

# ECLI:NL:GHAMS:2021:3135

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	28-09-2021
Datum publicatie	15-11-2021
Zaaknummer	200.287.357/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep Hoger beroep kort geding Kort geding
Inhoudsindicatie	Appel van ECLI:NL:RBAMS:2020:6236. Kortgedingzaak. Executiegeschil inzake eerder door het hof uitvoerbaar bij voorraad verklaarde betalingsveroordeling. De eerste rechter verbond aan de bij-voorraad-uitvoerbaarverklaring de voorwaarde van zekerheidstelling. Een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis of arrest moet in beginsel zonder de voorwaarde van zekerheidstelling ten uitvoer kunnen worden gelegd. Anders dan de eerste rechter oordeelde, geeft in dit geval de vereiste belangenafweging geen aanleiding tot het verbinden van die voorwaarde aan de uitvoerbaarverklaring.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJF 2022/2 RBP 2022/12

## Uitspraak

### GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.287.357/01

zaak- en rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/690964 / KG ZA 20-896

### arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 28 september 2021

inzake

**[X] N.V.,**

voorheen genaamd **[X] N.V,**

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

appellante,

tevens incidenteel geïntimeerde,

advocaat: mr. L.M. Graal te Amsterdam,

tegen

**[Y] B.V.,**

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

geïntimeerde,

tevens incidenteel appellante,

advocaat: mr. J.H. van Woudenberg te Amsterdam.

## **1 Het geding in hoger beroep**

Partijen worden hierna [X] en [Y] genoemd.

[X] is bij dagvaarding van 3 december 2020 in hoger beroep gekomen tegen een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de voorzieningenrechter), van 9 november 2020, onder bovenvermeld zaak- en rolnummer gewezen tussen [Y] als eiseres en [X] als gedaagde. De dagvaarding bevat de grieven.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 3 september 2021 doen bepleiten, [X] door mr. Graal voornoemd en mr. J. den Hoed, advocaat te Den Haag, en [Y] door mr. Van Woudenberg voornoemd, ieder aan de hand van pleitnotities waarvan exemplaren zijn overgelegd. Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[X] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en uitvoerbaar bij voorraad alsnog, de vorderingen van [Y] zal afwijzen, met veroordeling van [Y] in de kosten van het geding in beide instanties.

[Y] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en haar vorderingen zal toewijzen, met veroordeling van [X] in de kosten. Zij heeft in hoger beroep haar primair gevorderde stakingsbevel verbonden aan een termijn, te weten totdat de Hoge Raad dit arrest heeft bekrachtigd of totdat na vernietiging van het arrest door de Hoge Raad anderszins een onherroepelijke uitspraak tot stand is gekomen.

## 2 Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2 de feiten genoemd die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Voor zover deze feiten in hoger beroep niet in geschil zijn, dienen zij ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die uit de processtukken en het behandelde ter zitting zijn gebleken, komen de feiten neer op het volgende.

- 2.1 Partijen zijn sinds 2014 verwickeld in een geschil over de tussen hen op 5 september 2008 gesloten samenwerkingsovereenkomst. Dit geschil betreft hoofdzakelijk de uitleg van de artikelen 2.2 en 2.3 van die overeenkomst, waarin een regeling is afgesproken over de inzet van medewerkers. Sinds 2014 zijn verschillende kortgedingprocedures gevoerd. In 2015 heeft [X] bij de rechtbank Amsterdam een bodemprocedure aanhangig gemaakt tegen [Y] , waarin zij kort gezegd betaling van een fee op grond van artikel 2.2 van de samenwerkingsovereenkomst vorderde. [Y] vorderde in reconventie kort gezegd de samenwerkingsovereenkomst ontbonden te verklaren. Na het wijzen van twee tussenvonnissen (op 21 september 2016 en 24 januari 2018) heeft de rechtbank op 25 juli 2018 een eindvonnis gewezen. Hierin is de vordering van [X] in conventie afgewezen. De vordering in reconventie is toegewezen in die zin dat de samenwerkingsovereenkomst ontbonden is verklaard per 5 juni 2014.
- 2.2 In het door [X] ingestelde hoger beroep van de vonnissen van de rechtbank Amsterdam, heeft dit gerechtshof bij arrest van 15 september 2020 (hierna: het arrest) de bestreden vonnissen vernietigd en [Y] onder meer veroordeeld tot betaling van 1.023.761,94 wegens de uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst maandelijks van februari 2014 tot en met oktober 2018 verschuldigde vergoedingen, te verhogen met de wettelijke handelsrente. Ook is [Y] veroordeeld tot betaling van een bedrag van 18.557,17 per maand vanaf 1 november 2018 tot eind december 2019, te verhogen met de wettelijke handelsrente. Deze veroordelingen komen erop neer dat [Y] per 23 september 2020 1.772.055,88 (inclusief rente) verschuldigd is aan [X] . Sindsdien loopt de vordering op wegens de doorlopende handelsrente. Het arrest is zonder motivering uitvoerbaar bij voorraad verklaard.
- 2.3 Bij exploit van 2 oktober 2020 heeft [X] het arrest laten betekenen, met een bevel tot betaling aan [Y] .
- 2.4 [Y] heeft op 14 december 2020 cassatieberoep ingesteld tegen het arrest.
- 2.5 [X] heeft eind 2019 haar onderneming verkocht aan [nieuwe eigenaar] , die de bedrijfsactiviteiten en het personeel van [X] heeft overgenomen tegen een koopsom die bestaat uit een vast bedrag en een resultaatsafhankelijke nabetalingsverplichting (earn out) over een aantal jaren, ten minste tot 2022.

### 3 Beoordeling

- 3.1 Deze kortgedingprocedure gaat over de vraag of [X] zonder meer mag overgaan tot tenuitvoerlegging van het arrest, door de hoofdsom en rente te incasseren bij [X]. Omdat [Y] intussen na de uitspraak in eerste aanleg cassatieberoep heeft ingesteld is daarbij nu tevens van belang dat het arrest uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. [Y] heeft in eerste aanleg primair gevorderd dat [X] wordt bevolen de executie van het arrest te staken, subsidiair dat de executie wordt geschorst totdat de Hoge Raad het arrest heeft bekrachtigd of totdat na vernietiging van het arrest door de Hoge Raad anderszins een onherroepelijke uitspraak tot stand is gekomen. Meer subsidiair heeft [Y] gevorderd dat aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad in het arrest de voorwaarde wordt verbonden dat [X] ten gunste van [Y] een bankgarantie stelt. In hoger beroep heeft [X] aan haar primaire vordering dezelfde termijn verbonden als aan de subsidiaire vordering.
- 3.2 In het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter de primaire en subsidiaire vorderingen afgewezen en de meer subsidiaire vordering toegewezen, door aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad in het arrest de voorwaarde te verbinden dat [X] ten gunste van [Y] een bankgarantie stelt voor een bedrag van 1.772.055,88. [Y] komt met één grief op tegen het bestreden vonnis en [X], in incidenteel appel, met twee grieven.
- 3.3 De voorzieningenrechter heeft impliciet het spoedeisend belang van de vorderingen van [Y] aangenomen. Het hof onderschrijft dit. Onmicom heeft nog steeds spoedeisend belang bij de door haar gevraagde voorziening. Bij executiegeschillen vloeit het spoedeisend belang in beginsel uit de aard van het gevorderde voort. Er zijn geen omstandigheden gebleken die reden vormen om daarover in dit geval anders te oordelen.
- 3.4 Het hof ziet aanleiding de grief in principaal appel en de grieven in incidenteel appel gezamenlijk te behandelen. De incidentele grieven richten zich tegen de afwijzing van de primaire en subsidiaire vorderingen van [Y]. [Y] betoogt dat de (gewijzigde) primaire vordering of anders de subsidiaire vordering moet worden toegewezen, omdat het arrest een kennelijke misslag bevat. [X] komt met haar grief op tegen de toewijzing van de meer subsidiaire vordering. Zij stelt dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geconcludeerd dat het belang van [Y] bij zekerheidsstelling prevaleert boven het belang van [X] om betaling te verkrijgen zonder dat zij daar zekerheid voor een eventuele terugbetaling tegenover hoeft te stellen.
- 3.5 Bij de beoordeling van de grieven stelt het hof voorop dat een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde veroordeling hangende een hogere voorziening, uitvoerbaar dient te zijn en zonder de voorwaarde van zekerheidsstelling ten uitvoer moet kunnen worden gelegd. Afwijking van dit uitgangspunt kan worden gerechtvaardigd door omstandigheden die meebrengen dat het belang van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand zolang niet op het door hem ingestelde rechtsmiddel is beslist, of diens belang bij zekerheidsstelling, ook gegeven dit uitgangspunt, zwaarder weegt dan het belang van degene die de veroordeling in de ten uitvoer te leggen uitspraak heeft verkregen, bij de uitvoerbaarheid bij voorraad daarvan of bij deze uitvoerbaarheid zonder dat daaraan de voorwaarde van zekerheidsstelling wordt verbonden. Bij toepassing van deze maatstaf in dit kort geding moet worden uitgegaan van de beslissingen in het ten uitvoer te leggen arrest en van de daaraan ten grondslag liggende vaststellingen en oordelen, en blijft de kans van slagen van het tegen het arrest ingestelde cassatieberoep buiten beschouwing, met dien verstande dat het hof in zijn oordeelsvorming kan betrekken of de ten uitvoer te leggen beslissing berust op een kennelijke misslag.
- 3.6 De door [Y] gestelde kennelijke misslag, voor zover in hoger beroep gehandhaafd, bestaat uit het impliciet passeren van haar (uitsluitend) in eerste aanleg gedane bewijsaanbod met betrekking tot het aanbieden van overige werkzaamheden zoals bedoeld in artikel 2.3 van de

samenwerkingsovereenkomst. Anders dan [X] betoogt, kan de devolutieve werking van het hoger beroep meebrengen dat een in eerste aanleg gedaan bewijsaanbod alsnog moet worden behandeld. Beoordeling of het passeren van het in eerste aanleg door [Y] gedane bewijsaanbod een misslag oplevert die aan tenuitvoerlegging van het arrest in de weg staat, vergt, mede in het licht van het dienaangaande tussen partijen in dit kort geding en blijkens de overgelegde processtukken van het cassatieberoep gevoerde debat, een grondige beoordeling van een reeks van feitelijke en juridische factoren. Aan de orde komt dan immers de vraag of het bewijsaanbod voldoende specifiek en concreet was voorgedragen, of het bewijsaanbod, gezien de verschillende overige beslissingen in het arrest, nog ter zake dienend was en of het passeren van het bewijsaanbod een onvolkomenheid oplevert die aangemerkt moet worden als een "misslag". Een dergelijke beoordeling kan aldus, zo die al tot het onderkennen van een misslag zou kunnen leiden, in ieder geval niet een misslag "kennelijk" doen inzien binnen de kaders van dit executiegeschil. Het betoog van [Y] in de incidentele grieven dat het arrest een kennelijke misslag bevat, faalt dan ook.

- 3.7 Alle grieven stellen daarnaast de belangenafweging aan de orde, die moet worden gemaakt om te beoordelen of, zoals [Y] met haar vorderingen beoogt, moet worden afgeweken van het uitgangspunt dat een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde veroordeling hangende een hogere voorziening, uitvoerbaar dient te zijn en zonder de voorwaarde van zekerheidstelling ten uitvoer moet kunnen worden gelegd.

[Y] stelt dat zij bij terugvordering van de ingevolge een vernietiging van het arrest onverschuldigd betaalde veroordeling geconfronteerd zal worden met een aanzienlijk restitutierisico, omdat [X] sinds de verkoop van de onderneming aan [nieuwe eigenaar] een houdstermaatschappij is zonder reguliere inkomsten uit het economisch verkeer en de vermogenstoets van artikel 2:216 BW geen enkele belemmering vormt voor het doen van uitkeringen aan haar aandeelhouders. Volgens [Y] bestaat daarom een concrete mogelijkheid van discontinuïteit en een reëel risico van onttrekking van het vermogen aan [X] waardoor zij geen verhaal zal bieden. Dit terwijl [X] het bedrag voor haar bedrijfsvoering niet nodig heeft. Daartegenover heeft [X] gesteld dat uitstel van betaling het risico meebrengt dat [Y] uiteindelijk niet zal betalen en daarnaast dat het stellen van een bankgarantie voor haar aanzienlijke (mogelijk te zijner tijd niet verhaalbare) kosten meebrengt en ook overigens dat een bankgarantie niet te stellen is omdat een bank daarvoor voorafgaande fondsen verlangt die [X] niet ter beschikking kan stellen.

- 3.8 In het kader van een belangenafweging moet enerzijds beoordeeld worden het belang van [Y] bij een voorziening die ertoe strekt dat zij (althans vooralsnog) niet hoeft te betalen (het door haar gestelde restitutierisico) en anderzijds het belang van [X] bij betaling op korte termijn (het door [X] gestelde risico dat anders niet betaald wordt).

- 3.9 Wat betreft het door [Y] gestelde restitutierisico heeft [X] tijdens de mondelinge behandeling toegelicht dat zij, zoals ook uit de door haar gedeponeerde jaarverslagen blijkt, over een positief eigen vermogen beschikt, activiteiten verricht, in ieder geval tot en met 2022 ook inkomen zal verwerven in de vorm van het earn out-gedeelte van de koopprijs en dat zij bovendien geen schulden heeft. [Y] heeft dit niet tegengesproken. De vrees van [Y] is, zoals zij ter zitting desgevraagd ook heeft bevestigd, aldus alleen ingegeven door de omstandigheid dat [X] haar onderneming heeft verkocht en dus nog slechts, in de bewoordingen van [Y], een "houdstermaatschappij" is. Nu aldus geen concrete reële aanwijzingen zijn gegeven voor een restitutierisico, laat staan voor een aanzienlijk restitutierisico, weegt het belang van [Y] bij niet betaling dan wel bij zekerheidstelling niet zwaar.

- 3.10 Daartegenover heeft [X] onbetwist gesteld dat [Y] achterloopt met het deponeren van haar jaarrekeningen, in de jaren 2016 tot en met 2020 verlies heeft geleden, en per eind 2020 een negatieve kasstroom en een negatief eigen vermogen heeft. [Y] heeft naar voren gebracht dat de kosten van een bankgarantie in verhouding tot het totaalbedrag niet als bezwaarlijk kunnen worden aangemerkt, maar zij heeft niet betwist dat aan het stellen van de bankgarantie kosten van betekenis zijn verbonden. Het belang van [X] bij betaling op korte termijn is dan ook wezenlijk.

- 3.11 Dit leidt tot de conclusie dat, uitgaande van het hierboven vooropgestelde uitgangspunt dat een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis of arrest zonder de voorwaarde van zekerheidstelling ten uitvoer moet kunnen worden gelegd, er geen termen zijn voor het oordeel dat, in een mate die een afwijking van dit uitgangspunt rechtvaardigt, het belang van [Y] zwaarder weegt dan het belang van [X] bij de uitvoerbaarheid zonder dat daaraan de voorwaarde van zekerheidstelling wordt verbonden.
- 3.12 Aan deze conclusie doet niet af dat [Y] zich bereid heeft verklaard om tot zekerheid van de betaling een bankgarantie te stellen, omdat, zoals hiervoor geoordeeld, er geen termen zijn om af te wijken van het voornoemde uitgangspunt en [X] te verplichten om met een bankgarantie genoeg te nemen in plaats van met betaling.
- 3.13 Daaraan doet ook niet af de stelling van [Y] dat [X] haar vermogen aan haar aandeelhouders kan uitkeren en zodoende [Y] kan laten zitten met een schuldenaar die een lege huls is die geen verhaal biedt. Er zijn geen concrete aanwijzingen gegeven dat (het bestuur van) [X] daartoe zal overgaan.
- 3.14 Ten slotte brengt ook geen verandering in het oordeel van het hof de verwijzing van [Y] naar uitlatingen van de bestuurder van [X] over de voorgenomen aanwending van de van [Y] te incasseren gelden te weten schenken aan een goed doel, beleggen of aan de algemene reserves toevoegen. Deze stelling is niet concreet onderbouwd, terwijl [X] ter zitting heeft verklaard dat hier van een mug een olifant wordt gemaakt, daar zij hoogstens overweegt om een relatief kleine schenking te doen van enige duizenden Euro ten behoeve van dieren. Hetzelfde geldt voor het vermoeden van [Y] dat gezien de gespannen verhouding tussen partijen [X] er veel aan gelegen is [Y] dwars te zitten.
- 3.15 De grief in principaal appel slaagt en de grieven in incidenteel appel falen. De vorderingen zullen worden afgewezen. Het hof zal voor de duidelijkheid het vonnis geheel vernietigen en een nieuw dictum uitspreken. [Y] zal als in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in principaal en het incidenteel appel en in de kosten in eerste aanleg.

#### **4 Beslissing**

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

wijst de vorderingen af;

veroordeelt [Y] in de kosten van het geding in principaal en incidenteel hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [X] begroot op 760 aan verschotten en 3.342 voor salaris;

veroordeelt [Y] in de kosten van het geding in eerste aanleg aan de zijde van [X] begroot op 656 aan verschotten en 633 voor salaris;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. D.J. Oranje, R.M. de Winter en L. Alwin en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 28 september 2021.