

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 19, 2012

Nummer 19, 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:GHARN:2012:BX8863](#) 25-09-2012

curatoren/FRE

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX8856](#) 28-08-2012

Enka c.s./SGR

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX8923](#) 03-07-2012

Van den Boogert/Wanders

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2012:BX8849](#) 19-09-2012

Alaaf/VWG Groep Accountants en Belastingadviseurs

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX8761](#) 08-08-2012

Croonstaete

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

Gedupeerde leningverstrekkers/Van der Heiden

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

curatoren/FRE

De splitsing van een rechtspersoon kan niet worden vernietigd met een beroep op de (faillissements)pauliana

Het hof gaat in op de vraag of vernietiging van de splitsing van een rechtspersoon met een beroep op de (faillissements)pauliana mogelijk is. In dat verband is artikel 2:334u lid 1 BW van belang. In het onderhavige geval is sprake van twee afsplitsingen van rechtspersonen in de zin van artikel 2:334a lid 3 BW. De wettelijke regeling voor de afsplitsing van een rechtspersoon is dezelfde als die voor een zuivere splitsing van een rechtspersoon; in artikel 2:334a lid 1 BW wordt zowel de zuivere splitsing als de afsplitsing onder het begrip 'splitsing' geschaard, waarvoor Titel 7 van Boek 2 BW een regeling geeft. Dat leidt ertoe dat Titel 7 van Boek 2 BW ook wat betreft de afsplitsing van (naamloze vennootschappen en andere Boek 2-)rechtspersonen dient te worden geïnterpreteerd aan de hand van de zesde EEG-richtlijn van de Raad inzake het vennootschapsrecht (PbEG 31 december 1982, L 278; 82/891/EEG). Het hof verwijst naar en neemt over hetgeen de rechtbank in het kader van de door de Europese wetgever verlangde balans tussen de bescherming van schuldeisers enerzijds en het waarborgen van rechtszekerheid anderzijds heeft opgemerkt in rechtsoverwegingen 7.7 en 7.8 van het eindvonnis (LJN BP0052). Uit de bepaling in artikel 19 lid 3 van de Richtlijn dat geen afbreuk wordt gedaan aan de wetgeving van lidstaten betreffende de nietigheid van een splitsing die wordt uitgesproken ingevolge een ander toezicht op de splitsing dan het preventieve toezicht door de rechter of de overheid op de rechtmatigheid, kan worden opgemaakt dat de Richtlijn de lidstaten de vrijheid laat om vernietiging van een splitsing op andere gronden dan het door de Richtlijn en Titel 7 van Boek 2 BW bestreken preventieve toezicht op splitsingen mogelijk te maken. Uit het preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 1996, Splitsing van rechtspersonen (hierna: het preadvies) blijkt dat in ieder geval de Belgische wetgever die vrijheid heeft benut door schuldeisers de mogelijkheid te geven een splitsing ook met een beroep op de actio pauliana aan te tasten.

De bewoordingen van artikel 2:334u BW wijzen duidelijk op een exclusieve regeling voor de vernietiging van een splitsing ('de rechter kan een splitsing alleen vernietigen'). Het is de vraag of de Nederlandse wet desondanks de mogelijkheid openlaat om de vernietiging van de

splitsing open te stellen op andere gronden dan het preventieve toezicht zoals dat in Titel 7 van Boek 2 BW is geregeld. In de tekst van de wetsgeschiedenis valt geen steun te vinden voor het standpunt dat niet bedoeld is de mogelijkheid van vernietiging op grond van de pauliana uit te sluiten. Uit het feit dat de minister van Justitie in het nader rapport heeft opgenomen dat de splitsingsregeling zo is opgezet dat de kans dat een splitsing aan vernietiging blootstaat zoveel mogelijk is beperkt, kan veeleer worden opgemaakt dat de wetgever bewust heeft gekozen voor een zeer beperkte vernietigingsregeling. Een ander argument voor de veronderstelling dat de wetgever bewust heeft gekozen voor een vernietigingsregeling die zich beperkt tot de in artikel 2:334u BW genoemde gronden ziet het hof in de omstandigheid dat uit de parlementaire geschiedenis het beeld naar voren komt dat de wetgever zich rekenschap heeft gegeven van de gevaren die een splitsing kan hebben voor de positie van schuldeisers van de splitsende rechtspersoon, maar de bescherming geboden door de publicatievoorschriften, verzetrechten en aansprakelijkheidsregels in Titel 7 van Boek 2 BW voldoende heeft geacht om de schuldeisers die nadeel zouden kunnen ondervinden van een splitsing tegen die gevaren te beschermen. Ook in de Nota naar aanleiding van het verslag van de vaste commissie voor Justitie wordt ingegaan op de bescherming van derden. Die bescherming komt vooral tot uiting in de publicatievoorschriften en verzetrechten en in de bijzondere aansprakelijkheidsregels (in de artikelen 334f-l, 334v-dd en 334s-t), aldus de minister van Justitie op pagina 2 van de Nota. Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever, hoewel hij de moeilijke positie van de schuldeisers onder ogen heeft gezien, de door de wet geboden bescherming van de schuldeisers afdoende heeft geacht.

Hierbij komt dat uit het preadvies (onder 4.1.3 van de bijdrage van mr. R. Nieuwdorp) lijkt te kunnen worden afgeleid dat de reden dat er in België voor is gekozen om de splitsing ook op grond van de actio pauliana te kunnen vernietigen, gelegen is in het feit dat de Belgische wet de schuldeisers niet het recht geeft om zich tevoren te verzetten tegen een (voorstel tot) splitsing. Op grond van artikel 2:334l BW kunnen de schuldeisers naar Nederlands recht echter wel tegen het voorstel tot splitsing in verzet komen, ofwel op grond dat het voorstel ten aanzien van zijn rechtsverhouding strijdt met artikel 2:334j BW, ofwel omdat een krachtens artikel 2:334k BW verlangde waarborg niet is gegeven. Dat zou kunnen verklaren waarom de Nederlandse wetgever, ondanks het feit dat hij – zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis – kennis heeft genomen van het preadvies en de daarin beschreven Belgische wetgeving inzake splitsing, geen aanleiding heeft gezien om nadere beschouwingen te wijden aan de vraag of niet, net als in België, splitsingen ook aangetast moeten kunnen worden op grond van een geslaagd beroep op de (faillissements)pauliana.

Voorgaande overwegingen leiden het hof tot het oordeel dat artikel 2:334u BW exclusief regelt op welke gronden een splitsing van een rechtspersoon kan worden vernietigd. Daar behoort

de (faillissements)pauliana niet toe. Het door curatoren gedane beroep op vernietiging van de splitsing (enkel gegrond op artikel 42 Fw) heeft derhalve geen rechtskracht, zodat van de rechtsgeldigheid van de onderhavige splitsingen moet worden uitgegaan. Het vonnis van 29 december 2010 moet worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-09-2012

ECLI: ECLI:NL:GHARN:2012:BX8863

Zaaknummer: 200.089.981

Wetsartikelen: 2:334a BW, 2:334u lid 1 BW, 42 Fw en 2:334 BW

RECHTSPRAAK

Alaaf/VWG Groep Accountants en Belastingadviseurs

VWG niet geslaagd in het leveren van tegenbewijs tegen het voorshands bewezen geachte feit dat VWG ten onrechte goedkeurende verklaringen heeft afgegeven bij de jaarrekeningen van Alaaf. Daarmee is VWG toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst met Alaaf. Gevorderde schade deels toegewezen

De rechtbank heeft in deze zaak al twee tussenvonnissen gewezen. In het laatste tussenvonnis is VWG toegelaten tegenbewijs te leveren tegen het voorshands bewezen geachte feit dat VWG ten onrechte goedkeurende verklaringen heeft afgegeven bij de jaarrekeningen van McDos (thans Alaaf) over de jaren 1996 tot en met 1999. In dit vonnis neemt de rechtbank het oordeel van de raad van tucht voor registeraccountants en accountants-administratieconsulenten (hierna: de Raad) over. De Raad heeft overwogen dat – kort gezegd – VWG onvoldoende is nagegaan of Alaaf voldeed aan de door Mededeling 38 gestelde eisen, met name gelet op het grote aandeel dat de afhaaltransacties had in de omzet van Alaaf. Mededeling 38 is een besluit van de minister van Financiën van 20 juni 1995 en betreft de heffing van omzetbelasting met betrekking tot intracommunautaire leveringen. Bij conclusie na enquête wijst VWG erop dat Mededeling 38 voorschrijft hoe Alaaf kan aantonen dat aan de voorwaarden is voldaan om in aanmerking te komen voor het nultarief en dat het daarbij gaat om de totale administratie waarbij de afhaalverklaring een aanvullend bewijsstuk kan zijn. Volgens VWG is de afhaalverklaring dus een middel en geen doel op zich.

De rechtbank deelt deze visie niet. Dat de afhaalverklaringen maar een aanvullend bewijsstuk zouden zijn op de totale administratie – wat daar ook van zij – doet niet af aan het feit dat door de Belastingdienst is geconstateerd dat de administratie van Alaaf op het punt van de afhaaltransacties niet voldeed aan de eisen van Mededeling 38.

De rechtbank is van oordeel dat VWG er niet in is geslaagd het voorshands bewezen geachte feit te ontzenuwen. Uit de verklaring van de controlerend accountant, X, blijkt immers dat hij heeft vastgesteld dat de administratie van Alaaf niet voldeed aan de eisen van Mededeling 38. Vervolgens is geen actie gekomen op deze constatering. Hieruit volgt dat VWG op grond van

artikel 6:76 BW toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst met Alaaf. X had als accountant een eigen verantwoordelijkheid, naast die van VWG als contractspartij. Door ten onrechte goedkeurende verklaringen af te geven heeft X in strijd met zijn zorgplicht gehandeld en is hij naast VWG aansprakelijk voor de door Alaaf dientengevolge geleden schade.

De vraag rijst vervolgens of en in hoeverre de schade die door Alaaf is geleden is veroorzaakt door deze tekortkoming. Ten aanzien van de aangetroffen onjuiste verklaringen in de administratie van Alaaf doet X een beroep op eigen schuld. De rechtbank schat de mate van eigen schuld op 20%. Dat betekent dat de gevorderde hoofdsom met 20% dient te worden verminderd. De schade die door Alaaf wordt gevorderd ter zake de btw die zij heeft moeten afdragen is het gevolg van de tekortkomingen van VWG en X. De rechtbank veroordeelt VWG en X hoofdelijk tot betaling van € 1.452.096,69. VWG en X worden grotendeels in het ongelijk gesteld en dienen derhalve de proceskosten te dragen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 19-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2012:BX8849

Zaaknummer: 182198/HA ZA 09-440

RECHTSPRAAK

Enka c.s./SGR

Hof bekrachtigt kortgedingvonnis in eerste aanleg. Schorsing van besluiten tot wijziging van het deelnemersreglement en beëindiging van het SGR-deelnemerschap van Enka c.s. (en andere Turkijespecialisten) wordt afgewezen. Het hof gaat in op de gebondenheid van Enka c.s. aan de uitspraak van de Commissie van Beroep

Enka c.s. zijn reisondernemingen die voornamelijk reizen naar Turkije aanbieden voor consumenten. Zij waren alle als deelnemer aangesloten bij de SGR. SGR heeft het deelnemersreglement gewijzigd, zodat ondernemingen die uitsluitend of in overwegende mate (75% of meer van hun risicodragende omzet) reizen naar Turkije aanbieden, werden uitgesloten van deelname (art. 3 lid 2). SGR heeft aan Enka c.s. medegedeeld op grond van het gewijzigde deelnemersreglement het besluit te hebben genomen om het lidmaatschap van Enka c.s. (en andere Turkijespecialisten) te beëindigen. Enka c.s. hebben in eerste aanleg schorsing gevorderd van de besluiten tot wijziging van het deelnemersreglement en van het besluit tot beëindiging van het SGR-deelnemerschap. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam heeft bij vonnis van 1 maart 2012 de vorderingen afgewezen. Tegen dit vonnis richt zich het onderhavige hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Enka c.s. keren zich onder meer tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat Enka c.s. gebonden zijn aan de uitspraak van de Commissie van Beroep (hierna: CvB) van SGR. De CvB heeft tegen de beslissing van het bestuur van SGR tot (voorwaardelijke) beëindiging van het SGR-deelnemerschap als bindend advies uitgesproken dat de beroepen van Enka c.s. ongegrond zijn. De voorzieningenrechter heeft het bindend advies van de CvB aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst. Het hof verenigt zich met die kwalificatie en de daarvoor gegeven redenen, die door Enka c.s. niet (gemotiveerd) zijn betwist. Voorts leiden de door Enka c.s. genoemde omstandigheden dat het eerdere besluit is geschorst en dat tegen het bodemvonnis hoger beroep is ingesteld, niet tot nietigheid van het bindend advies wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde op de voet van artikel

7:902 BW. Enka c.s. voeren daarnaast aan dat hun gebondenheid aan de beslissing van de CvB naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat bij de inhoud ook de gevolgen moeten worden betrokken. Het hof stelt voorop dat de door Enka c.s. gestelde maatstaf meebrengt dat deze met terughoudendheid moet worden toegepast en dat gebondenheid aan de beslissing van de CvB regel is. In het licht daarvan en gezien het feit dat de CvB de door Enka c.s. genoemde concrete omstandigheden bij haar advies heeft betrokken en de belangen van Enka c.s. en de belangen van SGR tegen elkaar heeft afgewogen, is er onvoldoende reden voor het oordeel dat gebondenheid van Enka c.s. aan de beslissing van de CvB in verband met de inhoud of de strekking daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Op grond van het voorgaande falen deze grieven.

Het hof zal zich in zoverre niet in een zelfstandige belangenafweging begeven, dat het ermee volstaat te constateren dat de rechtbank in het bodemvonnis het belang van SGR heeft laten prevaleren en er geen redenen zijn om van het vonnis af te wijken.

De slotsom is dat alle grieven falen. Het hof bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis in kort geding van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 1 maart 2012.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 28-08-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSGR:2012:BX8856

Zaaknummer: 200.105.386/01

RECHTSPRAAK

Croonstaete

Besluit VVE: nietig of vernietigbaar?

De VVE stelt de hoogte van servicekosten vast bij besluit. X is het hier niet mee eens en betaalt niet. De VVE vordert nakoming van X. X vordert vernietiging dan wel nietigheid van de genomen besluiten. X betoogt dat het besluit van de vergadering van eigenaars om de servicekosten te verhogen en de besluiten van de vergadering van eigenaars om administratiekosten in rekening te brengen over de openstaande servicekosten als deze niet binnen dertig dagen worden betaald, nietig zijn wegens strijd met het splitsingsreglement. De VVE stelt dat dit verweer reeds moet worden verworpen omdat X op grond van artikel 5:130 van het BW de besluiten binnen een maand aan de kantonrechter had moeten voorleggen. Nu dat niet is gebeurd, zijn de besluiten onaantastbaar geworden, aldus de VVE.

De rechtbank overweegt dat ingevolge artikel 2:14 BW een besluit van de vergadering van eigenaars nietig is als het in strijd is met de wet of de statuten. Artikel 5:129 BW bepaalt dat voor de toepassing van artikel 2:14 BW de akte van splitsing gelijk wordt gesteld met de statuten. Op grond van artikel 5:111 onder d BW maakt het splitsingsreglement deel uit van de akte van splitsing. Een besluit van de vergadering van eigenaars dat in strijd is met het splitsingsreglement is dus nietig. Indien de totstandkoming van het besluit in strijd is met het splitsingsreglement, is het besluit vernietigbaar op grond van artikel 2:15 lid 1 aanhef en sub a BW. Onder artikel 2:15 lid 1 sub aanhef en sub a BW vallen in ieder geval de bepalingen betreffende de oproeping tot vergaderingen, agendering, toezending en terinzagelegging van stukken en wijze van stemming. Een fundamenteel totstandkomingsgebrek, zoals het niet voldoen aan de quorumeis, leidt wel tot nietigheid van het besluit, zo is algemeen aanvaard. Artikel 5:130 BW bepaalt dat in afwijking van artikel 2:15 lid 3 BW de vernietiging van een besluit van een orgaan van de vereniging van eigenaars geschiedt door een uitspraak van de kantonrechter en dat het verzoek tot vernietiging moet worden gedaan binnen een maand na de dag waarop verzoeker van het besluit heeft kennisgenomen of heeft kunnen kennisnemen. Anders dan de VVE stelt, kan gelet op het voorgaande dus niet in zijn algemeenheid worden aangenomen dat de besluiten van de vergadering van eigenaars tot verhoging van de servicekosten en het in rekening brengen van administratiekosten onaantastbaar zijn

geworden doordat niet binnen een maand na kennisneming van de besluiten een verzoek tot vernietiging bij de kantonrechter is ingediend. Indien de inhoud van het besluit in strijd is met het splitsingsreglement of indien sprake is van een fundamenteel totstandkomingsgebrek leidt dat op grond van artikel 2:14 BW juncto artikel 5:129 BW immers tot nietigheid van het besluit. De rechtbank zal in het navolgende dan ook de door X aangevoerde gebreken ten aanzien van de besluiten afzonderlijk beoordelen.

Met betrekking tot de servicekosten: X betwist onder meer bij gebrek aan wetenschap dat de termijn van vijftien dagen voor de uitnodiging voor de vergadering in acht is genomen en dat in de uitnodiging de in stemming te brengen voorstellen zijn vermeld. Zij verwijst naar artikel 33 lid 8 van het splitsingsreglement. De rechtbank overweegt dat zelfs indien in strijd zou gehandeld met artikel 33 lid 8 van het splitsingsreglement - wat de VVE betwist - dit geen nietigheid van het besluit tot verhoging van de servicekosten als gevolg heeft. De bepalingen betreffende de oproeping voor de vergadering betreffen (niet fundamentele) totstandkomingsgebreken waarop als sanctie vernietigbaarheid staat (art. 2:15 jo. art. 5:130 BW). X had binnen een maand na kennisname van het besluit tot verhoging van de servicekosten de kantonrechter kunnen verzoeken om het besluit te vernietigen. Dat heeft zij niet gedaan.

Ook met betrekking tot de administratiekosten wordt X in het ongelijk gesteld. X wordt dan ook als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-08-2012

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2012:BX8761

Zaaknummer: 508345/HA ZA 12-81

Wetsartikelen: 2:14 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Van den Boogert/Wanders

Bestuurdersaansprakelijkheid. Persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van een inmiddels failliete vennootschap voor een overeenkomst die namens de vennootschap is aangegaan.

Toepasselijke maatstaf en stelplicht. Het enkele ontbreken van een bepaalde (gezonde) liquiditeitspositie en/of een zeker eigen vermogen kan op zichzelf genomen niet leiden tot 'bestuurdersaansprakelijkheid'. Rechtbank heeft de Beklamel-norm onjuist toegepast

Mevrouw Van den Boogert was enig aandeelhouder en bestuurder van de inmiddels failliete vennootschap Amstel Onderhoud BV (hierna: Amstel), een schildersbedrijf. Haar echtgenoot, de heer Van den Boogert, was belast met de dagelijkse leiding over Amstel. De heer Van den Boogert heeft voor ruim € 20.000 verfproducten besteld en geleverd gekregen van Wanders Coatings BV (hierna: Wanders). Betaling heeft niet plaatsgevonden. Wanders heeft gevorderd de heer en mevrouw Van den Boogert hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het hiervoor genoemde bedrag op grond van onrechtmatige daad. De heer Van den Boogert heeft bij Wanders bestellingen geplaatst terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat Amstel deze bestellingen niet zou kunnen betalen en geen verhaal zou bieden. Mevrouw Van den Boogert heeft volgens Wanders nagelaten als bestuurder toezicht en controle uit te oefenen op Van den Boogert en heeft geen enkele poging in het werk gesteld om de schade als gevolg van die handelingen van de heer Van den Boogert te voorkomen.

De rechtbank heeft Wanders in het gelijk gesteld en geoordeeld dat de heer en mevrouw Van den Boogert onrechtmatig jegens Wanders hebben gehandeld. De heer en mevrouw Van den Boogert zijn tegen het vonnis van de rechtbank in hoger beroep gekomen. Zij betogen dat de rechtbank bij de beoordeling van de gestelde aansprakelijkheid een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. De rechtbank heeft de vraag centraal gesteld 'of ten tijde van het plaatsen van de bestellingen bij Wanders nog een gereede kans bestond dat Wanders zou kunnen worden betaald'. De rechtbank heeft tevens een verzwaarde stelplicht laten rusten op de heer en

mevrouw Van den Boogert, om Wanders aanknopingspunten voor het bewijs te leveren. Een buitenstaander als Wanders heeft volgens de rechtbank in beginsel geen andere gegevens ter beschikking dan de gepubliceerde cijfers van Amstel. De heer en mevrouw Van den Boogert betogen dat de rechtbank de 'Beklamel-norm', mede gelet op de door haar toegepaste verzwaarde stelplicht, onjuist heeft toegepast.

Het hof neemt bij de beoordeling tot uitgangspunt dat bij benadeling van een schuldeiser, bestaande uit het onbetaald of onverhaalbaar blijven van een vordering op een vennootschap, naast de vennootschap zelf, afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval degene aansprakelijk kan zijn die hetzij als bestuurder namens de vennootschap heeft gehandeld, hetzij als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakwam. In deze gevallen kan aansprakelijkheid van de bestuurder uitsluitend worden aangenomen indien zijn handelen ten opzichte van de schuldeiser van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is - mede gelet op het in artikel 2:9 BW tot uitdrukking gebrachte vereiste van een behoorlijke taakvervulling - dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

In de rechtspraak is aanvaard dat zo'n persoonlijk ernstig verwijt wordt aangenomen indien komt vast te staan dat de bestuurder namens de vennootschap verbintenissen is aangegaan in de wetenschap, of terwijl hij redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en evenmin verhaal zou bieden, behoudens (door de bestuurder te stellen en aannemelijk te maken) bijzondere omstandigheden waaruit kan volgen dat hem ter zake geen ernstig verwijt treft. Daarnaast kan een persoonlijk ernstig verwijt gelegen zijn in het bewerkstelligen of toelaten van een gang van zaken binnen de vennootschap waardoor, naar de bestuurder weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen, bestaande verplichtingen van de vennootschap niet (meer) worden nagekomen, en de vennootschap haar crediteuren voor de daardoor ontstane schade ook geen verhaal zal bieden.

De grief van de heer en mevrouw Van den Boogert is terecht voorgesteld. De hiervoor weergegeven vaste rechtspraak houdt – kort gezegd – in dat slechts beslissend is of de bestuurder een overeenkomst namens de vennootschap is aangegaan in de wetenschap, of terwijl hij redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ingevolge die tekortkoming door de wederpartij te lijden schade. Door (mede) beslissende betekenis toe kennen aan de beantwoording van de vraag of een gerede of reële kans bestond dat Wanders zou kunnen worden betaald en door in dat verband een verzwaarde stelplicht aan de zijde van de heer en mevrouw Van den Boogert aan te nemen, is de rechtbank van een onjuiste maatstaf uitgegaan. Het hof zal daarom opnieuw de door Wanders gestelde aansprakelijkheid onderzoeken.

Het hof oordeelt dat de omstandigheid dat een vennootschap in zwaar weer verkeert, niet zonder meer de conclusie kan dragen dat degene die feitelijk de gang van zaken binnen de vennootschap bepaalde jegens haar schuldeisers onrechtmatig handelt door nieuwe verplichtingen namens de vennootschap aan te gaan. Daaraan doet niet af dat naar bedrijfseconomische inzichten verdedigbaar is dat op het moment waarop een onderneming een negatief eigen vermogen en een ongezonde liquiditeitspositie heeft, de onderneming feitelijk op het randje van insolventie verkeert, zoals – naar het hof begrijpt – Wanders bij pleidooi in hoger beroep heeft willen benadrukken. Het enkele ontbreken van een bepaalde (gezonde) liquiditeitspositie en/of een zeker eigen vermogen kan niet leiden tot ‘bestuurdersaansprakelijkheid’. Beslissend daarvoor zijn de bijzondere omstandigheden van het geval en niet de enkele (gangbare) bedrijfseconomische inzichten. Dat zou neerkomen op een miskennis van het uitzonderlijke karakter van de persoonlijke aansprakelijkheid van degene die de vennootschap heeft gebonden door verplichtingen namens haar aan te gaan. Nu volgens het hof niet kan worden aangenomen dat de heer Van den Boogert zich zodanig onzorgvuldig heeft gedragen dat hem daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, faalt ook de gestelde ‘indirecte’ aansprakelijkheid van mevrouw Van den Boogert.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-07-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BX8923

Zaaknummer: 200.089.180/01

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Geduceerde leningverstrekkers/Van der Heiden

Onrechtmatig handelen door zonder vergunning op te treden als effectenbemiddelaar (art. 7 Wte 1995) of zonder vergunning effecten aan te bieden (art. 3 Wte 1995)? Zorgplicht. Invloed huwelijksgoederengemeenschap op vorderingsrechten, artikel 1:94 BW. Bestuursbevoegdheid, artikel 1:97 BW

Van der Heiden heeft met zijn vennootschap IMMS Consultancy B.V. (hierna: IMMS) werkzaamheden verricht voor Intervaluta B.V. en Intereffekt B.V., van welke beide vennootschappen Van den Berg directeur was. Van der Heiden heeft ten behoeve van Van den Berg onder meer een brochure gepubliceerd onder de naam InterShare. In de brochure worden beleggingsproducten aangeboden die potentiële klanten, afhankelijk van het ingelegde vermogen, rendementen van 20-24% per jaar op hun deelnemingen garanderen. De brochure vermeldt voorts dat de strategie en tactiek voor de tradingactiviteiten worden bepaald en geregisseerd door een van de meest ervaren en succesvolle financial traders in Nederland; daarmee is Van den Berg bedoeld. Eisers 1 en 2, die elkanders echtgenoten zijn, hebben gezamenlijk, en eiseres 3 en eiseres 4 hebben ieder voor zich een rentedragende lening aan Van den Berg in privé verstrekt, telkens tot (uiteindelijk) een bedrag van € 200.000. Een aantal van de uit hoofde van deze leningen door eiser c.s. gedane stortingen en alle rentebetalingen geschieden via de bankrekening van Van der Heiden. Daarnaast heeft een aantal eisers deelgenomen aan 'speciale acties' (leningen aan Van den Berg met een looptijd van twee of drie maanden tegen een rentepercentage van 15 tot 20%). Zij werden op deze mogelijkheid gewezen door Van der Heiden en de betalingen liepen over de bankrekening van Van der Heiden. Op enig moment zijn de rentebetalingen op de leningen gestaakt; Van den Berg heeft de hoofdsommen van de leningen niet afbetaald. Van den Berg is op verzoek van Van der Heiden failliet verklaard. Uit de faillissementsverslagen is gebleken dat Van den Berg de aan hem geleende gelden niet heeft belegd, maar heeft aangewend om betalingen te doen op eerder door hem aangegane leningen (kortom: een ponzi-scheme).

Eiser c.s. hebben in dit geding van Van der Heiden en IMMS schadevergoeding gevorderd ter hoogte van de bedragen die zij hebben uitgeleend aan Van den Berg. Zij hebben aan hun

vorderingen ten grondslag gelegd dat Van der Heiden en IMMS in strijd hebben gehandeld met de Wte en de uit hoofde van de betrekkingen met eiser c.s. op Van der Heiden en IMMS rustende zorgplicht.

De rechtbank heeft de vordering toegewezen en Van der Heiden en IMMS veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, waarmee bij de vaststelling van de bedragen rekening is gehouden met een 'eigen schuld'-correctie van 50% uit hoofde van artikel 6:101 BW. In hoger beroep heeft het hof de vorderingen tegen IMMS alsnog afgewezen. De vorderingen van eiseres 2, 3, en 4 tegen Van der Heiden zijn eveneens afgewezen, terwijl de vordering van eiser 1 voor een bedrag van bijna € 50.000 wordt toegewezen (de helft van het geleende bedrag van € 200.000 onder toepassing van een 'eigen schuld'-correctie).

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Wat betreft de vordering van eiser 1: nu eisers 1 en 2 in gemeenschap van goederen gehuwd zijn, is in hun verhouding tot Van den Berg sprake van één vorderingsrecht dat aan hen gezamenlijk toekomt (art. 6:15 lid 2 BW). Anders dan het hof heeft geoordeeld, kan dan ook niet worden uitgegaan van twee leningen van telkens € 100.000 van ieder der echtgenoten. Eiser 1 is op grond van de leningovereenkomst met Van den Berg voor het geheel gerechtigd tot de op die overeenkomst gebaseerde vorderingen.

Het in cassatie onbestreden oordeel dat Van der Heiden door overtreding van artikel 3 lid 1 Wte 1995 onrechtmatig jegens eiser 1 heeft gehandeld, dat eiser 1 als gevolg daarvan de lening aan Van den Berg heeft verstrekt, en dat Van der Heiden daardoor aansprakelijk is voor de als gevolg van het verstrekken van de lening geleden schade, brengt mee dat eiser 1 vergoeding van de schade kan vorderen die hij door dit onrechtmatig handelen van Van der Heiden heeft geleden. Voor de berekening van de omvang van de schade kan tot uitgangspunt dienen dat eiser 1 € 200.000 aan Van den Berg heeft geleend. Het voorgaande wordt niet anders door de omstandigheid dat eiser 1 in gemeenschap van goederen is gehuwd met eiseres 2 en dat de lening van € 200.000 mede door eiseres 2 is verstrekt. De omstandigheid dat, zoals het hof heeft geoordeeld, Van der Heiden niet ook jegens eiseres 2 onrechtmatig heeft gehandeld (wat van dat oordeel zij), brengt mee dat eiseres 2 niet uit eigen hoofde een vordering tot schadevergoeding heeft. Weliswaar valt de schadevordering van eiser 1 in de tussen hem en eiseres 2 bestaande gemeenschap van goederen, maar dat maakt eiseres 2 niet (zelf) tot schuldeiser van deze vordering. Of eiseres 2 bevoegd is in eigen naam de vordering van eiser 1 te innen op de grond dat deze in de gemeenschap van goederen valt, hangt af van de bestuursbevoegdheid terzake. Aangezien de vordering is ontstaan als gevolg van een (alleen) jegens eiser 1 gepleegde onrechtmatige daad, is zij van zijn zijde in de gemeenschap gevallen. Dit brengt mee dat de vordering ingevolge de hoofdregel van artikel 1:97 lid 1 BW onder het

bestuur van eiser 1 staat. Derhalve is alleen eiser 1 bevoegd deze vordering te innen. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen, voor zover het de vordering van eiser 1 betreft. De schade die eiser 1 heeft geleden door het aangaan van de geldlening van € 200.000 moet, met inachtneming van de in cassatie niet bestreden correcties ter zake van eigen schuld, door Van der Heiden vergoed worden. De vordering op Van der Heiden zal dan ook worden toegewezen tot een bedrag van bijna € 100.000.

Wat betreft de vordering van eiseres 2: nu de Hoge Raad de vordering van eiser 1 reeds zal toewijzen, heeft eiseres 2 geen belang meer bij de behandeling van het cassatieberoep.

Met betrekking tot de vorderingen van eiseres 3 en 4: eiseres 3 en 4 klagen dat de omstandigheid dat zij geen gelden aan Van den Berg hebben geleend op basis van door Van der Heiden aan hen verstrekte informatie (maar op basis van door betrokkene 3 [echtgenoot van eiseres 3 en zwager van eiseres 4] verstrekte informatie) nog niet meebrengt dat Van der Heiden niet onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld, (i) hetzij door overtreding van artikel 3 lid 1 Wte 1995, (ii) hetzij door overtreding van artikel 7 lid 1 Wte 1995, (iii) hetzij door schending van zijn zorgplicht jegens hen. De klachten ad ii en iii zijn gegrond. De enkele omstandigheid dat eiseres 3 en 4 hebben besloten tot de geldleningen over te gaan op grond van de door Van der Heiden aan betrokkene 3 (en niet aan henzelf) verstrekte informatie, sluit niet uit dat Van der Heiden jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld door overtreding van artikel 7 lid 1 Wte 1995 dan wel door schending van een jegens hen geldende zorgplicht. Mocht het hof de stellingen van eiseres 3 en 4 aldus hebben opgevat, dat zij hun vorderingen uitsluitend baseerden op tot hen persoonlijk gerichte uitlatingen en informatie van Van der Heiden, dan klaagt het onderdeel terecht dat aldus een onbegrijpelijke uitleg aan hun stellingen is gegeven. De klachten ad i, gebaseerd op overtreding door Van der Heiden van artikel 3 lid 1 Wte 1995, falen echter. Het daarin neergelegde verbod richtte zich, evenals het thans krachtens artikel 5.2 van de Wet op het financieel toezicht geldende verbod om effecten aan te bieden indien terzake daarvan geen goedgekeurde prospectus algemeen verkrijgbaar is, tot degene die effecten aan het publiek wil aanbieden, en niet tot personen die bemiddelen (HR 30 mei 2008, LJN BD2820, NJ 2010, 622, ro. 5.3). Aangezien de vorderingen van eiseres 3 en 4 enkel hun grondslag vinden in de door hen aan Van den Berg geleende bedragen, waarvoor Van den Berg op eigen naam schuldbekentenissen aan hen heeft afgegeven (zij het door tussenkomst van Van der Heiden), kan Van der Heiden niet worden aangemerkt als degene die in de zin van artikel 3 lid 1 Wte 1995 (zelf) effecten aanbiedt. Tot slot gaat de Hoge Raad nog in op de klachten tegen het oordeel van het hof dat Van der Heiden niet is opgetreden als effectenbemiddelaar in de zin van artikel 7 lid 1 in verbinding met artikel 1, aanhef en onder b, Wte 1995.

Uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.12-3.32 vermelde gegevens over de

tekst en totstandkomingsgeschiedenis van de Wte 1995 (en eerdere en latere wetgeving op het gebied van het effectenrecht) en van de daarmee geïmplementeerde Richtlijn Beleggingsdiensten (Richtlijn 93/22/EEG van de Raad van 10 mei 1993, betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten, PbEG L 141) kan worden afgeleid dat het daarin gehanteerde begrip effectenbemiddeling verschillende activiteiten kan omvatten; hoewel louter adviseren geen effectenbemiddeling is, omvat het begrip wel onder meer het ontvangen en doorgeven van orders met betrekking tot effecten voor rekening van beleggers, het uitvoeren van dergelijke orders, het aanbrengen van cliënten (ook bij andere effectenbemiddelaars), alsmede het aanbieden van effecten (het 'voortraject') zonder dat daadwerkelijk een transactie tot stand komt. Van belang is voorts dat artikel 7 lid 1 Wte 1995, dat verbiedt zonder vergunning als effectenbemiddelaar in of vanuit Nederland diensten aan te bieden of te verrichten, een ruime strekking heeft en beoogt bescherming te bieden aan een ieder die met betrekking tot effecten transacties aangaat waardoor hij met betrekking tot die effecten beleggersbelang krijgt (vgl. HR 30 mei 2008, LJN BD2820, NJ 2010, 622, ro. 5.4). In het licht van het voorgaande, en gelet op de door eiseres 3 en 4 omtrent de activiteiten van Van der Heiden aangevoerde feiten en omstandigheden, is het oordeel van het hof dat Van der Heiden niet als effectenbemiddelaar in de zin van de Wte 1995 kan worden aangemerkt, hetzij gebaseerd op een onjuiste rechtsopvatting, hetzij onvoldoende gemotiveerd. Anders dan het hof heeft overwogen, staat aan het aanmerken van Van der Heiden als effectenbemiddelaar niet in de weg dat in de door hem verspreide brochure reclame wordt gemaakt voor de producten van 'een niet bestaand bedrijf InterShare' (vaststaat immers dat onder de door Van der Heiden gekozen naam InterShare gelden werden belegd waarvoor Van den Berg daadwerkelijk schuldbekentenissen uitgaf) of dat deze brochure 'niet anders kan worden gezien dan als een advertentie die ondertekend is door Van der Heiden' (ook een advertentie kan immers worden gebruikt als middel om effectenorders binnen te halen).

Datum uitspraak:

Zaaknummer: