

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 16, 2012

Nummer 16, 2012

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX7296](#) 11-09-2012

Astrum Automotive/X

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX6969](#) 14-08-2012

X/Arch Hill Capital N.V.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX6974](#) 07-08-2012

Hof Pensioen/Van Lawick & co. vermogensbeheer

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX6913](#) 05-09-2012

Titanic Scheepvaart

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7179](#) 29-08-2012

X/Staalbankiers

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BX7304](#) 29-08-2012

Curator/X, R, S

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2012:BX7024](#) 29-08-2012

Infra

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX7229](#) 20-06-2012

Ongeluk directeur met zijn heftruck

Uitspraken zonder ECLI

[- onbekend -](#)

X/Curator Partrust Beheer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[- onbekend -](#)

Robson (i.o.)

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Astrum Automotive/X

(Bestuurders)aansprakelijkheid beherend vennoot commanditaire vennootschap

X, voormalig bestuurder/gevolmachtigde van Resolis Ltd geeft tweemaal een opdracht tot reparatie aan Astrum. Resolis is beherend vennoot van de commanditaire vennootschap United Claim. De vraag is of X of United Claim de opdracht is aangegaan. Astrum vordert dat X wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 8.754,96. Astrum baseert haar vordering op nakoming en subsidiair op grond van artikel 3:70 BW. X heeft verweer gevoerd door te stellen dat niet hij maar het door hem vertegenwoordigde United Claim aansprakelijk is voor de voldoening van de facturen. Voorts heeft hij aangevoerd dat de algemene voorwaarden waarop Astrum zich beroept, hem onbekend zijn.

De rechtbank heeft de vordering van Astrum afgewezen omdat naar haar oordeel niet X maar United Claim dient te worden aangemerkt als opdrachtgeefster. Op grond van artikel 3:70 BW kan alleen schadevergoeding en geen nakoming worden gevorderd, aldus de rechtbank.

Het hof overweegt als volgt. In hoger beroep is door Astrum niet langer gesteld dat X persoonlijk contractueel gebonden is, maar dat X aansprakelijk is in de zin van artikel 3:70 BW of 6:162 BW. Voor een op artikel 3:70 BW gebaseerde vordering is vereist dat (a) X zich als vertegenwoordiger van United Claim heeft gepresenteerd, terwijl (b) een toereikende volmacht van United Claim daartoe ontbrak en (c) Astrum als gevolg daarvan schade heeft geleden. Waar partijen betogen dat X namens United Claim heeft gehandeld, is dit strikt genomen niet mogelijk. United Claim is een commanditaire vennootschap die geen rechtspersoonlijkheid bezit en dus niet kan worden vertegenwoordigd. Het hof gaat ervan uit dat partijen aan de orde bedoelen te stellen of X is opgetreden namens de beherend vennoot van United Claim te weten Resolis, hetgeen samenvalt met de vraag of X optrad als bevoegd bestuurder van Resolis.

Met betrekking tot de eerste opdracht: aangaande de eerste opdracht faalt de vordering gebaseerd op artikel 3:70 BW doordat tussen partijen niet ter discussie staat dat X op dat moment wel bevoegd was Resolis te vertegenwoordigen. Ook op

bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 6:162 BW) kan Astrum haar vordering niet baseren. Dat X ten tijde van het geven van de eerste opdracht wist of behoorde te begrijpen dat Resolis niet aan haar verplichtingen kon voldoen en geen verhaal zou bieden voor de daaruit voortvloeiende schade (HR 26 juni 2006, NJ 2009, 418) is gesteld noch gebleken.

Met betrekking tot de tweede opdracht: ten tijde van het geven van de tweede opdracht was X geen bestuurder (meer) van Resolis, en als gevolmachtigde van Resolis was X uitgeschreven uit het handelsregister. Dat hij afzonderlijk door Resolis was gevolmachtigd, heeft X weliswaar gesteld, maar niet onderbouwd. De opvolgende bestuurder van Resolis verklaart dat hij geen volmacht tot een reparatieopdracht heeft gegeven. Dat ligt ook niet voor de hand nu de auto in maart 2010 niet op naam van United Claim was geregistreerd. Het moet er daarom voor worden gehouden dat X niet gevolmachtigd was namens Resolis (United Claim) te handelen. Of X zich desondanks bij het geven van de tweede opdracht als gevolmachtigde van United Claim (Resolis) heeft gepresenteerd, hangt ervan af wat partijen jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden (HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521). Tot de omstandigheden die in dit verband in aanmerking moeten worden genomen, behoort de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden (HR 26 juni 2009, LJN BH9284, NJ 2010, 664). De rechtbank heeft terecht overwogen dat X uit de gedragingen van Astrum mocht afleiden dat Astrum United Claim als opdrachtgever zag en dat X als vertegenwoordiger van United Claim heeft gehandeld. X heeft zich derhalve bij het geven van de tweede opdracht gepresenteerd als vertegenwoordiger van United Claim (Resolis) zonder over een toereikende volmacht te beschikken. Astrum heeft als gevolg daarvan schade geleden doordat United Claim (Resolis) de reparatieovereenkomst niet is nagekomen.

De omvang van de door Astrum geleden schade en algemene voorwaarden: het nadeel dat Astrum leidt doordat de overeenkomst niet tot stand is gekomen omvat naast de niet-voldane factuur ten bedrage van € 6.293,90 vergoeding van de schade die Astrum heeft geleden doordat de in haar algemene voorwaarden genoemde incassokosten en rente door United Claim (Resolis) niet hoefden te worden betaald. De vraag is of de algemene voorwaarden van Astrum ook van toepassing zijn. X heeft gesteld dat de algemene voorwaarden van Astrum wel van toepassing zijn, maar dat deze wegens het niet ter hand stellen daarvan vernietigbaar zijn. X beroept zich aan het slot van zijn betoog uitdrukkelijk op die vernietigbaarheid. Het hof gaat aan dat beroep op vernietigbaarheid voorbij. Astrum heeft zich beroepen op een 'bestendige zakenrelatie' tussen haar en United Claim. Indien ter zake van de tweede opdracht sprake zou zijn geweest van een bevoegde vertegenwoordiging, dan zou United Claim gebonden zijn geweest aan de algemene voorwaarden, waardoor een beroep op vernietiging daarvan niet zou slagen wegens bekendheid met die algemene voorwaarden voor of bij het geven van de

tweede opdracht (artikel 6:234 lid 1 onder a BW). Bij het vorenstaande komt dat het niet aan X is om een beroep te doen op vernietiging van de algemene voorwaarden. Dat beroep zou slechts zijn toegekomen aan de beoogde contractuele wederpartij van Astrum, te weten United Claim (Resolis). X heeft niet gesteld het beroep op vernietiging te doen namens United Claim (Resolis). Evenmin heeft hij gesteld dat laatstgenoemde een dergelijk beroep zelf reeds had gedaan. Op grond van het vorenstaande dient X ook de schade te vergoeden die Astrum heeft geleden doordat United Claim jegens haar de contractuele rente en de buitengerechtelijke incassokosten niet hoeft te vergoeden.

Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-09-2012

ECLI: ECLI:NL:GHLEE:2012:BX7296

Zaaknummer: 200.104.506/01

Wetsartikelen: 6:162 BW en 3:70 BW

RECHTSPRAAK

Titanic Scheepvaart

Bestuurdersaansprakelijkheid. Bestuurder heeft zijn taak onbehoorlijk vervuld. Hij heeft niet voldaan aan de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) en de publicatieplicht (art. 2:394 BW)

De curator stelt dat X zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. X heeft niet voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 2:10 BW (boekhoudplicht) en artikel 2:394 BW (publicatieplicht), dus wordt de onbehoorlijke taakvervulling ingevolge artikel 2:248 lid 2 BW vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement van Titanic. Voorts heeft X gelden onttrokken aan Titanic. Gelet op het vorenstaande is X hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement, aldus de curator.

Ten aanzien van de publicatieplicht overweegt de rechtbank het volgende. Tussen partijen is niet in geschil dat over de jaren 2006, 2007 en 2008 de jaarrekeningen niet tijdig zijn vastgesteld en gedeponereerd. Volgens X gaat het echter om geringe termijnoverschrijdingen. De rechtbank leest dit laatste als een beroep op artikel 2:248 lid 2 BW laatste zin (onbelangrijk verzuim). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat voor de vraag of de publicatieplicht is geschonden in het kader van de beoordeling van artikel 2:248 lid 2 BW uitsluitend van belang is of de jaarrekening van de vennootschap binnen dertien maanden is gepubliceerd (HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713). De curator hanteert derhalve een onjuiste maatstaf door uit te gaan van de termijn zoals neergelegd in artikel 2:394 BW lid 2. De jaarrekeningen over de boekjaren 2006, 2007 en 2008 zijn gedeponereerd op 28 augustus 2008, 3 februari 2009 en 1 februari 2010. Uit de statuten van Titanic volgt dat het boekjaar gelijk is aan het kalenderjaar. De jaarrekeningen hadden derhalve gedeponereerd moeten worden op uiterlijk 31 januari 2008, 31 januari 2009 en 31 januari 2010. In het eerdergenoemde arrest heeft de Hoge Raad voorts geoordeeld dat indien de jaarrekening slechts enkele dagen te laat is gedeponereerd, er sprake is van een onbelangrijk verzuim ex artikel 2:248 lid 2 laatste zin BW. Dit heeft tot gevolg dat ten aanzien van de jaarrekeningen over 2007 en 2008 gesproken kan worden van een onbelangrijk verzuim. Dit geldt echter niet ten aanzien van de jaarrekening over 2006. Deze is ruim een half jaar te laat gepubliceerd en gedeponereerd. Vaststaat derhalve dat X zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.

Ten aanzien van de boekhoudplicht overweegt de rechtbank dat de administratie van Titanic onvoldoende inzicht bood in de rechten en verplichtingen van Titanic. X heeft derhalve niet voldaan aan de boekhoudplicht, zodat ook op die grond sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling.

Nu X niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen op grond van de artikelen 2:10 en 2:394 BW, staat vast dat hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wordt tevens – weerlegbaar – vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Titanic. Ingevolge het arrest van de Hoge Raad van 20 oktober 2006 (LJN AY7916) volstaat ter weerlegging van dit bewijsvermoeden dat de aangesproken bestuurder, in dit geval X, aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW om aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, aldus de Hoge Raad in voormeld arrest. X heeft betwist dat er een causaal verband bestaat tussen zijn onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement. Hij heeft daartoe aangevoerd dat externe omstandigheden aan het faillissement ten grondslag liggen zoals de omstandigheid dat door de economische crisis veel van zijn cliënten de rekeningen niet konden betalen en dat bestellingen werden geannuleerd, waardoor hij grote bedragen moest afboeken. Daarnaast had hij in enkele gevallen leningen verstrekt die niet werden terugbetaald. Tevens had hij geïnvesteerd in onroerend goed welke markt als gevolg van de crisis geheel is ingestort. Voorts is Titanic door een financier voor één miljoen opgelicht, aldus X. X heeft nagelaten de vorenstaande stellingen op enigerlei wijze met stukken te onderbouwen. Gelet op het lijvige rapport van de Belastingdienst dat de curator ter onderbouwing van zijn stelling heeft overgelegd, had dit wel op zijn weg gelegen. Nu X zijn verweer onvoldoende heeft onderbouwd zijn de stellingen van de curator komen vast te staan. Dit heeft tot gevolg dat de rechtbank het ervoor houdt dat het onbehoorlijk bestuur van X een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Titanic. X is hoofdelijk aansprakelijk jegens de boedel voor de schulden in het faillissement van Titanic, voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 05-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBDOR:2012:BX6913

Zaaknummer: 93001/HA ZA 11-2317

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Infra

Bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:248 BW). Kennelijk onbehoorlijk bestuur belangrijke oorzaak van het faillissement. Geen aanleiding voor matiging van de aansprakelijkheid

Bij vonnis is de besloten vennootschap Infra B.V. (hierna: de vennootschap) in staat van faillissement verklaard. X is sinds 1983 de bestuurder van de vennootschap. De aandelen van de vennootschap werden in het verleden gehouden door Roozenburg Beheer B.V. (hierna: Roozenburg Beheer). Thans worden zij gehouden door BOA Beheer B.V. (hierna: BOA Beheer). Enig aandeelhouder van deze vennootschap is de Stichting Administratiekantoor BOA Beheer. Bestuurders van deze stichting zijn X en zijn twee zoons. X Materieel B.V. (hierna: X materieel) is de verhuurder van de machines en de voertuigen die de vennootschap gebruikte voor de bedrijfsuitoefening.

Het tekort in het faillissement wordt door de curator in zijn dagvaarding geraamd op € 3.500.000. Het overgrote deel van de vorderingen is ontstaan in de periode september/oktober 2010 en later. Curator vordert samengevat verklaring voor recht dat X aansprakelijk is voor het volledige tekort van de vennootschap op grond van artikel 2:248 BW.

De rechtbank overweegt als volgt. Het criterium voor de gestelde aansprakelijkheid voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW is dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, waarvan sprake is indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld. Slechts de onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement komt in aanmerking en het moet aannemelijk zijn dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Als eerste gaat de rechtbank in op de overmakingen ten bedrage van € 400.000 in totaal aan BOA Beheer (de moedervenootschap), dus kort voor de voorlopige surseance en het faillissement. De curator stelt dat X tijdens de voorlopige surseance geen melding heeft gemaakt van het bij BOA Beheer geparkeerde geld.

De rechtbank laat in het midden of X nu wel of niet bij de eerste besprekingen heeft gemeld dat een bedrag van € 400.000 aan de vennootschap ter beschikking stond op een bankrekening van BOA Beheer. De rechtbank overweegt hiertoe dat van het bestuur van een vennootschap tijdens de (voorlopige) surseance niet alleen gevegd kan worden dat het, gevraagd en ongevraagd, de bewindvoerder correct en volledig informeert omtrent de vermogenstoestand van de vennootschap, maar ook dat het uit eigen beweging, zij het met de benodigde medewerking van de bewindvoerder, de direct noodzakelijke beheers- en beschikkingsdaden uitvoert. Anders dan tijdens faillissement verliest het bestuur immers niet het beheer en de beschikking over de boedel; het behoeft alleen de medewerking van de bewindvoerder (zie artikel 228 Fw). In dit geval had X dus niet alleen de bewindvoerder meteen en in elk geval tijdens de voorlopige surseance moeten informeren over het bestaan van dat aanzienlijke actief, bestaande uit een relatief groot bedrag aan liquide middelen op een niet aan de vennootschap toebehorende en niet aanstonds uit de administratie kenbare bankrekening. X had er bovendien, eveneens nog tijdens de voorlopige surseance, in zijn hoedanigheid van bestuurder van zowel de vennootschap als (indirect) BOA Beheer, voor moeten zorgen dat deze liquide middelen aanstonds aan de vennootschap ter beschikking stonden door terugboeking daarvan op een bankrekening.

De rechtbank overweegt dat, indien die terugstorting tijdens de voorlopige surseance zou zijn uitgevoerd, de vennootschap, naar kan worden aangenomen, geheel of ten dele aan lopende verplichtingen had kunnen voldoen en dat dan bovendien had kunnen worden verdedigd dat (nog) geen sprake was van de toestand dat de vennootschap was opgehouden te betalen, zodat omzetting van de voorlopige surseance (nog) niet nodig was geweest. Daar komt nog bij dat X zich bovendien actief had moeten verzetten tegen de omzetting van de voorlopige surseance in een faillissement, althans dit ernstig bij de bewindvoerder ter discussie had moeten stellen, hetgeen hij niet heeft gedaan (hieromtrent is althans niets gesteld of gebleken). Reeds op grond van het vorenstaande komt de rechtbank tot de conclusie dat X zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Aannemelijk is dat het achterhouden tijdens de voorlopige surseance van vorenbedoeld aanzienlijk geldbedrag de directe aanleiding is geweest van de omzetting van surseance in faillissement. Hiermee staat nog niet vast dat dit ook een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest zoals bedoeld in artikel 2:248 BW.

De berekende huursom voor de machines en voertuigen is na 2007 gestegen van € 231.339 naar € 654.896 in 2008, dus bijna verdriedubbeld. Daarna is de doorberekende huur wel weer afgenomen in 2009 en 2010, maar bedroeg zij nog steeds ongeveer tweeënhalve maal zo veel als in 2007. De rechtbank is van oordeel dat in deze economische tijden, met zo grote problemen om winstgevendende opdrachten binnen te halen, geen redelijk denkend bestuurder een dergelijke huurverhoging zou hebben aanvaard voor, naar kan worden aangenomen, minder

inzetbaar materieel. Voorts kan worden aangenomen dat deze verhoging van de huurlasten bij een vermindering van de omzet een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Dit leidt tot de slotsom dat X door de curator aansprakelijk kan worden gehouden voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW.

X heeft nog een beroep gedaan op matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW. X meent dat zijn aansprakelijkheid moet worden gematigd tot nihil. In zijn conclusie van antwoord voert X hiertoe een viertal argumenten aan. Geen van deze vier argumenten slaagt echter.

De rechtbank verklaart voor recht dat X aansprakelijk is voor het volledige tekort van de vennootschap op grond van artikel 2:248 BW.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 29-08-2012

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2012:BX7024

Zaaknummer: 218835

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

X/Staalbankiers

***Toerekenbare tekortkoming beleggingsadviesovereenkomst.
Criterium. Klachtplicht. Schade. Eigen risico. Voordeelstoerekening.
Schadebeperking***

X en Staalbankiers gaan een overeenkomst van effectenbemiddeling aan. X verliest een hoop geld en vordert een verklaring voor recht dat Staalbankiers toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen.

De rechtbank overweegt dat Staalbankiers bij wege van verweer aangevoerd heeft dat de vordering is verjaard, dan wel dat X te laat heeft geklaagd (onder meer grond van art. 6:89 BW). Dit verweer van Staalbankiers wordt echter afgewezen.

Bij de inhoudelijke beoordeling is allereerst van belang welke de aard was van de relatie tussen X en Staalbankiers. De rechtbank gaat uit van een beleggingsadviesrelatie, die vorm heeft gekregen in de 'overeenkomst tot effectenbemiddeling'.

Bij een adviesrelatie heeft een belegger, in dit geval X, een eigen verantwoordelijkheid. Het is de belegger die uiteindelijk geacht wordt de opdracht te geven het product te kopen of te verkopen. De belegger dient echter in staat gesteld te worden zich zelfstandig een voldoende beeld te vormen van de geadviseerde handelwijze, voordat hij hiermee instemt. De adviseur, in dit geval Staalbankiers, heeft een zorgplicht de belegger zodanige informatie te verschaffen dat de belegger in staat is een weloverwogen beslissing te nemen. De relatie dient overigens te worden gekwalificeerd als een inspanningsverbintenis. Met hetgeen hiervoor met betrekking tot de klachtplicht is overwogen, staat vast dat Staalbankiers X niet expliciet heeft gewezen op bijzondere risico's die kleefden aan bepaalde beleggingen in de portefeuille.

Dit betekent nog niet dat moet worden geoordeeld dat Staalbankiers niet heeft gehandeld als redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot. De invulling van wat een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot zou hebben geadviseerd, dient te geschieden naar de maatstaven en de kennis van het moment waarop het advies is gegeven. Uitgangspunt voor het advies is de wens van de cliënt.

Of de waarden in de beleggingsportefeuille van X niet strookten met het profiel is volgens de rechtbank aanstonds niet vast te stellen. De rechtbank heeft op dit punt behoefte aan inlichtingen van (een) deskundige(n). De partijen mogen zich uitlaten over de specifieke eisen die zij aan een deskundige willen stellen. Indien het deskundigenadvies reden geeft om te concluderen dat de geadviseerde producten en het beleggingsbeleid gedurende de adviesrelatie pasten bij het risicoprofiel 'zeer defensief', behoefde Staalbankiers in beginsel geen bijzondere informatie te verstrekken die uitging boven hetgeen Staalbankiers aan informatie heeft verstrekt en liggen de vorderingen van X in beginsel voor afwijzing gereed. De risico's die zich dan hebben verwezenlijkt, zijn de algemene risico's die een ieder, en dus ook X, loopt met beleggen. Deze risico's dienen voor rekening van X te worden gelaten. Indien het deskundigenadvies reden geeft te concluderen dat de samenstelling van de portefeuille niet strookte met het zeer defensieve profiel van X, dan geldt dat uitgangspunt moet zijn dat Staalbankiers X niet heeft gewezen op de bijzondere risico's die aan bepaalde beleggingen verbonden zijn. Daarmee zou de tekortkoming vooralsnog gegeven zijn.

Bepalen geleden schade: in de conclusie van antwoord heeft X gesteld dat zij, indien zij op de hoogte zou zijn geweest van de risico's van de floating rate notes, perpetuums en gestructureerde producten, de adviezen van Staalbankiers niet zou hebben opgevolgd. Dat desalniettemin de genoemde beleggingsproducten in de portefeuille terecht zijn gekomen terwijl X geen risico wilde lopen, kan inhouden dat er een mogelijkheid is dat X schade heeft geleden door verwijtbaar handelen van Staalbankiers. X heeft gevorderd dat haar schade zal worden opgemaakt bij staat, en de vordering tot verwijzing naar de schadestaatprocedure zou in dat geval vooralsnog toewijsbaar zijn.

Om de schade vast te stellen die X heeft geleden, dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie en de fictieve situatie waarin de beleggingsportefeuille van X had verkeerd indien het vermogen volgens haar wensen was belegd met een minimaal risico, overeenkomend met het 'zeer defensieve' beleggingsprofiel.

Bij de beoordeling van de omvang van de schade dienen mogelijk ook een aantal andere aspecten te worden betrokken, zoals de vraag naar voordeelstoerekening, naar schadebeperking en eigen schuld. Bij het bepalen van de omvang van de schade is ook nog het volgende van belang. Van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot kan niet een zodanig advies worden verwacht met betrekking tot een beleggingsportefeuille dat de belegger, in dit geval X, ervan verzekerd kan zijn dat hij geen enkel risico loopt op aantasting van het kapitaal. Het is een feit van algemene bekendheid dat beleggen gepaard gaat met risico's (Gerechtshof Amsterdam 6 oktober 2009, JOR 2009/298). Voor dit algemene risico behoefde Staalbankiers X niet expliciet te waarschuwen. Staalbankiers heeft X in het algemeen gewaarschuwd voor beleggen in obligaties in de overeenkomst die zij in november

2002 aan X heeft toegezonden. Staalbankiers heeft X ook in het algemeen terecht gewaarschuwd dat ook het beleggen in vastrentende waarden risico in zich bergt. Uitgaande van de aversie van X tegen risico, zoals hiervoor overwogen, had X zich wellicht moeten beperken tot spaarrekeningen. Dat zij toch voor beleggen heeft gekozen, leidt er mogelijk toe dat tot op zekere hoogte sprake is van eigen schuld.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 29-08-2012

ECLI: ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7179

Zaaknummer: 407589/HA ZA 11-2685

Wetsartikelen: 6:89 BW

RECHTSPRAAK

Curator/X, R, S

Bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:248 BW). Feitelijk medebeleidsbepalerschap van medewerkers naast de statutair bestuurder. Onverschuldigde betaling door de vennootschap

X, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, is opgericht op 11 oktober 2005. Blijkens de omschrijving in het handelsregister richtte zij zich op het 'bemiddelen en adviseren met betrekking tot hypotheeken, financieringen, assurantien, pensioenen en spaar- en beleggingsprodukten en de aan- en verkoop van woningen'. Y was enig aandeelhouder en enig statutair bestuurder van X. Tussen X en R en S als werknemers bestonden arbeidsovereenkomsten. X heeft nooit jaarrekeningen gepubliceerd bij de Kamer van Koophandel. X heeft geen loonbelasting en sociale premies berekend en dus ook niet afgedragen. X is bij vonnis d.d. 8 september 2009 in staat van faillissement verklaard met benoeming van de curator als zodanig. De curator vordert hoofdelijke veroordeling van gedaagden tot betaling van het gehele boedeltekort aan de curator op grond van artikel 2:248 BW.

De rechtbank oordeelt als volgt. De stellingen van de curator zijn zodanig ingericht dat daaruit blijkt dat hij van mening is dat R, S en Y gezamenlijk X feitelijk bestuurden. De rechtbank moet dus onderzoeken of dit gedurende de periode van 8 september 2006 tot 8 september 2009 (verder: de referteperiode) het geval was (art. 2:248 lid 6 BW).

Wat betreft R: dat R zich met de feitelijke bedrijfsleiding bemoeide, wordt krachtig geïllustreerd door zijn e-mail aan zijn 'Collega's (mede-vennoten)' d.d. 6 oktober 2006, dus aan het begin van de referteperiode. Deze e-mail is typisch een mail die een reguliere leidinggevende medewerker, zoals R zich in zijn processtukken aan de rechtbank presenteert, nooit zal verzenden aan zijn superieur. Dat Y hiertegen niet heeft geprotesteerd, spreekt boekdelen.

Bovendien is zijn exploitatieplan dat in de e-mail wordt genoemd, daadwerkelijk ingevoerd. Verder is van belang dat uit de andere hiervoor genoemde en geciteerde e-mails niet blijkt van een ondergeschikte rol van R.

De curator dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat R feitelijk medebeleidsbepaler is. Daartoe heeft de curator genoeg gesteld. De rechtbank is, met het in dienst nemen van eigen familieleden, forse niet-benoemde betalingen aan hem privé vanuit X en het duidelijke beeld dat R acties voorstelt die vervolgens door X werden opgevolgd, van oordeel dat R feitelijk medebeleidsbepaler was als bedoeld in artikel 2:248 lid 7 BW.

Wat betreft S: het gelijk van de curator kan, anders dan ten aanzien van R, niet direct uit de stukken en het verhandelde op de zitting worden afgeleid. Gelet op de inhoudelijk gemotiveerde en deels gedocumenteerde stellingen van de curator zal hij, ingevolge zijn gespecificeerde bewijsaanbod, worden toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden dat S als medebeleidsbepaler heeft te gelden.

Met betrekking tot de rekening-couranten: de curator is van mening dat tussen R en X sprake is van een rekening-courant. Over de hoogte van de door R gedurende de periode oktober 2005 tot en met augustus 2009 ontvangen bedragen bestaat tussen partijen geen misverstand. Met de curator is de rechtbank van oordeel dat deze kwestie erop neerkomt dat op een rijtje wordt gezet welke bedragen aan R zijn betaald. Vervolgens wordt gekeken voor welke bedragen er aannemelijke verklaringen zijn. Is er geen aannemelijke verklaring, dan moet ervan uit worden gegaan dat X onverschuldigd heeft betaald.

R kan er niet mee volstaan te zeggen dat de curator inhoudelijke gegevens moet overleggen, nu de curator immers nauwelijks tot geen administratie heeft aangetroffen (zo zijn er geen jaarstukken). In de door hemzelf overgelegde arbeidsovereenkomst, die overigens door X noch door R is ondertekend, wordt niets gezegd over de gerechtigdheid tot een bonus. Het gaat om zulke hoge bedragen die aan R zijn uitbetaald dat van hem toch wel mag worden verwacht om tegen de gespecificeerde berekening van de curator verweer te voeren. Dit doet hij niet. In algemene zin geldt dat het zeer ongebruikelijk en zonder nadere toelichting, die ontbreekt, ongeloofwaardig is dat een werknemer, naar eigen zeggen, elke veertien dagen met zijn directeur een gesprek over een bonus voert, dat daarna prompt het kennelijk overeengekomen bedrag wordt betaald, zonder dat deze werknemer daarover enige behoorlijke inhoudelijke redengeving kan verstrekken. De rechtbank overweegt dat, bij gebreke van administratie en accorderingen tussen X en R, niet kan worden gesproken van een rekening-courant (artikel 6:140 lid 2 BW). Aldus is sprake van onverschuldigde betaling door X aan R. Het door de curator gevorderde bedrag zal dan ook aan hem op grond van onverschuldigde betaling te worden toegewezen.

Ook is de curator van mening dat er sprake is van een rekening-courant tussen S en X. Hier heeft de rechtbank behoefte aan nadere inlichtingen.

Van belang is dat deze zaak drie procedures behelst. Het is wenselijk dat deze bij een en hetzelfde eindvonnis worden afgedaan teneinde een gescheiden behandeling na eventueel hoger beroep te voorkomen. Om die reden worden in dit vonnis geen eindbeslissingen genomen. Eerst moet komen vast te staan of S eveneens als feitelijk medebeleidsbepaler heeft te gelden en moet worden vastgesteld of hij op grond van de 'rekening-courantverhouding' enig bedrag aan de curator is verschuldigd. Daarna kunnen verdere beslissingen worden genomen. Voor elk van deze procedures zal de rechtbank in beslissing het verdere verloop weergeven.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 29-08-2012

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2012:BX7304

Zaaknummer: 352930/HA ZA 10-1336

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

X/Arch Hill Capital N.V.

Wet financieel toezicht. Handelen als plaatsingsagent zonder vergunning ex artikel 2:96 Wft en zonder hantering van een goedgekeurde prospectus (art. 5:2 Wft)?

X, een ervaren en vermogend zakenman, is een relatie van Fidessa N.V. (hierna: Fidessa). Fidessa, een dochter van Fidessa Asset Management S.A. te Luxemburg, verleent als zogenoemde family office financiële diensten aan vermogende families, onder meer betreffende beleggingen. Y is partner/directeur van Fidessa. Fidessa heeft, bij monde van Y, X gewezen op de mogelijkheid om te investeren in (rechten op) aandelen in Lithium Technology Corporaton (hierna: LTC). LTC is een in Delaware (VS) gevestigde onderneming waarvan de gewone aandelen worden verhandeld op de Amerikaanse NASDAQ-beurs. LTC houdt zich bezig met de ontwikkeling en productie van (cellen voor) oplaadbare lithium-ion-batterijen. Arch Hill is een investeringsmaatschappij waarin hoofdzakelijk Nederlandse informal investors deelnemen. Arch Hill is (indirect) meerderheidsaandeelhouder van LTC. In oktober 2007 was dat belang 54%.

Op 29 november 2007 heeft X 20.000 nieuw uit te geven converteerbare aandelen LTC gekocht voor \$ 5 miljoen. Die aandelen konden op termijn, mits aan de daarvoor gestelde voorwaarden werd voldaan, worden omgewisseld in 50 miljoen gewone aandelen LTC. Nadien heeft X nog meer gewone aandelen van LTC gekocht. X beschouwt de aankoop van de converteerbare en gewone aandelen LTC als een misinvestering en acht in elk geval Arch Hill en de enig bestuurder van Arch Hill daarvoor aansprakelijk. Zijn stelling is dat enig bestuurder van Arch Hill mondeling en schriftelijk onvolledige en misleidende informatie zou hebben verschaft.

De rechtbank heeft de oorspronkelijke vordering van X, de hoofdelijke veroordeling van Arch Hill c.s. tot betaling van \$ 7 miljoen (welk bedrag gelijk is aan het totaal van de koopsommen), afgewezen op gronden van het ontbreken van causaal verband en eigen schuld.

Het hof heeft het verwijt van X, dat enig bestuurder van Arch Hill mondeling en schriftelijk onvolledige en misleidende informatie zou hebben verschaft als onjuist bestempeld. X voert

aan dat Arch Hill op grond van artikel 2:96 Wft vergunningplichtig was. Vergunningplichtig omdat Arch Hill - in het kader van zijn koop van de aandelen LTC - als plaatsingsagent in opdracht van LTC die verkoop heeft bevorderd en zulks een bedrijfsmatige activiteit van Arch Hill was. Het verweer van Arch Hill c.s. is in wezen dat Arch Hill in dezen, behoudens bij de geheimhoudingsovereenkomst, geen rol van betekenis heeft vervuld, dat de verkoop van de aandelen is bevorderd door Fidessa die daartoe een plaatsingsopdracht van LTC had gekregen, en door LTC als aanbieder van de aandelen zelf. Vanwege de weergegeven gemotiveerde betwisting door Arch Hill c.s. zal X zijn stelling moeten bewijzen dat Arch Hill - in het kader van zijn koop van de aandelen LTC - in opdracht van LTC als plaatsingsagent die verkoop heeft bevorderd. Het bewijs is niet door middel van in het geding gebrachte bescheiden geleverd. Nu gesteld noch gebleken is dat Arch Hill degene is die de effecten (als potentiële verkoper) heeft aangeboden (artikel 5:2 in verbinding met artikel 5:1, aanhef en onder a. en b. Wft) rustte de - kort gezegd - prospectusplicht niet op haar. Het hof houdt de beoordeling van eventuele persoonlijke bestuurdersaansprakelijkheid aan. Het hof laat X toe tot bewijs van zijn stelling dat Arch Hill - in het kader van zijn koop van de aandelen LTC - in opdracht van LTC als plaatsingsagent die verkoop heeft bevorderd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 14-08-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSGR:2012:BX6969

Zaaknummer: AWB 11/2391

Wetsartikelen: 2:31 Wabo

RECHTSPRAAK

Hof Pensioen/Van Lawick & co. vermogensbeheer

Vermogensbeheer. Perpetuals (eeuwigdurende obligaties) in defensieve portefeuille. Relativiteitsvereiste bij schending van een contractuele norm

Het vermogen van Pensioen-BV dient om X pensioenuitkeringen te doen. Op 1 oktober 2001 heeft Pensioen-BV vermogensbestanddelen aan Van Lawick in beheer gegeven. Daartoe is een overeenkomst tot vermogensbeheer gesloten. Van Lawick heeft vanaf enig moment een wezenlijk deel van het in beheer gegeven vermogen geïnvesteerd in zogenoemde perpetuals, zijnde - ruw gezegd - eeuwigdurende obligaties. Op dergelijke perpetuals is verlies geleden. Pensioen-BV heeft vanwege de belegging in perpetuals de overeenkomst met Van Lawick opgezegd tegen 1 april 2009. Pensioen-BV acht Van Lawick wegens wanprestatie aansprakelijk voor door haar geleden verliezen en misgelopen baten.

De rechtbank heeft onder meer (i) voor recht verklaard dat Van Lawick jegens Pensioen-BV toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst tot vermogensbeheer, maar alleen voor zover Van Lawick heeft belegd in perpetuals, en (ii) heeft Van Lawick veroordeeld tot vergoeding van de desbetreffende schade.

Het hof stelt vast dat Van Lawick onvoldoende heeft gesteld dat Pensioen-BV in afwijking van de inhoud van de overeenkomst heeft ingestemd met een ander - meer risicovol - beleggingsbeleid of dat Pensioen-BV bij Van Lawick het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij met een dergelijk ander beleid akkoord ging. Van Lawick diende zich aan de inhoud van de overeenkomst te houden, ook als een adequate pensioenvoorziening voor X niet tot het afgesproken defensieve beleggingsbeleid zou nopen.

Pensioen-BV legt aan haar vordering ten grondslag dat Van Lawick in strijd met de overeenkomst geen goede debiteuren heeft geselecteerd. Volgens het hof beroept zij zich er terecht op dat tot de overeenkomst de afspraak behoorde dat Van Lawick goede debiteuren zou selecteren.

Bij het ontbreken van argumenten die tot het tegendeel voeren, dient voor de beoordeling van

de juistheid van handelen door Van Lawick in dezen de kwalificatie van de debiteuren door een of meer van de bekende kredietbeoordelaars te worden gehanteerd. Van Lawick heeft gemotiveerd aangevoerd dat ten tijde van de verwerving van de onderhavige perpetuals de desbetreffende debiteuren een rating hadden die een gering kredietrisico impliceert. Pensioen-BV heeft dat niet, althans onvoldoende gemotiveerd weersproken.

Voor eigen schuld aan de zijde van Pensioen-BV is vereist dat zij zich bewust was van de aan perpetuals verbonden specifieke risico's, althans de indruk heeft gewekt dat zulks het geval was, en zij met die risico's heeft ingestemd. Uit de stellingen van Van Lawick op dit onderdeel volgt niet dat aan dat vereiste is voldaan.

De nog nader te bepalen contractuele norm die Van Lawick verbiedt om perpetuals in een bepaalde mate onderdeel van de door haar beheerde portefeuille te doen zijn, strekt ertoe Pensioen-BV te vrijwaren voor risico's die aan perpetuals verbonden zijn. Wat betreft dit relativiteitsvereiste/causale verband wenst het hof van Pensioen-BV te vernemen van elk relevant perpetual welk van de genoemde risico's die eigen zijn aan perpetuals zich heeft gerealiseerd. Het hof wenst van partijen te vernemen welk rendementsvoordeel ten opzichte van reguliere obligaties met die perpetuals is behaald. Deze inlichtingen dienen ter comparitie te worden verstrekt. De comparitie zal mede dienen voor het beproeven van een schikking. Elke nadere beslissing wordt door het hof aangehouden.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 07-08-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSGR:2012:BX6974

Zaaknummer: 200.088.318/01

RECHTSPRAAK

Ongeluk directeur met zijn heftruck

Een besloten vennootschap is als bedrijfsmatig gebruiker in beginsel aansprakelijk voor de schade die haar bestuurder en aandeelhouder als gevolg van de verwezenlijking van het bijzondere gevaar heeft geleden, behoudens voor zover sprake is van eigen schuld

X heeft in april 1995 een eenmanszaak opgericht en in november 2004 X B.V. opgericht. Y B.V., waarvan X enig aandeelhouder en bestuurder is, is enig aandeelhouder en bestuurder van X B.V. X B.V. heeft bij De Goudse een 'werkmaterieelverzekering' afgesloten voor onder meer een vorkheftruck. Op 4 januari 2010 is X een ernstig ongeluk overkomen doordat deze heftruck achteruitreed en X bekneld is geraakt tussen de heftruck en een opslagtank. Daarbij heeft X uitgebreid letsel opgelopen en verplaatst hij zich nu per rolstoel. X vordert dat X B.V. op grond van artikel 6:173 jo. 6:181 BW (risico)aansprakelijk is voor het ongeval met de vorkheftruck en dat X B.V. gehouden is de daardoor veroorzaakte materiële en immateriële schade te vergoeden. X B.V. stelt dat op grond van de vennootschappelijke verhouding tussen X B.V. en X, X zelf als bezitter moet worden aangemerkt, zodat het in feite X is die zichzelf aansprakelijk stelt. Bovendien stelt X B.V. dat het beschermingsbereik van artikel 6:173 BW op belangen van derden ziet, zodat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste van 6:163 BW.

De rechtbank overweegt als volgt. X B.V. stelt de vraag of het verschil tussen eenmanszaak en vennootschap voldoende rechtvaardiging vormt om X te vereenzelvigen met de vennootschap, zodat het bezit van X B.V. heeft te gelden als bezit van X. X B.V. is behalve de bezitter ook de bedrijfsmatig gebruiker van de heftruck. Uit de parlementaire geschiedenis komt duidelijk naar voren dat de bedoeling van de wetgever is geweest de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken te concentreren, zodat het als één risico kan worden berekend en verzekerd, en de premie haar bedrijfseconomische rol kan spelen waar zij dit behoort te doen. Hieraan zou afbreuk worden gedaan als ten aanzien van de 'eigenaar' van de vennootschap een uitzondering moet worden gemaakt. Daarbij komt dat de schade zich heeft voorgedaan bij de uitvoering van een bedrijfsmatige activiteit. Normaal gesproken valt personenschade dan als gevolg van een bijzonder gevaar van een gebrekkige heftruck onder het beschermingsbereik van artikel 6:173 jo. 6:181 BW. Niet valt in te zien dat de toevallige omstandigheid dat de

heftruck via verschillende vennootschappen tot het vermogen van X behoort in geval van bij een bedrijfsmatige activiteit opgelopen ernstige letselschade rechtvaardigt dat door de vennootschappen wordt heen gekeken, zoals X B.V. bepleit.

Bepaald moet worden of de schade zoals X deze heeft geleden onder het beschermingsbereik valt van artikel 6:173 BW. Ingevolge dit artikel is de bezitter van een gebrekkige zaak die een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert aansprakelijk indien dit gevaar zich verwezenlijkt. Anders dan X B.V. verdedigt, moet X B.V. worden aangemerkt als bezitter van de heftruck. X heeft X B.V. in zijn hoedanigheid van natuurlijk persoon voor zijn personenschade aansprakelijk gesteld. Deze hoedanigheid kwalificeert in de verhouding tot X B.V. als 'derde'.

Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:173 BW is vereist dat de roerende zaak niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan een zodanige zaak mag stellen. Onder de gegeven omstandigheden - niemand zit op de heftruck en er wordt geen gas gegeven - bevinden de vier beveiligingen zich niet in een gesloten circuit, zodat aan de heftruck de eis gesteld mag worden dat hij niet spontaan gaat rijden. Door toch te gaan rijden, is sprake van een gebrekkige zaak. Conclusie is dat X B.V. als bedrijfsmatig gebruiker in beginsel aansprakelijk is voor de schade die X als gevolg van de verwezenlijking van het bijzondere gevaar heeft geleden, behoudens voor zover sprake is van eigen schuld van X.

Van X mocht worden verwacht dat hij de heftruck op de handrem zou hebben gezet en in de vooruit - op zich eenvoudige voorzorgsmaatregelen. Enkel vertrouwen op de vier beveiligingen van de heftruck, in de situatie dat lekspanningen van de accu de heftruck minder betrouwbaar kunnen maken, getuigt van onvoldoende zorg voor de eigen veiligheid. X heeft niet betwist dat door het nemen van voornoemde maatregelen de gevolgen van het ongeval zouden zijn verminderd dan wel achterwege zouden zijn gebleven. Deze omstandigheid geeft aanleiding een deel van de schade voor rekening van X te laten. De rechtbank verklaart voor recht dat X B.V. aansprakelijk is voor het ongeval en gehouden is de daardoor veroorzaakte (im)materiële schade voor 75% te vergoeden.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 20-06-2012

ECLI: ECLI:NL:RBZUT:2012:BX7229

Zaaknummer: 126109/HA ZA 11-899

Wetsartikelen: 6:163 BW, 6:173 BW en 6:181 BW

RECHTSPRAAK

X/Curator Partrust Beheer

Indien een bestuurder en aandeelhouder van een failliete vennootschap aan de curator de onvoorwaardelijke en onherroepelijke verkoop van alle aandelen voor de prijs van € 1 heeft toegezegd, handelt de curator ten behoeve van de failliete boedel wanneer nakoming van de toezegging wordt gevorderd

Partrust Beheer B.V. (hierna: Partrust) hield zich bezig met het aantrekken van gelden op de openbare markt door middel van door haar uit te geven obligaties. De gelden zouden, deels door moedervennootschap SWP Holding B.V. (hierna: SWP), worden belegd in door Partrust geselecteerde ondernemingen. X was samen met Y bestuurder en aandeelhouder van SWP. Thans is SWP failliet. SWP leende gelden uit aan vennootschappen in Nederland en in Costa Rica, waarvan X, Y en Z eveneens direct of indirect aandeelhouder waren. De aandelen van Forest Enterprises Limited (hierna: FEL), een Costa Ricaanse vennootschap, zijn voor 60% in handen van Ecogarant Nederlandse Bosbouw Groep S.A. (hierna: Ecogarant NBG). De aandelen van Ecogarant NBG werden gehouden door Y, Z en X. Na een surseance van betaling is Partrust op 20 mei 2009 door de Rechtbank Rotterdam failliet verklaard, en zijn A en B als curator benoemd. Partrust heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak en uitstel van de mondelinge behandeling verzocht en verkregen. Y heeft op 17 juni 2009, ook namens X en Z, verklaard dat de curatoren ervan uit mogen gaan dat in de periode tot aan de uitspraak omtrent de intrekking van de surseance in hoger beroep, beschikkingshandelingen en beheersbehandelingen buiten de boedel van Partrust Beheer slechts zullen plaatsvinden ten faveure van de crediteuren van Partrust Beheer. Hangende het hoger beroep heeft Y op 9 juli 2009 een bedrag van € 300.000 geleend van de investeringsmaatschappijen SFO Investments LTD (hierna: SFO) en Scarlet Caribbean Investments N.V. (hierna: Scarlet). Tot zekerheid van die lening hebben X, Y en Z al hun aandelen in Ecogarant NBG in pand gegeven. Het Gerechtshof 's-Gravenhage heeft op 18 augustus 2009 de beschikking van de Rechtbank Rotterdam bekrachtigd. Op 5 november 2009 heeft X alle aandelen in Ecogarant NBG voor € 1 aan curator A verkocht.

Op 14 september 2011 hebben A en B met SFO en Scarlet een samenwerkingsovereenkomst

gesloten tot gezamenlijk beheer en exploitatie van de plantage van Ecogarant NBG en de houtkapconcessie van FEL en de daaruit voortvloeiende winstrechten middels de door hen op te richten vennootschap CurEco, die alle aandelen in Ecogarant NBG zal gaan houden.

A, B en Cureco vorderen levering aan CurEco van alle door X gehouden aandelen in Ecogarant NBG op straffe van een dwangsom van € 5.000 per kalenderdag.

De rechtbank overweegt als volgt. Inzet van het geding is de overdracht van de aandelen die X indirect houdt in Ecogarant NBG. Daarmee kunnen de curatoren hun greep versterken op het enige door hen in het faillissement van Partrust getraceerde vermogensbestanddeel dat is verkregen met de gelden die door beleggers aan Partrust zijn toevertrouwd.

X heeft bij schriftelijke overeenkomst van 5 november 2009 aan A de onvoorwaardelijke en onherroepelijke verkoop van 'alle aandelen in Ecogarant Nederlandse Bosbouw Groep S.A., voor de prijs van 1 euro van alle aandelen tezamen aan de curator' toegezegd. Verder heeft hij toegezegd om 'op eerste verzoek van de curator de eigendom van deze aandelen' te leveren. In dat kader heeft curator A gehandeld ten behoeve van de failliete boedel. Dat betekent dat de curatoren van Partrust de nakoming van deze toezegging kunnen vorderen. De curatoren hebben in de samenwerkingsovereenkomst van 14 september 2011 hun vordering aan CurEco overgedragen.

De voorzieningenrechter gebiedt derhalve X om binnen 48 uren na betekening van dit vonnis over te gaan tot levering aan CurEco van alle door hem gehouden aandelen in Ecogarant Nederlandse Bosbouw Groep S.A.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Robson (i.o.)

X heeft als stroman voor failliet gefungeerd door formeel als functionaris/bestuurder van Robson (i.o.) op te treden. X heeft hierdoor welbewust voor failliet de mogelijkheid geschapen om door middel van Robson (i.o.) de beperkingen te omzeilen die het faillissement voor hem met zich bracht. X heeft hierdoor onrechtmatig gehandeld jegens de boedel van failliet en is, nu hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, persoonlijk aansprakelijk voor de schade. De schade bestaat uit aanzienlijke bedragen die failliet via Robson (i.o.) aan zich privé heeft doen toekomen en die in strijd met artikel 20 Fw buiten de boedel zijn gehouden. Vordering van de curator wordt toegewezen

De centrale vraag die voorligt, is of X, in zijn hoedanigheid van statutair bestuurder van Robson, onrechtmatig jegens de gezamenlijke (faillissements)schuldeisers van gefailleerde heeft gehandeld door (welbewust) toe te laten dat gefailleerde via Robson (i.o.) privé-inkomsten genereerde die - in strijd met de wet - buiten de faillissementsboedel zijn gehouden. Bij het beantwoorden van deze vraag dient in het oog te worden gehouden dat X slechts aansprakelijk kan worden gehouden voor het hem als statutair bestuurder van Robson in dit verband verweten handelen en/of nalaten, als hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Bij de beoordeling of X persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat gefailleerde, door gebruik te maken van Robson, een bedrag van € 640.000 aan zichzelf in privé heeft doen toekomen, heeft de rechtbank acht geslagen op het volgende.

Vaststaat dat X op verzoek van gefailleerde is aangetreden als functionaris van Robson i.o. Vervolgens heeft X Robson opgericht en was hij vanaf de oprichting enig statutair bestuurder (tevens enig aandeelhouder) van Robson, en heeft hij ongeveer een jaar na de oprichting de rechtshandelingen verricht vóór de oprichting bij akte bekrachtigd. Naar X zelf heeft

verklaard, wist hij op het moment dat hij functionaris werd bij Robson i.o. niet alleen dat gefailleerde failliet was verklaard, maar ook dat dit de reden was waarom gefailleerde niet zelf als functionaris/bestuurder wilde dan wel kon worden ingeschreven. Terwijl X wist dat gefailleerde vanwege zijn faillissement niet als bestuurder van Robson (en daarvoor: als functionaris van Robson i.o.) wilde dan wel kon optreden, heeft X aan gefailleerde binnen Robson (i.o.) volledig de vrije hand gelaten in alle wezenlijke zaken.

Voor zover X zelf actief is opgetreden voor Robson (i.o.) heeft dit zich slechts beperkt tot datgene wat gefailleerde zelf niet kon doen, doordat deze formeel geen functionaris/bestuurder van Robson (i.o.) was. Zo heeft X, zoals gezegd, Robson opgericht en als statutair bestuurder van Robson alles wat gefailleerde voor rekening van Robson i.o. had gedaan ongeclausuleerd bekrachtigd. Daarnaast heeft X bevestigd dat gefailleerde bevoegd was om betalingsopdrachten voor Robson te geven. Voorts heeft X in zijn hoedanigheid van bestuurder van Robson de overeenkomst van overname ondertekend, waarbij de rechten en plichten uit hoofde van een aan Robson verstrekte lening door Robson aan de echtgenote van gefailleerde werden overgedragen, waaronder de aanspraak op een nog uit te betalen bedrag van € 1,35 miljoen.

Op grond van het voorgaande komt de rechtbank tot het oordeel dat, voor zover gefailleerde door middel van betalingen die hij door middel van Robson heeft gedaan zijn faillissementsschuldeisers heeft benadeeld, X als bestuurder van Robson daarvan een zodanig ernstig verwijt kan worden gemaakt dat hij daarvoor persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden. Immers, in de wetenschap dat gefailleerde juist vanwege zijn faillissement niet als bestuurder van Robson wilde dan wel kon worden aangesteld, heeft X niet alleen toegelaten dat gefailleerde feitelijk alles in de vennootschap regelde en bepaalde en ook alle betalingsopdrachten gaf zonder daarop enig toezicht te houden, maar heeft hij zich er bovendien voor geleend om, zodra dat ter uitvoering van de plannen van gefailleerde nodig was, alle daarvoor benodigde handelingen als formeel bestuurder van Robson (klakkeloos) te verrichten. X heeft daarmee, als enig bestuurder van Robson, welbewust voor gefailleerde de mogelijkheid geschapen om door middel van Robson de beperkingen te omzeilen die het faillissement voor gefailleerde met zich brengt. X heeft daarbij in wezen als stroman van gefailleerde gefungeerd. Met deze kwalificatie is overigens ook in lijn dat X, die naast enig bestuurder ook enig aandeelhouder van Robson is, niet zelf het benodigde aandelenkapitaal heeft gefourneerd, maar dat gefailleerde heeft geregeld dat dit via de echtgenote van gefailleerde werd gestort. Het voorgaande, alles bij elkaar genomen, leidt ertoe dat X onrechtmatig jegens de faillissementsboedel heeft gehandeld en persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade die voor de faillissementsboedel van gefailleerde is ontstaan.

Ten aanzien van de schade heeft X betoogd dat deze - anders dan de Rechtbank Utrecht in het geschil tussen de curator en Robson heeft geoordeeld - niet op € 640.000 kan worden gesteld. De rechtbank verwerpt dit verweer. In dit geding staat vast dat de betalingen tot een bedrag van € 640.000 aan gefailleerde in privé zijn toegekomen. Hiermee valt dit bedrag binnen het bereik van artikel 20 van de Faillissementswet, welk artikel bepaalt dat alles wat een failliet tijdens zijn faillissement verwerft, onder het faillissement valt. De vraag of het bedrag dat aan gefailleerde is toegekomen wel of niet als een redelijke beloning voor door hem verrichte werkzaamheden kan worden beschouwd, doet hierbij niet terzake. Het betoog van X dat in ieder geval een deel van dit bedrag is gebruikt om een aantal privé-crediteuren van gefailleerde te betalen en dat de faillissementsboedel in zoverre daarbij gebaat is geweest, gaat niet op.

Het voorgaande leidt tot de slotsom dat X onrechtmatig heeft gehandeld jegens de faillissementsboedel van gefailleerde. De vordering tot betaling van een bedrag van € 640.000 aan de curator, die hierbij optreedt ten behoeve van de gezamenlijke faillissementsschuldeisers, zal worden toegewezen.

Datum uitspraak:

Zaaknummer: