CLI door Meca zijn voortgezet.

4.21. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat voldoende aannemelijk is dat ABN AMRO bij de verkoop van de vordering op CLI aan Cakewalk jegens [A] onzorgvuldig heeft gehandeld, door zijn belangen als borg daarbij niet kenbaar te hebben meegewogen, alsmede dat voldoende aannemelijk is dat Cakewalk, in haar hoedanigheid van meerderheids-aandeelhouder van zowel CLI als Meca, heeft meegewerkt aan de ontmanteling van CLI op een zodanige wijze dat daardoor een niet in te lopen schuldpositie jegens ABN AMRO ontstond, als gevolg waarvan de borgstelling van [A] door Cakewalk is ingeroepen, terwijl zij als schuldeiser rekening diende te houden met de gerechtvaardigde belangen van [A]. Deze handelwijze als onrechtmatig kan worden aangemerkt. De vordering van Cakewalk zal daarom worden afgewezen.

4.22. Hetgeen door partijen verder nog is aangevoerd behoeft gezien het voorgaande geen beoordeeling.

4.23. Cakewalk heeft ten laste van [A] conservatoire beslagen gelegd onder de Coöperatieve Rabobank U.A. en [A] Beheer B.V., alsmede op de onroerende zaak staande en gelegen aan [adres], [kadastrale bekendheid], de woning van [A].

[A] heeft bij conclusie van antwoord gemotiveerd aangegeven dat deze belagen dienen te worden opgeheven. Cakewalk is hierop niet ingegaan in haar conclusie van repliek. De rechtbank ziet aanleiding om de beslagen op te heffen.

4.24. Cakewalk zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de proceskosten. Aan de zijde van [A] worden deze kosten vastgesteld op € 12.010,00 vanwege salaris advocaat (tarief VI, € 2.402,00 per punt, 5 punten), en

€ 1.565,00 vanwege vastrecht, totaal € 13.575,00, alsmede de nakosten, begroot op € 157,00, te vermeerderen met € 82,00 in geval van betekening van dit vonnis, alles te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na betekening van dit vonnis, tot aan de dag der algehele voldoening.

In het vonnis in het vrijwaringsincident van 6 juni 2018 is een beslissing over de kosten aangehouden, zodat daarop alsnog zal worden beslist. Aangezien de vordering van [A] in het vrijwaringsincident is toegewezen, zal Cakewalk in de proceskosten worden veroordeeld. Aan de zijde van [A] worden de proceskosten vastgesteld op € 543,00 vanwege salaris advocaat (vordering onbepaald, tarief II, 1 punt).

4.25. In de procedure in vrijwaring tussen [A] en [B] met zaaknummer C/17/162187/HAZA 18-193, is volgens het heden in die procedure gewezen vonnis de vordering van [A] afgewezen, met veroordeling van [A] in de proceskosten. [A] heeft in de onderhavige procedure geconcludeerd Cakewalk te veroordelen tot betaling van die ten laste van hem komende proceskosten. De rechtbank zal daartoe niet overgaan. [A] had ervoor kunnen kiezen om de uitslag van de onderhavige procedure af te wachten, alvorens [B] in rechte te betrekken, maar dat heeft hij niet gedaan.

Dat vanwege de uitspraak in de onderhavige zaak de vordering op [B] in de vrijwaringsprocedure wordt afgewezen, dient voor rekening en risico van [A] te blijven.

3. De beslissing

De rechtbank:

3.1. wijst de vordering af,

3.2. heft de door Cakewalk ten laste van [A] op 19 februari 2018 gelegde beslagen onder de Coöperatieve Rabobank U.A. en [A] Beheer B.V., alsmede het beslag op de onroerende zaak staande en gelegen aan [adres], [kadastrale bekendheid], op,

3.3. veroordeelt Cakewalk in de proceskosten (...; *red.*),

3.4. veroordeelt Cakewalk in de proceskosten in het vrijwaringsincident (...; *red.*),

3.5. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad voor wat betreft hetgeen vanaf 3.2. is toegewezen.

NOOT

1. Dit vonnis betreft de zorgplicht van de bank als schuldeiser/begunstigde van een borgtocht jegens de borg. Een dergelijke plicht kan zich voordoen tijdens de duur van de borgtocht of in verband met het aanspreken van de borg in geval van niet-nakoming door de hoofdebiteur. Het gaat derhalve niet om de (eventuele) informatie en waarschuwingsplicht bij het aangaan van de borgtocht.

2. A is bestuurder en indirect minderheidsaandeelhouder van Colorful Holding. Cakewalk is daarvan de meerderheidsaandeelhouder. Colorful Holding heeft drie werkmaatschappijen, gezamenlijk aangeduid als Colorful c.s., die in 2012 een financiering met de bank aangaan, waarvoor zij diverse zekerheden verstrekken en waarvoor A zich borg stelt voor een bedrag van € 300.000 en Cakewalk voor € 1 miljoen. Reeds in 2013 wordt Colorful c.s. ondergebracht bij de afdeling Bijzonder Beheer van de bank. Vanaf dan, en in versterkte mate vanaf 2016, wanneer A geen bestuurder meer is van Colorful Holding en ook geen bemoeienis meer heeft met Colorful c.s., worden met de bank besprekingen gevoerd met het oog op de afbouw van het krediet. Een belangrijke oorzaak van de deconfiture van Colorful c.s. was de overplaatsing ("leegtrekken") van kernactiviteiten naar een onderneming die gelieerd was aan Cakewalk, de andere, meerderheidsaandeelhouder van Colorful Holding. In 2018 verkoopt de bank haar restvordering op Colorful c.s. van € 1,5 miljoen aan Cakewalk, waardoor de borgtocht als nevenrecht mee overgaat. Het is Cakewalk die in deze procedure betaling vordert van A als borg. Deze verweert zich met de stelling dat zowel de bank als Cakewalk hun zorgplicht met betrekking tot de borgtocht hebben geschonden op grond waarvan de borgtocht niet meer met succes tegen A kan worden ingeroepen.

3. De rechtbank stelt met juistheid voorop dat eventuele verweren tegen de bank als de oude schuldeiser ook gevoerd kunnen worden tegen Cakewalk als de nieuwe schuldeiser, art. 6:145 BW. Vervolgens neemt de rechtbank in r.o. 4.7 slot als uitgangspunt dat de schuldeiser rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de borg en dat op de schuldeiser daarmee een zorgplicht ten opzichte van de borg rust, het-

geen zich onder meer daarin uit dat hij zich moet inspannen om te voorkomen dat hij de borg moet aanspreken. De rechtbank stelt vast dat de bank voortdurende besprekingen heeft gevoerd en stappen heeft ondernomen teneinde reorganisaties te bewerkstelligen, de teugels strakker aan te trekken en het krediet af te bouwen. In zoverre kan de bank niet verweten worden de belangen van de borg genegeerd te hebben. Na verkoop van de restvordering was de rol van de bank uitgespeeld, aldus de rechtbank, in r.o. 4.9 slot. In r.o. 4.10-4.12 bespreekt de rechtbank diverse verwijten van de borg aan het adres van Cakewalk, de nieuwe schuldeiser, die neerkomen op het leegtrekken en de ontmanteling van Colorful c.s door Cakewalk en aan haar gelieerde ondernemingen. En dan komt r.o. 4.13. Daarin overweegt de rechtbank dat de bank bij haar verkoop van de restvordering aan Cakewalk, gelet op diens hoedanigheid als schuldeiser, borg en aandeelhouder, de gevolgen van de overdracht voor A als borg kenbaar had moeten meewegen vanuit de op haar rustende verplichting om rekening te houden met de belangen van de borg. Daarbij is van belang, aldus de rechtbank, dat het uitwinnen van de borgstelling door Cakewalk door de bank kon worden voorzien. In r.o. 4.21 concludeert de rechtbank dat de bank onzorgvuldig heeft gehandeld door de belangen van de borg niet kenbaar meegewogen te hebben. Nu dat verweer ook gevoerd kan worden jegens de nieuwe schuldeiser, Cakewalk, is dat een grond voor afwijzing van diens vordering op de bank.

4. Met het gekozen uitgangspunt dat de bank zich moet inspannen om te voorkomen dat hij de borg moet aanspreken, zet de rechtbank hoog in. Dit uitgangspunt is vermoedelijk overgenomen uit Asser/Van Schaick 7-VIII, 2018, nr. 84, met als kopje "Inspanningsverplichtingen ten laste van de schuldeiser". Asser/Van Schaick duidt deze inspanningsverplichtingen aan als nevenverbintenissen van de crediteur die hun wortel hebben in de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). In genoemde passage passeert een reeks van dergelijke (mogelijke) nevenverbintenissen de revue, waaronder de gehoudenheid om, voor zover dat althans in redelijkheid van hem gevergd kan worden, maatregelen te treffen die voorkómen dat hij de borg moet aanspreken. Dat lijkt heel vergaand, maar heeft in feite niet veel om het lijf. In werkelijkheid gaat het hier om het subsidiariteitsbeginsel van art.

7:855 lid 1 BW, inhoudende dat de crediteur, alvorens de borg aan te spreken, eerst geconstateerd moet hebben dat de hoofdebiteur in gebreke is. Men dient hierbij ook voor ogen te houden dat bijvoorbeeld voor het onnodig prijsgeven van zekerheden geen toevlucht behoeft te worden genomen tot de vage groep van nevenverbintenissen, omdat een dergelijk verwijt reeds is ondervangen in een concrete wetsbepaling: art. 6:154 BW. Er bestaat veel rechtspraak waarin een beroep op schending van de hier besproken nevenverbintenis is afgewezen en de beslissingen met een tegengestelde uitkomst zijn zeer schaars, zie mijn overzichtsnoot bij Hof Den Bosch 24 april 2012, «JOR» 2012/273 en bij Rb. Midden-Nederland 8 januari 2014, «JOR» 2014/117. In deze zin ook het slot in de hierboven vermelde paragraaf in Asser/Van Schaick.

5. In de onderhavige procedure is schending wél aangenomen. Maar het verwijt dat de rechtbank de bank maakt, bestaat uit niets meer dan dat de bank de gevolgen voor de borg van de overdracht van de restvordering niet kenbaar heeft meegewogen. Ik vraag mij in gemoede af waarin dat meewegen zou moeten bestaan en of welk meewegen dan ook de positie van de borg verbeterd zou hebben. Hoe dan ook, uit niets blijkt dat de bank op de hoogte was van het leegtrekken van de hoofdebiteur door de nieuwe schuldeiser/meerderheidsaandeelhouder. Ja, de bank was inderdaad op de hoogte van de penibele situatie van de hoofdebiteur, maar als de bank de vordering niet had overgedragen, dan had zij de borgtocht ingeroepen en de rechtbank had al overwogen dat de bank vóór de overdracht niets te verwijten viel. En wat betekent toch *kenbaar* meewegen? Het onderhavige vonnis is gewezen ná de datum van het Promontoria-arrest van de Hoge Raad 10 juli 2020, «JOR» 2020/267, m.nt. Biemans, waarin, onder meer, de prejudiciële vraag is gesteld of, geparafraseerd, op een bank die een portefeuille vorderingen overdraagt aan een niet-bank, zekere zorgplichten rusten om daarbij rekening te houden met de belangen van de debiteuren van die vorderingen, een vraag die de Hoge Raad overigens verkoos niet te beantwoorden. Zou dit arrest de inspiratiebron voor de rechtbank zijn geweest? Die context en de betrokken belangen en gevolgen van de overdracht voor de debiteur daarbij zijn echter van een geheel andere orde, zodanig dat over-

plaatsing naar gevallen als de onderhavige maar tot dwaalsporen leidt.

6. De rechtbank onderschrijft het verweer van de borg jegens de nieuwe schuldeiser, Cakewalk, dat deze, tezamen met aan haar gelieerde ondernemingen, Colorful c.s. heeft ontmanteld en leeggetrokken, waardoor een deconfiture niet kon uitblijven, met als gevolg het inroepen van de borgtocht. De rechtbank oordeelt in r.o. 4.21 dat dat handelen als meerderheidsaandeelhouder onrechtmatig is en wijst de vordering van Cakewalk af. Dat oordeel zal niet verbazen en zou, naar het zich laat aanzien, op zichzelf voldoende grond zijn geweest om de vordering in haar geheel af te wijzen. Ook daarom had, naar mijn gevoel, het oordeel dat (ook) de bank onzorgvuldig heeft gehandeld, beter achterwege kunnen blijven. Men dient terughoudend te zijn met het toelaten van vage noties omtrent nevenverplichtingen.

mr. R.I.V.F. Bertrams
off counsel AKD

26

Ook “verzwegen” echtgenote kan borgtocht-overeenkomst vernietigen

Kantonrechter Rechtbank Limburg zp
Roermond
7 oktober 2020, zaaknr. 8227276\CV EXPL
19-8948, ECLI:NL:RBLIM:2020:7564
(mr. Van Leeuwen)
Noot mr. V.C. Audiffred

Borgtochtovereenkomst. Toestemmingsver-eiste ex art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW. Ratio art. 1:88 en 1:89 BW. Ook indien borg bij aangaan borgtochtovereenkomst heeft verzwegen dat hij gehuwd was, kan zijn echtgenote zich beroepen op vernietiging van de borgtocht.

[BW art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c, 1:89]

De overeenkomst van borgtocht is genoemd onder art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW. Gedaagde sub 2 behoeft daarom de toestemming van zijn echtgenote voor het aangaan van de overeen-

komst. Art. 1:88 en 1:89 BW zijn onder meer in het leven geroepen om de ene echtgenoot te beschermen tegen het aangaan van de in art. 1:88 BW omschreven risicovolle rechtshandelingen door de andere echtgenoot. Deze ratio, die beoogt de echtgenote van gedaagde sub 2 te beschermen tegen “onverantwoorde” beslissingen van haar echtgenoot, zou niet tot haar recht komen, als geen beroep op de vernietiging zou kunnen worden gedaan op de grond dat gedaagde sub 2 bij het aangaan van de overeenkomst van borg onjuiste informatie heeft verstrekt, bijvoorbeeld omdat hij heeft verzwegen dat hij een echtgenote heeft. Immers, indien de consequentie zou moeten zijn dat gedaagde sub 2 daardoor toch aan de borgstelling kan worden gehouden, zou dat onvermijdelijk ook gevolgen hebben voor het vermogen van zijn echtgenote. De stelling van eiseres dat gedaagde sub 2 bij het aangaan van de overeenkomst heeft verzwegen dat hij gehuwd was, is gelet op het voorgaande niet relevant.

OPR-Finance BV te Amsterdam,
eisende partij,
gemachtigde: De Schout Gerechtsdeurwaarders BV,
tegen
1. X,
gedaagde partij,
gemachtigde: mr. S.C. Blommendaal,
2. Y,
gedaagde partij,
gemachtigde: mr. J.M.C. de Ree.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. OPR-Finance BV heeft op 17 mei 2018 een leningsovereenkomst gesloten met [bedrijfsnaam] te [vestigingsplaats].

2.2. [gedaagde partij 1] heeft zich middels een particuliere overeenkomst van borgtocht borg gesteld voor het bedrag dat [bedrijfsnaam] uit hoofde van de leningsovereenkomst aan OPR-Finance BV verschuldigd is, tot een maximum van € 81.336,00.

2.3. [bedrijfsnaam] is op 19 maart 2019 in staat van faillissement verklaard.

2.4. OPR-Finance BV heeft roeyement verzocht van de procedure tegen [gedaagde partij 1]. [gedaagde partij 1] heeft ingestemd met roeyement van de procedure tegen hem.