

nen dat enig onderzoek naar de waarde van de aandelen in WSWK binnen de reikwijdte van die onderzoeksplicht valt. In dit geval zou dat onderzoek in ieder geval moeten bestaan uit het bevragen van de statutair bestuurder van lfo. In ieder geval heeft een gesprek met A plaatsgevonden, maar daarbij is de curator niet juist of niet volledig geïnformeerd.

11. Bovendien rust op de statutair bestuurder van de gefailleerde vennootschap een bijzondere zorgplicht die in dit geval zou hebben ingehouden dat de bestuurder de curator op zijn minst had moeten informeren over de verwachte liquidatie-uitkering. Zie over de bijzondere zorgplicht ook HR 11 februari 2011, «JOR» 2011/114, m.nt. Van Andel (*Ontvanger/Wesselman*), waarin een statutair bestuurder van een failliete vennootschap een partij tegels overnam van de curator voor € 250.000 om de tegels direct door te verkopen aan een derde voor € 800.000. In dat geval werd aangenomen dat dergelijk handelen van de bestuurder zelfs onrechtmatigheid kan opleveren. In de huidige casus ontbreekt het sterke speculatieve karakter en kon WK Holding de aandelen niet direct doorverkopen tegen een veel hogere prijs, dus de vergelijking gaat wat dat betreft mank, maar de bijzondere zorgplicht van de bestuurder ten opzichte van de curator en de schuldeisers in het faillissement is wel van toepassing. Hoewel A in de jaren voorafgaand aan het faillissement van lfo niet zelf bestuurder was, maar zijn kinderen het (indirect) bestuur van lfo vormden, vormt A's betrokkenheid bij lfo een belangrijke omstandigheid die in de context van deze zaak zou moeten worden meegewogen.

mr. J.M. van den Berg
advocaat HVG Law

71

Faillissement voormalig (indirect) bestuurder van vastgoedfonds staat niet in de weg aan gijzeling

Gerechtshof Amsterdam
28 oktober 2020, zaaknr. 200.284.288/01,
ECLI:NL:GHAMS:2020:2928
(mr. Melissen, mr. Lewin, mr. Klomp)
Noot mr. W.J.B. van Nielen

Voormalig (indirect) bestuurder van vastgoedfonds veroordeeld tot informatieverschaffing op straffe van gijzeling ex art. 585 Rv. Bestuurder wordt daarna persoonlijk failliet verklaard. Uitsluiting van lijfswang ex art. 33 Fw maakt gijzeling ten aanzien van verplichtingen die de boedel niet raken, niet onmogelijk. Gijzeling staat niet in de weg aan de mogelijkheid dat de curator van de bestuurder hem in gijzeling laat nemen ex art. 87 Fw. Verwijzing naar HR 13 oktober 1989, NJ 1989/987 (Hutter/De Groot).

[Fw art. 33, 87; Rv art. 585]

Het beroep van appellant op art. 33 Fw faalt. Appellant is uit hoofde van zijn functie als voormalig (indirect) bestuurder van EREF III veroordeeld tot het verschaffen van informatie over financiële gegevens over EREF III. In HR 13 oktober 1989, NJ 1989/987 (Hutter/De Groot) staat het volgende: "Het doel van het faillissement is het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen. De werking van het faillissement is dan ook beperkt tot het vermogen van de schuldenaar, zoals blijkt uit de vermelde wettelijke bepalingen en de uitwerking daarvan in de overige bepalingen van de Faillissementswet. Het in art. 33 lid 1 omtrent lijfswang bepaalde moet in overeenstemming met die beperkte werking van het faillissement worden uitgelegd. Het vindt zijn verklaring in de omstandigheid dat de schuldenaar de ten laste van zijn in het faillissement vallend vermogen komende verplichtingen niet meer kan voldoen, zodat dwang tegen zijn persoon in zoverre geen zin heeft. (...). De wetsgeschiedenis bevat geen aanknopingspunt

voor de veronderstelling dat de wetgever de uitsluiting van lijfswang in algemene bewoordingen heeft geformuleerd om aldus ook ten aanzien van verplichtingen die de boedel niet raken, ten uitvoerlegging bij lijfswang onmogelijk te maken. Aangezien de verplichtingen die appellant op straffe van lijfswang dient na te komen, niet de boedel direct raken, betekent dit dat de lijfswang niet vanwege het faillissement van appellant behoeft te worden opgeheven. Naast een informatieverplichting van appellant jegens de stichting over EREF III bestaat een informatieverplichting jegens de curator over zijn privévermogen. Art. 33 Fw laat dus toe dat de op grond van art. 585 Rv toegestane lijfswang wordt voortgezet. De curator van appellant heeft in dat verband verklaard dat de informatieverplichting van appellant jegens de stichting de boedel van appellant niet raakt en dat er geen aanleiding is om aan te nemen dat de gelden waarover de stichting rekening en verantwoording verlangt, op een privérekening van appellant staan. Verder is van belang dat de op verzoek van de stichting uitgevoerde gijzeling niet in de weg staat aan de mogelijkheid dat ook de curator appellant in gijzeling laat nemen, indien daartoe aanleiding is (op grond van art. 87 Fw). Overigens heeft de curator verklaard dat hij thans geen aanleiding daartoe ziet, omdat hij alle benodigde informatie heeft ontvangen. Art. 87 Fw deroegert niet zonder meer aan art. 585 Rv.

X,
appellant,
advocaat: mr. V.P. Melens,
tegen
Stichting Deelnemers Expat Real Estate Fund III te Haarlem,
geïntimeerde,
advocaat: mr. R.A.M. Schram.

(...; red.)

2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.8 de feiten opgesomd die zij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt.

3. Beoordeling

3.1. Verkort weergegeven gaat het in deze zaak om het volgende.

(i) De Stichting behartigt de belangen en houdt toezicht op Expat Real Estate Fund III B.V. (hierna: EREF III), een vennootschap die een vastgoedfonds exploiteert. Particuliere participanten (hierna: de deelnemers) hebben in totaal € 2.500.000,- verstrekt aan EREF III. [appellant] was tot voor kort (middellijk) bestuurder van EREF III.

(ii) In een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 11 juni 2019 (hierna: het vonnis van 11 juni 2019) is (voor zover van belang) de volgende beslissing genomen (waarbij [appellant] is begrepen in de aanduiding EREF III c.s.):

“De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt EREF III c.s. hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis aan de Stichting te betalen een bedrag van € 2.500.000,- (twee miljoen vijfhonderdduizend euro),

5.2. veroordeelt EREF III c.s. hoofdelijk om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis aan de Stichting een specificatie te verstrekken van de huurinkomsten die door EREF III zijn ontvangen,

5.3. veroordeelt EREF III c.s. hoofdelijk om binnen veertien dagen aan de Stichting rekening en verantwoording af te leggen omtrent de gelden die door de participanten aan EREF III zijn verstrekt en een gespecificeerde opgave te doen van de uitgaven en inkomsten van EREF III en daarbij de onderliggende facturen en bankafschriften over te leggen,

5.4. veroordeelt EREF III c.s. hoofdelijk om alle redelijke inspanningen te verrichten om ervoor zorg te dragen dat binnen twee maanden na betekening van dit vonnis de jaarstukken en de exploitatierekeningen van EREF III over 2017 en 2018 aan de Stichting kunnen worden overgelegd, (...)”

(iii) Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 19 september 2019 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Noord-Holland, zittingsplaats Haarlem is onder meer het volgende overwogen en beslist:

“de veroordeling onder 5.2.

(...)

4.6. (...) (...) De voorzieningenrechter acht het (...) aannemelijk dat [appellant] inhoudelijk (nog steeds) niet aan de veroordeling uit rechtsoverweging 5.2. van het Vonnis heeft voldaan. Daartoe is redengevend dat genoegzaam is gebleken dat het overgelegde huuroverzicht incompleet is, nu [appellant] de stelling van de Stichting, dat twee van de bij EREF III in het bezit zijnde panden ontbreken op het huuroverzicht, geheel onbetwist heeft gelaten.

de veroordeling onder 5.3.

4.7. Volgens de voorzieningenrechter brengt een redelijke uitleg van de veroordeling onder 5.3. van het Vonnis mee dat [appellant] op grond van de door hem af te leggen rekening en verantwoording, zoals de Stichting terecht stelt, gehouden was een gespecificeerde opgave te doen van hetgeen er is gebeurd met de gelden die door de deelnemers aan EREF III zijn verstrekt, waarbij zou moeten horen een gespecificeerde opgave omtrent de bezittingen, de vorderingen en schulden van EREF III.

4.8. De Stichting heeft aannemelijk gemaakt dat [appellant] daar niet aan heeft voldaan. Zo ontbreekt niet alleen het verlangde overzicht van inkomsten en uitgaven; ook de onderliggende bankfacturen ontbreken in zijn totaliteit. [appellant] heeft aangevoerd dat hij niet in staat was de bedoelde facturen over te leggen vanwege het verbreken van de bankrelatie door de SNS Bank. (...) De voorzieningenrechter acht het overigens onaannemelijk dat de verlangde stukken na het beëindigen van een bankrelatie niet meer toegankelijk en inzichtelijk zouden zijn voor een ex-rekeninghouder, zodat het verweer van [appellant] ook in zoverre faalt.

4.9. Voorts ontbreekt ook (een overzicht van) de administratie van EREF III en is door [appellant] niet inzichtelijk gemaakt op welke Duitse bankrekening hij een bedrag van € 1.039.228,- heeft gestationeerd. Ook ter zitting heeft [appellant] hierover geen details willen verstrekken. Het voorgaande leidt de voorzieningenrechter dan ook tot de conclusie dat [appellant] eveneens niet heeft voldaan de veroordeling onder 5.3. van het Vonnis en ter zake dwangsommen heeft verbeurd. de veroordeling onder 5.4.

4.10. Niet in geschil is dat de jaarrekeningen en exploitatierekeningen over 2017 en 2018 nog niet zijn overgelegd. Voor zover [appellant] dienaangaande een beroep op overmacht heeft willen doen omdat zijn boekhouder de relatie met hem

heeft verbroken, faalt dat beroep. Ook daarvoor heeft [appellant] kennelijk geen pogingen ondernomen om de boekhouder aan het werk te zetten en niets belet hem om een andere boekhouder in te schakelen. [appellant] is veroordeeld 'alle redelijke inspanningen' te verrichten om de bedoelde stukken zo spoedig mogelijk gereed te hebben en het lag het op zijn weg om direct nadat het Vonnis aan hem was betekend een nieuwe boekhouder te zoeken teneinde aan de veroordeling te voldoen. Ook ten aanzien van de veroordeling onder 5.4. heeft [appellant] dus dwangsommen verbeurd.

(...)

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. bepaalt dat het Vonnis ten uitvoer kan worden gelegd bij lijfswang voor de duur van één dag voor iedere dag of een gedeelte daarvan dat [appellant] na betekening van dit vonnis geen (volledige) uitvoering geeft aan de veroordelingen als genoemd in 5.2., 5.3. en 5.4. van het Vonnis, met bepaling dat de lijfswang in totaal een periode van 30 dagen niet zal overschrijden, (...)"

(iv) Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 13 februari 2020 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Noord-Holland, zittingsplaats Haarlem (hierna: het vonnis van 13 februari 2020) is onder meer het volgende overwogen en beslist: "4.1. Het onderhavige kort geding betreft een vordering tot hernieuwde oplegging van lijfswang ter afdwinging van de nakoming van de veroordelingen in rechtsoverwegingen 5.2, 5.3 en 5.4 van het hiervoor genoemde vonnis van 11 juni 2019. (...)

4.2. Het primaire verweer van [appellant] houdt in dat hij heeft voldaan aan de veroordelingen in rechtsoverwegingen 5.2 tot en met 5.4 van het vonnis van 11 juni 2019. (...)

4.3. Aan zijn stelling dat hij aan dit deel van de veroordeling [vzr: specificatie van de huurinkomsten] heeft voldaan, legt [appellant] een overzicht van huurinkomsten ten grondslag, dat is bijgewerkt tot 1 juli 2019 (bijlage 5.2.2 bij het informatiememorandum). Volgens de onweersproken stelling van de Stichting, betreft dit echter hetzelfde overzicht als het overzicht dat aan de voorzieningenrechter voorlag in het vonnis van 19 september 2019. Destijds kwam de voorzieningenrechter tot het oordeel dat dit overzicht niet volstaat (...) Daarom is de voorzieningenrechter ook nu van oordeel dat [appellant] met het overleggen van bijlage 5.2.2 niet heeft voldaan

aan de veroordeling in rechtsoverweging 5.2 van het vonnis van 11 juni 2019. (...)

4.4. Partijen twisten over de vraag wat onder de verplichting van [appellant] tot het afleggen van rekening en verantwoording moet worden verstaan. [appellant] betoogt dat hij slechts is verplicht tot het geven van een toelichting op de uitgaven en inkomsten van EREF III uit het verleden, maar dat op hem geen verplichting rust een opgave te doen van het huidige vermogen van EREF III en evenmin om informatie te verstrekken over waar dat vermogen zich op dit moment bevindt, zoals de Stichting van [appellant] verlangt. De discussie tussen partijen heeft zich wat dit betreft toegespitst op een viertal Duitse bankrekeningen van EREF III, waarvan [appellant] het bestaan ter zitting heeft erkend. Volgens [appellant] is hij niet verplicht om de Stichting inzage te verstrekken in de Duitse bankrekeningen en het (huidige) saldo op die bankrekeningen.

4.5. (...) (...) [appellant] heeft ter zitting verklaard dat EREF III actief bankiert op de vier Duitse bankrekeningen, en dat EREF III van in ieder geval één huurder de huur (dus inkomsten van EREF III) ontvangt op de Duitse bankrekening(en). Daarbij komt nog dat [appellant] ook heeft verklaard dat hij een bedrag van € 1.039.228,- van EREF III heeft overgemaakt naar een Duitse bankrekening van EREF III, welk bedrag gedeeltelijk afkomstig is uit de verkoop van een deel van de vastgoedportefeuille van EREF III (de appartementen aan de [adres]) en daarom eveneens moet worden aangemerkt als inkomen van EREF III. De onderhavige rechtsverhouding brengt voor [appellant] de verplichting mee om inzichtelijk te maken op welke wijze de door de deelnemers aan EREF III verstrekte gelden, waarvan het beheer aan EREF III is toevertrouwd en ten aanzien waarvan de Stichting toezicht uitoefent, renderend zijn gemaakt. Dat omvat stellig ook de verplichting van [appellant] om inzage te verstrekken in de Duitse bankrekeningen van EREF III door het overleggen van de (digitale/online) bankafschriften. (...)

4.6. [appellant] heeft daaraan niet voldaan. (...)

4.19. De tenuitvoerlegging door lijfswang, en dus ook de verlenging daarvan, is slechts toegestaan indien de belangen van de Stichting dat rechtvaardigen, mede gezien de betrokken belangen van [appellant]. In dat kader merkt de voorzieningenrechter op dat de houding van [appel-

lant] tot nu toe niet getuigt van een daadwerkelijke welwillendheid om aan het vonnis van 11 juni 2019 te voldoen, maar van een (glasharde) ontkenning van zijn verplichtingen en een bedoeling om de Stichting op het verkeerde been te zetten of ten minste aan het lijntje te houden. [appellant] tracht op alle mogelijke manieren om onder zijn verplichtingen uit te komen en miskent daarmee de zwaarwegende belangen van de deelnemers (die worden vertegenwoordigd door de Stichting). Daarom is een steviger prikkel tot nakooming op zijn plaats. De voorzieningenrechter zal de Stichting op de volgende wijze de bevoegdheid geven om, zo nodig, voor een periode van 180 dagen lijfswang toe te passen.

(...)

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

(...)

5.3. bepaalt dat [appellant] aan zijn verplichting tot informatieverschaffing aan de Stichting als opgenomen in het vonnis van 11 juni 2019 kan voldoen door uiterlijk 15 maart 2020 aangetekend en met bericht van ontvangst dan wel door afgifte tegen ontvangstbewijs aan de Stichting ter beschikking te stellen:

1. alle bankrekeningafschriften van alle bankrekeningen van EREF III bij banken binnen en buiten Nederland, waaronder de bankrekening(en) van EREF III bij SNS (De Volksbank) en de vier Duitse bankrekeningen van EREF III zoals door [appellant] genoemd ter zitting van 6 februari 2020; én
2. een door de boekhouder/accountant van [appellant] opgestelde, gespecificeerde en met facturen onderbouwde opgave van de uitgaven en inkomsten (inclusief alle huurinkomsten) van EREF III, én
3. deugdelijk opgemaakte jaarstukken en de exploitatierekeningen van EREF III over 2017 en 2018; (...)

(v) Bij “Informatiememorandum” van 15 maart 2020 heeft [appellant] onder meer de volgende overzichten van bankrekeningen bij “Payoneer”, “Revolut” en “TransferWise” in het geding gebracht.

Payoneer

Date	Description	Amount	Status
04 Mar. 2020	Hy [redacted] (Pineau hair)	830.00 EUR	Completed
28 Oct. 2019	[redacted] withdrawal	-2,200.00 EUR	Completed
28 Oct. 2019	[redacted] - withdrawal	-50.00 EUR	Completed
28 Oct. 2019	[redacted] - received	22.00 EUR	Completed
25 Oct. 2019	[redacted] (Eurat Real Estate Fund B)	2,300.00 EUR	Completed
25 Feb. 2019	[redacted] withdrawal	-202,000.00 EUR	Completed
25 Jan. 2019	[redacted] (silver)	910,280.00 EUR	Completed
17 Jan. 2019	[redacted] (silver)	1.00 EUR	Completed

Revolut

Expat Real Estate Fund III
[adres]

EUR Statement

Date: 1 feb. 2019 tot 29 feb. 2020

Report lost or stolen card: +44 20 3322 8362
Customer support: in-app chat

Account Summary

Total Balance as of 29 february		€ 100.498,41
Card Payments	€ 343,00	
Money Sent	€ 14,100	
Money Received	€ 0,00	
Top Up	€ 100.000,40	
ATM Withdrawals	€ 0,00	
Exchange In	€ 0,00	
Exchange Out	€ 0,00	
Revolut Fees	€ 13,99	

Transactions

Completed Date	Description	Paid Out	Balance
29 feb.	Nederland	€ 231,04	€ 100.498,41
28 feb.	To Het Broodjeshuis	€ 12,95	€ 100.730,25
28 feb.	To Floets Enterprises	€ 135,00	€ 100.743,20
28 feb.	Unknown	€ 10,40	€ 100.878,20
28 feb.	Bestseller	€ 69,99	€ 100.888,90
28 feb.	Barista Compan	€ 2,80	€ 100.958,69
28 feb.	Numbur 1	€ 23,00	€ 100.981,39

TransferWise

TransferWise Ltd.
[adres]

Need any help?

We're here to help, so if something isn't right just contact us:
transferwise.com/help

EUR statement

1 February 2020 [GMT+01:00] - 29 February 2020 [GMT+01:00]
Generated on: 15 March 2020

Account Holder

Expat Real Estate Fund III
[adres]

EUR balance on 29 February 2020 [GMT+01:00]

5.00 EUR

Topped up balance

5.00 EUR

5.00 EUR

17 February 2020 | TransferWise ID: TRANSFER-121328833

TransferWise is authorised by the Financial Conduct Authority under the Electronic Money Regulations 2011. Firm Reference 900597, for the issuing of electronic money.

(vi) Bij vonnis van 14 mei 2020 is [appellant] in staat van faillissement verklaard.

(vii) Op 5 september 2020 is [appellant] op verzoek van de Stichting in gijzeling genomen.

3.2. In eerste aanleg heeft [appellant] gevorderd:
I. [appellant] uit de gijzeling te ontslaan;
II. De Stichting te verbieden het vonnis van 11 juni 2019 en/of 19 september 2019 en/of 13 februari 2020 door middel van lijfswang ten uitvoer te leggen op straffe van een dwangsom van € 100.000,- per dag(deel) dat de Stichting daarmee in strijd handelt;
III. De Stichting te veroordelen in de proceskosten.

Aan zijn vordering heeft [appellant], kort weergegeven, ten grondslag gelegd dat (i) hij heeft voldaan aan zijn informatieverplichting, (ii) hij niet (meer) in staat is om meer informatie te verstrekken omdat hij geen toegang meer heeft tot de administratie van EREF III en (iii) lijfswang gelet op zijn faillietverklaring op grond van 33 Fw niet meer ten uitvoer kan worden gelegd.

3.3. De Stichting heeft verweer gevoerd en onder meer aangevoerd dat [appellant] (nog) niet heeft voldaan aan de bij het vonnis van 13 februari 2020 aan hem opgelegde informatieverplichting.

3.4. De voorzieningenrechter heeft in het vonnis waarvan beroep – kort samengevat – het volgende overwogen. Het vonnis van faillietverklaring heeft op grond van artikel 33 Fw onder meer tot gevolg dat vanaf dat moment geen vonnis meer bij lijfswang ten uitvoer kan worden gelegd. Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 13 oktober 1989, NJ 1989, 897 (Hutter/de Groof), staat het faillissement van [appellant] er echter niet aan in de weg dat lijfswang ten uitvoer wordt gelegd. [appellant] dient informatie te verschaffen als voormalig bestuurder van de niet-gefaillieerde EREF III en die informatie raakt de boedel van zijn faillissement niet. Voor deze situatie is artikel 33 Fw niet bedoeld. Verder is onjuist dat [appellant] alle informatie heeft verschaft. Het overgelegde “Informatiememorandum” waaronder de overzichten van de bankrekeningen bevatten niet alle gegevens die [appellant] op grond van het vonnis van 13 februari 2020 en de eerdere vonnissen had moeten overleggen. Ook blijkt nergens uit waar het bedrag van € 1.039.228,- is gebleven, welk bedrag hij naar zijn zeggen zou hebben overgemaakt naar een Duitse bankrekening van EREF III. Daarnaast ontbreekt nog steeds een gespecificeerde en met facturen onderbouwde opgave van uitgaven en inkomsten. Ten slotte heeft de voorzieningenrechter onaannemelijk geacht dat [appellant] niet meer in staat is de desbetreffende gegevens te verstrekken. [appellant] heeft aller-

eerst ná het vonnis van 13 februari 2020 nog een transactie verricht. Daarnaast acht de voorzieningenrechter het onaannemelijk dat [appellant] de pasjes, inloggegevens en -codes zou hebben vernietigd. Ten slotte dient de Stichting te beschikken over basisgegevens als tenaamstelling en rekeningnummer om zich tot de desbetreffende banken als gerechtigde te kunnen wenden. De voorzieningenrechter heeft de gevraagde voorziening geweigerd en [appellant] veroordeeld in de proceskosten.

3.5. Met zijn grieven stelt [appellant] aan de orde dat de voorzieningenrechter artikel 33 Fw onjuist heeft toegepast (grief I), dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat [appellant] in staat is om aan de informatieverplichting te voldoen (grief II) en dat de voorzieningenrechter ten onrechte eraan voorbij is gegaan dat de Stichting geen belang meer heeft bij de toepassing van lijfswang omdat zij zelf de verlangde informatie kan opvragen (grief III).

Artikel 33 Fw

3.6. Het hof is, evenals de voorzieningenrechter, van oordeel dat het beroep van [appellant] op artikel 33 Fw faalt. [appellant] is uit hoofde van zijn functie als voormalig (indirect) bestuurder van EREF III veroordeeld tot het verschaffen van informatie over financiële gegevens over EREF III. In de hiervoor onder 3.4 vermelde uitspraak van de Hoge Raad staat in rechtsoverweging 3.2, voor zover van belang, het volgende: “Het doel van het faillissement is het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen. De werking van het faillissement is dan ook beperkt tot het vermogen van de schuldenaar, zoals blijkt uit de vermelde wettelijke bepalingen en de uitwerking daarvan in de overige bepalingen van de Faillissementswet. Het in art. 33 lid 1 omtrent lijfswang bepaalde moet in overeenstemming met die beperkte werking van het faillissement worden uitgelegd. Het vindt zijn verklaring in de omstandigheid dat de schuldenaar de ten laste van zijn in het faillissement valend vermogen komende verplichtingen niet meer kan voldoen, zodat dwang tegen zijn persoon in zoverre geen zin heeft. (...). De wetgeschiedenis bevat geen aanknopingspunt voor de veronderstelling dat de wetgever de uitsluiting van lijfswang in algemene bewoordingen heeft geformuleerd om aldus ook ten aanzien van verplichtingen die de boedel niet raken, tenuitvoer-

legging bij lijfswang onmogelijk te maken”. Aangezien de verplichtingen die [appellant] op straffe van lijfswang dient na te komen niet de boedel direct raken betekent dit dat de lijfswang niet vanwege het faillissement van [appellant] behoeft te worden opgeheven. Naast een informatieverplichting van [appellant] jegens de Stichting over EREF III bestaat een informatieverplichting jegens de curator over zijn privévermogen. Artikel 33 Fw laat dus toe dat de op grond van artikel 585 Rv toegestane lijfswang wordt voortgezet. De curator van [appellant], mr. K.J. Willemse, (hierna: de curator) heeft in dat verband op de zitting in hoger beroep verklaard dat de informatieverplichting van [appellant] jegens de Stichting de boedel van [appellant] niet raakt en dat er geen aanleiding is om aan te nemen dat de gelden waarover de Stichting rekening en verantwoording verlangt, op een privérekening van [appellant] staan. Verder is van belang dat de op verzoek van de Stichting uitgevoerde gijzeling niet in de weg staat aan de mogelijkheid dat ook de curator [appellant] in gijzeling laat nemen, indien daar aanleiding toe is (op grond van artikel 87 Fw). Overigens heeft de curator op de zitting verklaard dat hij thans geen aanleiding daartoe ziet, omdat hij alle benodigde informatie heeft ontvangen. Artikel 87 Fw derogeert niet zonder meer aan artikel 585 Rv. Grief I faalt.

Buiten staat te voldoen?

3.7. [appellant] heeft grief II als volgt onderbouwd. [appellant] is niet (meer) bevoegd om namens of ten behoeve van EREF III feitelijke handelingen of rechtshandelingen te verrichten omdat hij geen (indirect) bestuurder meer is. Om die reden zullen derden de verlangde informatie, voor zover er nog informatie ontbreekt, niet aan [appellant] verstrekken. Dat geldt ook voor de verlangde informatie over de vier (online) bankrekeningen bij Payoneer, Revolut, TransferWise en SNS Bank. De Stichting is zelf bevoegd de verlangde informatie op te vragen bij die banken of bij de administrateurs van die bankrekeningen. Daarnaast heeft het hof Amsterdam bij beschikking van 20 april 2020 in een artikel 12 Sv-procedure de officier van justitie bevolen [appellant] strafrechtelijk te vervolgen. Omdat [appellant] in de toekomst niet het (strafrechtelijke) verwijt wilde krijgen dat hij zich zonder recht of titel toegang tot de (online) bankrekeningen had verschaft nadat hij daartoe niet (meer) was gerechtigd, heeft

[appellant] alle wachtwoorden en inloggegevens verwijderd. Op zitting in hoger beroep heeft [appellant] doen aanvoeren dat hij dit gedaan heeft op advies van de raadsman die hem bijstaat in de strafzaak. De prikkel tot nakoming is weg en lijfswang mag volgens de wetsgeschiedenis niet worden ingezet op het moment dat de te verrichten prestatie onmogelijk is geworden, zelfs als de schuldenaar die onmogelijkheid zelf heeft veroorzaakt.

3.8. Uit de eerdere vonnissen en ook in hoger beroep komt het beeld naar voren dat [appellant] systematisch heeft geprobeerd niet dan wel onvoldoende aan zijn veroordeling tot het geven van informatie als bedoeld in het vonnis van 11 juni 2019 gehoor te geven. In de eerste plaats zijn de door [appellant] in de procedures in het geding gebrachte stukken onduidelijk en onvolledig gebleken. Ten tweede blijkt uit de eerder gewezen vonnissen dat [appellant] verschillende uitlatingen heeft gedaan over bijvoorbeeld bij hoeveel en welke (online) banken EREF III actief zou bankieren. Zo zou het volgens mededeling van [appellant] ter zitting van 28 januari 2020 of 6 februari 2020 gaan om vier Duitse bankrekeningen, zie rechtsoverweging 4.5 van het vonnis van 13 februari 2020, maar thans heeft mr. Melens ter zitting in hoger beroep verklaard dat het om één (online) Duitse bankrekening gaat. Ten derde staat in rechtsoverweging 2.18 van het vonnis van 13 februari 2020 dat ter zitting van 27 mei 2019 is gebleken dat [appellant] een bedrag van € 1.039.228,- van EREF III heeft overgemaakt naar een Duitse bankrekening. Hierover heeft [appellant] geen nadere informatie verstrekt. De Stichting heeft op de zitting in hoger beroep aangevoerd dat [appellant] op de zitting van 27 mei 2019 heeft verklaard dat hij bankafschriften bij zich had van die desbetreffende (Duitse) rekening en vervolgens op verzoek van de voorzieningenrechter deze bankafschriften niet heeft willen tonen of overleggen. Een en ander is door [appellant] niet betwist.

3.9. Verder ziet het hof geen goede reden waarom [appellant] niet, ook niet ná het vonnis van 13 februari 2020, de inloggegevens van de bankrekeningen aan de Stichting heeft verstrekt. Dat [appellant] toen geen toegang meer had tot de bankrekeningen acht het hof ongeloofwaardig. Uit het overzicht van Payoneer (zie 3.1 onder (v)) blijkt dat [appellant] op 4 maart 2020 nog een transactie via die bankrekening heeft verricht. Dit

alles getuigt van onwil bij [appellant]. Van [appellant] mag worden verwacht dat hij in ieder geval de volgende gegevens over de vier bankrekeningen aan de Stichting verstrekt: rekeningnummer(s), tenaamstelling, naam en contactgegevens van de bank waarbij de rekening wordt aangehouden, naam en contactgegevens van de partij die op internet optreedt als degene bij wie de bankrekening wordt aangehouden of als degene die de contacten met de rekeninghouders onderhoudt, zodat de Stichting daadwerkelijk toegang tot deze bankrekeningen kan krijgen en daadwerkelijk kan nagaan naar welke rekening en op welke datum [appellant] het door hem genoemde bedrag van € 1.039.228,- van EREF III heeft overgemaakt. Dat [appellant] naar zijn beste kunnen heeft geprobeerd toegang te krijgen tot de bankrekeningen is niet aannemelijk. De nagezonden productie 5 van [appellant] waarmee wordt betoogd dat [appellant] heeft geprobeerd in te loggen bij Payoneer, kennelijk vanuit het huis van bewaring en in het bijzijn van mr. Melens, maar daarin niet is geslaagd omdat het gekoppelde e-mailadres niet in meer gebruik is, is daartoe onvoldoende. Dat de Stichting zelf heeft geprobeerd, met de beperkte gegevens die zij heeft, toegang te krijgen tot de online bankrekeningen en daarin niet is geslaagd, is het hof genoegzaam gebleken uit de door de Stichting in hoger beroep overgelegde producties en de toelichting hierop van de Stichting op de zitting. Het is dan ook niet aannemelijk dat [appellant] buiten staat is aan de informatieverplichting te voldoen. Grief II faalt eveneens.

3.10. Voor zover de grief II aldus moet worden gelezen dat [appellant] in hoger beroep zijn stelling heeft gehandhaafd dat hij reeds voldaan heeft aan zijn informatieverplichting, volgt uit het voorgaande dat de grief ook in zoverre niet slaagt.

Belang van de Stichting

3.11. Uit wat hiervoor onder 3.9 is overwogen volgt dat de Stichting nog steeds een belang heeft bij nakoming door [appellant] van zijn informatieverplichting. Grief III faalt eveneens.

3.12. Het hof acht aannemelijk dat voortdurend van de gijzeling een prikkel tot nakoming voor [appellant] van zijn informatieverplichting jegens de Stichting zal zijn. Bovendien hebben de Stichting en de deelnemers hierbij een zwaarwegend belang. De strafrechtelijke vervolging van [appellant] staat lijfswang ook niet in de weg. Dat betekent dat de gevraagde voorziening ook in hoger

beroep niet zal worden toegewezen. De informatieplichting van [appellant] ziet in de kern op het verstrekken van relevante gegevens over de (online) bankrekeningen. Met die gegevens kan de Stichting onder meer inzicht krijgen in de inkomsten en uitgaven van EREF III, waaronder de huurinkomsten. Uit de stukken volgt dat [appellant] op 15 maart 2020 onder meer de jaarrekeningen en exploitatierekeningen over de jaren 2017 en 2018 heeft verstrekt. Weliswaar heeft de Stichting deze stukken als ondeugdelijk aangemerkt, maar van [appellant] kan op dit punt inmiddels niet meer worden verwacht dan hij heeft gedaan.

3.13. Op de zitting in hoger beroep is namens de Stichting verklaard dat de gegevens van de SNS rekening bij de Stichting bekend zijn. Voor zover het hof kan overzien gaat het nu nog om de volgende (online) bankrekeningen waarvan [appellant] de gegevens dient te verstrekken, te weten Payoneer (verbonden aan de Duitse bank WireCard), Revolut, TransferWise en de zogenoemde “N26”-rekening. Naar deze laatste bankrekening is vanaf de rekening van Payoneer op 25 februari 2019 door [appellant] een bedrag van € 200.000,- overgemaakt. [appellant] kan aan zijn verplichting tot informatieverstrekking aan de Stichting als opgenomen in het vonnis van 11 juni 2019 voldoen door zo snel als mogelijk aan de Stichting de volgende informatie ter beschikking te stellen: (i) van alle bankrekeningen in binnenland en buitenland die op naam van de Stichting staan, waaronder in ieder geval Payoneer/WireCard, Revolut, TransferWise en de zogenoemde “N26” rekening, een opgave van de tennaamstelling en het rekeningnummer;

(ii) met betrekking tot het genoemde bedrag van € 1.039.228,- een overzicht met daarop naar welke bank dit bedrag is overgeboekt, via welke website dit is gebeurd, welk rekeningnummer het betreft, op welke naam die rekening staat en wanneer dat bedrag naar deze rekening is overgemaakt.

3.14. De slotsom is dat het hoger beroep geen doel treft. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [appellant] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*); verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. In deze zaak is de middellijk bestuurder van een vastgoedfonds (EREF) door de voorzieningenrechter veroordeeld om op straffe van lijfswang ex art. 585 onder a Rv aan de Stichting die toezicht houdt op het fonds, bepaalde informatie te verstrekken. De veroordeelde middellijke bestuurder werd vervolgens in staat van faillissement verklaard op het moment dat hij in bewaring werd gesteld. Hij vordert dan ook dat de lijfswang wordt beëindigd onder meer op grond van art. 33 lid 1 Fw, dat bepaalt dat “alle gerechtelijke tenuitvoerlegging op enig deel van het vermogen van de schuldenaar, vóór het faillissement aangevangen, dadelijk een einde neemt, en dat, ook van hetzelfde ogenblik af, *geen vonnis bij lijfswang kan worden ten uitvoer gelegd*”.

2. Zowel in eerste instantie als in appel oordeelt de rechter dat de lijfswang niet vanwege het faillissement behoeft te worden opgeheven, aangezien de verplichtingen die failliet op straffe van lijfswang dient na te komen, de boedel niet direct raken. Art. 33 Fw laat in dat geval toe dat de op grond van art. 585 Rv toegestane lijfswang wordt voortgezet.

3. Dit oordeel is in lijn met HR 13 oktober 1989, NJ 1989/897 (*Hutter/De Groot*). Het hof verwijst naar de volgende overweging uit dit arrest: “Het doel van het faillissement is het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen. De werking van het faillissement is dan ook beperkt tot het vermogen van de schuldenaar, zoals blijkt uit de vermelde wettelijke bepalingen en de uitwerking daarvan in de overige bepalingen van de Faillissementswet. Het in art. 33 lid 1 omtrent lijfswang bepaalde moet in overeenstemming met die beperkte werking van het faillissement worden uitgelegd. Het vindt zijn verklaring in de omstandigheid dat de schuldenaar de ten laste van zijn in het faillissement vallend vermogen komende verplichtingen niet meer kan voldoen, zodat dwang tegen zijn persoon in zoverre geen zin heeft. (...) De wetsgeschiedenis bevat geen aan-

knopingspunt voor de veronderstelling dat de wetgever de uitsluiting van lijfswang in algemene bewoordingen heeft geformuleerd om aldus ook ten aanzien van verplichtingen die de boedel niet raken, tenuitvoerlegging bij lijfswang onmogelijk te maken”.

4. De casus roept nog wel de vraag op of de failliet wel voldoende in staat is om zijn faillissementsrechtelijke inlichtingenplicht na te komen als een vonnis tot lijfswang ten uitvoer wordt gelegd tijdens faillissement. De afwikkeling van het faillissement kan behoorlijk worden gefrustreerd als gevolg van de civiele lijfswang. De curator kan er dus onder omstandigheden belang bij hebben dat de lijfswang wordt opgeheven. Om dat te bereiken dient de failliet de rechter te verzoeken dat de lijfswang wordt opgeheven. Een belangrijke reden daarvoor kan zijn dat hij niet (meer) aan de veroordeling kan voldoen (art. 600 sub d Rv), zoals door de failliete bestuurder in de casus ook vergeefs was aangevoerd, of dat het belang van de schuldeiser de gijzeling niet (meer) rechtvaardigt (art. 600 sub e Rv), dan wel dat toepassing van een ander dwangmiddel alsnog redelijkerwijs voldoende uitkomst kan bieden (art. 600 sub f Rv). Zodra de lijfswang wordt opgeheven, kan de lijfswang feitelijk nog wel worden voortgezet als deze wordt opgevolgd door een door de rechtbank afzonderlijk uitgesproken faillissementsgijzeling (art. 33 lid 3 slot Fw jo. art. 87 Fw). Zie hierover in Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/692.

mr. W.J.B. van Nielen
advocaat bij Recoup advocaten te Utrecht

72

Abstracte bankgarantie; geen onjuiste mededelingen

Rechtbank Rotterdam
18 november 2020, C/10/595906 / HA ZA
20-436, ECLI:NL:RBROT:2020:10974
(mr. Witkamp)
Noot mr. R.I.V.F. Bertrams

Abstracte bankgarantie. Eis dat schuldenaar tekortschiet in de nakoming van de onderliggende betalingsverplichting. Garantie terecht ingewonnen, geen onjuiste mededelingen. Geen onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking of onrechtmatige daad. Verwijzing naar HR 13 maart 2015, «JOR» 2015/184, m.nt. Bergervoet (ABN AMRO/Amstelpark) en HR 14 december 2018, «JOR» 2019/66, m.nt. Bertrams (Rabobank/Rollecate).

[BW art. 6:74, 6:162, 6:203, 6:212, 7:408; Rv art. 150]

De bankgarantie in kwestie is een abstracte bankgarantie. De bankgarantie vereist aldus voor het recht om de bankgarantie in te roepen, dat eiseres tekortgekomen is in de nakoming van haar betalingsverplichting(en) voortvloeiende uit de onderliggende overeenkomst. Eiseres voert aan dat de betalingstermijn van de tweede en derde factuur niet was verstreken op 30 juni 2017 zodat gedaagde de bankgarantie niet voor deze facturen kon inroepen. Deze stelling wordt gepasseerd. Tussen partijen is niet in geschil dat er op 30 juni 2017 reeds geruime tijd onzekerheid bestond over betaling van de eerste factuur. Die onzekerheid werd veroorzaakt door de herhaalde betalingstoezeggingen van eiseres die geen gestand werden gedaan. Evenmin is in geschil dat het voor gedaagde ook onzeker was of de bankgarantie zou worden verlengd door eiseres. Eiseres heeft bevestigd dat zij begin juli 2017 niet in staat bleek te zijn om de bankgarantie te verlengen. Het ontbreken van een bankgarantie per 1 juli 2017 zou betekenen dat gedaagde geen zekerheid meer zou hebben om betaling te verkrijgen van haar werkzaamheden,