

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 25, 2012

Nummer 25, 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:BY2853](#) 13-11-2012

Ferho c.s./Spies

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY3417](#) 13-11-2012

Royal Web Logistics/X

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2009:BY3299](#) 23-06-2009

X/Etesmi (tussenarrest)

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY3006](#) 14-11-2012

Curatoren Easy Life Investments BV

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2758](#) 08-11-2012

ABN Amro/curator Palm Invest

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY2957](#) 07-11-2012

Curator Meijer/X Beheer BV en B

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY2277](#) 31-10-2012

X/Caravanstalling VOF

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBMID:2012:BY3454](#) 04-07-2012

Man/Vrouw (verdeling van gemeenschap van winst en verlies)

Uitspraken zonder ECLI

[- onbekend -](#)

Van Hees q.q./Böhm

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[- onbekend -](#)

PNO Consultants B.V./X

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[- onbekend -](#)

X/Etesmi

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Curatoren Easy Life Investments BV

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van feitelijk leiderschap afgewezen. Vraag in hoeverre Peeters/Gatzenvordering ook van toepassing is jegens een werknemer, niet zijnde (feitelijk) bestuurder

Easy Life Investments BV (hierna: ELI) wordt failliet verklaard. Van der Meer, Dekker en Te Biesebeek worden als curator aangesteld. Curatoren vorderen te verklaren voor recht dat (1) A het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW; (2) op grond van artikel 2:248 lid 7 jo lid 2 en/of lid 1 BW aansprakelijk is voor het tekort van de vennootschap; (3) hem te veroordelen tot betaling van dat tekort; (4) te verklaren voor recht dat A toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst met de vennootschap op grond van artikel 6:74 jo 7:661 BW; en (5) te verklaren voor recht dat A onrechtmatig heeft gehandeld jegens de vennootschap, althans haar gezamenlijke schuldeisers op grond van artikel 6:162 jo 7:661 BW.

De rechtbank overweegt primair als volgt. De rechtbank heeft de vraag te beantwoorden of A is te beschouwen als feitelijk (mede)bestuurder van ELI. Artikel 2: 248 lid 7 BW luidt: 'Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder (...)'. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dat het geval kan zijn als iemand, zonder formeel bestuurder te zijn, in de vennootschap een machtspositie bekleedt. Op zichzelf is niet voldoende dat die persoon een sterke of zelfs beslissende invloed kan hebben op het beleid van het bestuur. De enkele omstandigheid dat iemand het beleid van de vennootschap mede heeft bepaald, is niet reeds grond voor aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid berust hierop dat de persoon in kwestie zich daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen, met terzijdestelling van het formele bestuur. Uit de jurisprudentie (HR 17 november 2007, JOR 2007, 7) is af te leiden dat aansprakelijkheid tevens aan de orde kan zijn als het formele bestuur het feitelijke bestuur heeft gedoogd.

Heeft A in ELI een zodanige machtspositie gehad dat hij het beleid (mede) kon bepalen en heeft hij beleidsbeslissingen genomen die niet anders kunnen worden geduid dan als te zijn

gedaan in het kader van het door hem bepaalde beleid, derhalve als bestuurder? De rechtbank stelt vast dat niet is gebleken dat A enige betrokkenheid had bij ELI voordat hij bij haar in dienst trad op 1 september 2007. Hij was niet betrokken bij de oprichting, was geen aandeelhouder en was ook anderszins niet aan haar gelieerd.

Curatoren betogen dat A vanaf de datum van zijn indiensttreding die hiervoor beschreven positie had. De rechtbank begrijpt dat curatoren willen betogen dat A en ELI dat toen zo hebben afgesproken of hebben bedoeld af te spreken. Dat blijkt evenwel niet uit hetgeen over en weer is gesteld en in het geding is gebracht.

Besturen veronderstelt een positie van onafhankelijkheid en beslissingsvrijheid. Feit is dat A op 1 september 2007 een arbeidsovereenkomst sloot met ELI. Het wezen daarvan is nu juist de ondergeschiktheid aan het gezag van de werkgever. Het overdragen of overlaten van het bestuur kan niet afgeleid worden uit het enkele sluiten van die arbeidsovereenkomst. Daar komt nog bij dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van zes maanden werd aangegaan. Ook dat duidt niet op het verstrekken van een positie van onafhankelijkheid, maar integendeel op een positie van ondergeschiktheid.

Ook komt de rechtbank niet tot de conclusie dat X A als feitelijk bestuurder heeft gedoogd. Het is lastig vast te stellen waar de situatie waarin de bestuurder het beleid laat uitvoeren door een ondergeschikte, die daarbij een zekere vrijheid krijgt, verandert in de situatie waarin de formele bestuurder in nevenschikking gedoogt dat de aanvankelijk ondergeschikte het beleid (mede) gaat bepalen, als ware hij (ook) bestuurder. Dat hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Curatoren hebben de rechtbank er niet van weten te overtuigen dat die veranderde situatie hier aan de orde is geweest.

Weliswaar heeft A beslissingen genomen en invloed uitgeoefend op het verloop van de zaken, met name waar het ging om de uitvoering van de reddingsmaatregelen, maar de rechtbank constateert dat uit de hiervoor beschreven gang van zaken niet is gebleken dat hij daarbij een zodanige machtspositie had dat hij het bestuur (mede) bepaalde. De rechtbank komt tot de conclusie dat niet is komen vast te staan dat A het beleid van ELI (mede) heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Gelet op dit oordeel behoeft hetgeen is aangevoerd ter onderbouwing van het veronderstelde onbehoorlijk bestuur van A geen behandeling.

De subsidiaire vordering van de curatoren, te weten dat A toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de arbeidsovereenkomst met de vennootschap op grond van artikel 6:74 jo 7:661 BW, wordt ook door de rechtbank afgewezen.

Meer subsidiair baseren curatoren hun vordering op onrechtmatige daad van A jegens zijn werkgever, althans de gezamenlijke crediteuren. De rechtbank oordeelt echter dat niet kan

worden aangenomen dat sprake is van een tekortkoming in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Niet valt in te zien dat op basis van dezelfde verwijten als aan de vordering uit wanprestatie ten grondslag zijn gelegd aan A onrechtmatige gedragingen jegens de werkgever verweten kunnen worden. Dat zou alleen anders kunnen zijn indien sprake is van handelingen die onafhankelijk van de arbeidsovereenkomst onrechtmatig zouden zijn, maar op dat punt hebben curatoren niets, althans onvoldoende gesteld.

Tot slot stellen de curatoren onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad inzake Peeters/Gatzen (HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597) dat A jegens de gezamenlijke crediteuren van ELI een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Zij lichten dat niet specifiek toe, maar verwijzen slechts naar de verwijten die zij A maken in de verhouding tot zijn werkgever. Een toelichting had tevens op haar plaats geweest nu A wordt verweten zich onrechtmatig te hebben gedragen als werknemer van een vennootschap jegens de crediteuren van de vennootschap en de vraag rijst naar welke norm dat gedrag zou moeten worden beoordeeld. Het is immers zo dat de bestuurder van een vennootschap slechts persoonlijk aansprakelijk kan zijn jegens derden als hem een ernstig persoonlijk verwijt gemaakt kan worden, en dan rijst uiteraard de vraag welke maatstaf geldt voor een werknemer als A. Curatoren wijden hier geen woord aan.

Het is vaste jurisprudentie dat de curatoren bevoegd zijn in geval van benadeling van schuldeisers door de gefailleerde voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen, waarbij onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken van een vordering tot schadevergoeding jegens een derde die bij de benadeling betrokken was.

Curatoren hebben kennelijk voor ogen dat zij namens de gezamenlijke crediteuren kunnen optreden tegen een werknemer van een vennootschap, welke werknemer zelfstandig onrechtmatig heeft gehandeld jegens crediteuren van die vennootschap. Een dergelijk geval valt buiten de lijn van de Peeters/Gatzenjurisprudentie, zoals deze zich tot dusver heeft ontwikkeld, gebaseerd op de taak van de curator blijkende uit artikel 68 Fw ('de curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel'). Het had op de weg van de curatoren gelegen specifiek uiteen te zetten op grond waarvan zij menen dat zij bevoegd zijn een dergelijke vordering in te stellen en dat de Peeters/Gatzenjurisprudentie uitgebreid kan worden in de door hen voorgestane richting. Overigens hebben curatoren niet toegelicht of zij voor alle crediteuren opkomen. Onder deze omstandigheden komt de rechtbank tot het oordeel dat aan de curatoren die bevoegdheid niet toekomt en dat de Peeters/Gatzenvordering moet worden afgewezen.

De rechtbank komt overigens tot de slotsom dat, in het geval de curatoren de Peeters/Gatzenvordering wel zou zijn toegekomen, hoe dan ook onvoldoende is gebleken dat

A jegens de crediteuren van ELI onrechtmatig heeft gehandeld.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 14-11-2012

ECLI: ECLI:NL:RBSHE:2012:BY3006

Zaaknummer: 218415/HA ZA 10-2171

Wetsartikelen: 2:248 BW, 6:162 BW en 7:661 BW

RECHTSPRAAK

Royal Web Logistics/X

Geen aansprakelijkheid voormalig bestuurder bv

Royal Web Logistics (Europe) B.V. is op 24 juli 2001 opgericht. Op 5 juni 2008 veranderde Royal Web Logistics (Europe) B.V. haar naam in Royal Web Holding B.V. Deze vennootschap zal hierna worden aangeduid met RWL(oud). Eveneens op 5 juni 2008 werd opgericht Royal Web Logistics (Europe) B.V. Deze vennootschap zal hierna worden aangeduid met RWL(nieuw). X was vanaf 10 januari 2002 tot en met 31 januari 2004 bestuurder van ICC Ventures B.V. (hierna: ICC Ventures). ICC Ventures was enig aandeelhouder en bestuurder van ICC Rotterdam B.V. (hierna: ICC). Op 10 juni 2005 is ICC Ventures door de Kamer van Koophandel ontbonden. Op 10 november 2006 is ook ICC ontbonden.

RWL(nieuw) heeft X in rechte betrokken en van hem betaling gevorderd van dat wat zij van ICC stelt te vorderen te hebben, omdat ICC fouten zou hebben gemaakt bij de douaneafhandeling van door RWL(oud) ingevoerde goederen. RWL(nieuw) heeft gesteld dat X als destijds verantwoordelijk bestuurder van ICC Ventures - en dus feitelijk ook als bestuurder van ICC - aansprakelijk is voor de schade die RWL(oud) daardoor heeft geleden. X heeft de beweerde fouten en de daardoor ontstane schade betwist. Hij heeft bovendien iedere aansprakelijkheid betwist en daarnaast gesteld dat de vorderingen van RWL(oud) niet door RWL(nieuw) konden worden ingesteld. De rechtbank heeft de vorderingen van RWL(nieuw) afgewezen omdat niet was gebleken van een vorderingsrecht van RWL(nieuw) op X.

Het hof overweegt dat de grieven 1 en 2 van RWL(nieuw) gericht zijn tegen het oordeel van de rechtbank dat aan RWL(nieuw) geen vorderingsrecht toekomt. Met grief 2 betoogt RWL(nieuw) dat zij door cessie de vordering op X heeft verkregen. Het hof acht de overgedragen vordering met voldoende bepaaldheid in de (rectificatie-)cessieakte opgemaakt tussen RWL(oud) en RWL(nieuw) van 23 november 2011 omschreven, omdat daarin met zoveel woorden wordt verwezen naar de tegen X in deze procedure ingestelde vorderingen. RWL(nieuw) is dus gerechtigd tot de vordering op X, waarover deze procedure gaat. Grief 2 slaagt. Het slagen van grief 2 brengt mee dat het hof de in eerste aanleg verworpen en/of niet behandelde gronden en verweren dient te beoordelen die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven.

RWL(nieuw) verwijt X dat hij als bestuurder van ICC Ventures, en feitelijk dus ook als bestuurder van ICC, onrechtmatig jegens RWL(oud) heeft gehandeld en stelt dat X daarvoor persoonlijk aansprakelijk is. In deze zaak is met name aan de orde de kwestie van het (aan X verweten) niet nakomen door ICC van met RWL(oud) eerder gesloten overeenkomsten. Het hof is van oordeel dat de door RWL(nieuw) aan het adres van X als bestuurder van ICC Ventures gemaakte verwijten niet de conclusie rechtvaardigen dat X heeft bewerkstelligd of toegelaten dat ICC haar verplichtingen jegens RWL(oud) niet meer nakwam, noch dat X wist c.q. behoorde te weten dat ICC daarvoor geen verhaal meer zou bieden. Niet is gebleken van ernstig verwijtbaar handelen door X.

Het belangrijkste verwijt dat RWL(nieuw) aan X als oud-bestuurder maakt, is dat hij ICC in economische zin kansloos heeft achtergelaten, terwijl hij wist dat er nog onbetaalde schuldeisers waren (zoals RWL(oud)), maar wel voor zichzelf heeft gezorgd door bij A BV in dienst te treden.

X wordt aangesproken in zijn hoedanigheid van voormalig bestuurder van ICC Ventures. Dit betekent dat de hem gemaakte verwijten slechts kunnen zien op alles wat is gebeurd in de periode dat hij bestuurder was. Het hof overweegt dat RWL(nieuw) niet heeft gesteld, en evenmin is gebleken, dat X in de tijd dat hij bestuurder was op wat voor wijze dan ook heeft geblokkeerd dat er betaald zou worden door ICC. Evenmin is gesteld noch gebleken dat X heeft bewerkstelligd dat ICC of ICC Ventures niet betaalde of geen verhaal meer bood nadat X was vertrokken als bestuurder.

Het hof heeft uit dat wat door RWL(nieuw) is aangevoerd niet kunnen concluderen dat X als bestuurder heeft bewerkstelligd dat ICC vorderingen van RWL(oud) niet meer zou betalen. Weliswaar is X als bestuurder van ICC Ventures gestopt zonder de zaken goed af te wikkelen en heeft hij later, toen hij al als bestuurder was uitgeschreven, niet adequaat gereageerd op herhaalde verzoeken van RWL(oud) om informatie, ook dit is onvoldoende om tot persoonlijke aansprakelijkheid van X op grond van onrechtmatige daad te kunnen concluderen.

De slotsom is dat RWL(nieuw) aan X als bestuurder onvoldoende, althans onvoldoende concreet onderbouwde verwijten heeft gemaakt die zodanig ernstig zijn dat X in persoon onrechtmatig handelen kan worden verweten. De vorderingen van RWL(nieuw) zullen daarom ook in hoger beroep worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-11-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BY3417

Zaaknummer: HD 200.094.031

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ferho c.s./Spies

Rechtsmacht Nederlandse rechter ten aanzien van vorderingen ingesteld door een in Nederland gevestigde besloten vennootschap en drie met haar gelieerde, in Duitsland gevestigde vennootschappen tegen hun voormalige, in Duitsland woonachtige bestuurder/procuratiehouder

Holterman Ferho Exploitatie BV (hierna: Ferho) is gevestigd in Nederland. F.L. Freiherr Spies von Büllenheim (hierna: Spies) heeft woonplaats op het grondgebied van Duitsland. Spies is op enig moment in dienst getreden bij Ferho als directeur. De partijen hebben in 2001 een in de Duitse taal opgemaakte arbeidsovereenkomst ondertekend. Spies was daarnaast bestuurder/procuratiehouder van een drietal vennootschappen naar Duits recht, die alle drie zijn gevestigd op het grondgebied van Duitsland. Aan deze betrekkingen van Spies is op enig moment een einde gekomen. Spies wordt verweten dat hij in de uitoefening van de genoemde functies ernstige fouten heeft gemaakt die hebben geleid tot grote schade voor Ferho en de gelieerde Duitse vennootschappen (hierna: Ferho c.s.). Ferho c.s. stellen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur dan wel bewuste roekeloosheid van Spies bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst. Subsidiar beroepen zij zich op onrechtmatig handelen van Spies. Spies heeft in eerste aanleg, voor alle weren, een beroep gedaan op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter. De rechtbank heeft dit beroep gegrond bevonden. Ferho c.s. komen tegen dit vonnis van de rechtbank in hoger beroep.

Het hof overweegt met betrekking tot de vordering-Ferho als volgt. De EEX-Verordening (EEX-Vo) is gelet op artikel 66 lid 1 toepasselijk, doordat de rechtsvordering is ingesteld na de inwerkingtreding van de verordening. Artikel 2 lid 1 EEX-Vo bepaalt dat onverminderd deze verordening zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, worden opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat. EEX-Vo kent in afdeling 5 een bijzondere regeling van de bevoegdheid van de rechter voor individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst. De strekking van deze regeling is blijkens de considerans onder 13 de positie van de werknemer als de zwakkere partij te beschermen. Artikel 18 lid 1 EEX-Vo bepaalt dat de rechterlijke bevoegdheid voor individuele verbintenissen uit

arbeidsovereenkomst geregeld wordt door deze afdeling (afdeling 5), onverminderd artikel 4 en artikel 5, punt 5. Het begrip arbeidsovereenkomst in artikel 18 EEX-Vo dient autonoom te worden uitgelegd, mede aan de hand van hetzelfde begrip in artikel 6 van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980, Trb. 1980, 156 en 1993, 100 (hierna: EVO) en artikel 8 van de Verordening (EG) nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Het hof stelt vast dat Ferho haar vorderingen baseert op het niet nakomen door Spies van zijn verplichtingen uit de dienstbetrekking die tussen haar en Spies (als bestuurder) heeft bestaan. Voor zover Ferho haar vorderingen baseert op onbehoorlijk bestuur, zonder daaraan een overeenkomst ten grondslag te leggen, biedt de EEX-Vo geen bijzonder forum, zodat in beginsel de voormelde hoofdregel van bevoegdheid van artikel 2 lid 1 EEX-Vo geldt. Ferho heeft echter bij dagvaarding een exemplaar van de tussen haar en Spies opgemaakte arbeidsovereenkomst in het geding gebracht. Ferho heeft geen feiten gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat de rechtsverhouding die tussen hen beiden heeft bestaan niet als arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 18 lid 1 EEX-Vo moet worden gekwalificeerd. Het hof merkt op dat artikel 4 en artikel 5 onder 5 EEX-Vo in dit geval niet voor toepassing in aanmerking komen: artikel 4 EEX-Vo niet doordat Spies woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, en artikel 5 EEX-Vo niet doordat geen sprake is van een geschil betreffende de exploitatie van een filiaal, van een agentschap of enige andere vestiging in de zin van deze bepaling. Op grond van artikel 20 lid 1 EEX-Vo kan een vordering van de werkgever slechts worden gebracht voor de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan de werknemer woonplaats heeft. Nu Spies woonplaats heeft in Duitsland komt aan de Nederlandse rechter ten aanzien van de door Ferho ingestelde vorderingen geen rechtsmacht toe. Dat geldt ook voor zover de vorderingen zijn gebaseerd op onrechtmatige daad. Ook het begrip 'verbintenissen uit onrechtmatige daad' in de zin van artikel 5 onder 3 EEX-Vo dient autonoom te worden uitgelegd en moet aldus worden begrepen dat daaronder elke rechtsvordering valt die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met 'een verbintenis uit overeenkomst' in de zin van artikel 5 sub 1 EEX-Verdrag (HvJ EG 27 september 1988, 189/87, NJ 1990, 425). Het genoemde arrest van het HvJ EG is weliswaar gewezen onder het toen toepasselijke EEX-Verdrag, maar behoudt zijn gelding voor de EEX-Vo, met dien verstande dat de bijzondere bevoegdheid die in artikel 5 aanhef en onder 1 EEX-verdrag ten aanzien van verbintenissen uit arbeidsovereenkomst was opgenomen, in de EEX-Vo niet in artikel 5, maar in afdeling 5 is opgenomen. De op onrechtmatige daad gebaseerde vordering houdt duidelijk verband met de vordering uit de individuele verbintenis uit arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 18 EEX-Vo en kan gelet op het voorgaande niet leiden tot rechtsmacht van de Nederlandse rechter.

Met betrekking tot de vordering van de drie Duitse vennootschappen overweegt het hof als

volgt. In deze verhouding ontbreekt het internationale aspect doordat de vennootschappen alle zijn gevestigd op het grondgebied van Duitsland, terwijl Spies woonplaats heeft op het grondgebied van dezelfde lidstaat. Ferho c.s. beroepen zich voorts tevergeefs op de bijzondere bevoegdheden van artikel 5 sub 1 en artikel 5 sub 3 EEX-Vo, doordat deze bepalingen niet kunnen leiden tot rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Ferho c.s. hebben niet betwist dat de contractuele verbintenissen die deze vennootschappen aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd, in Duitsland zijn uitgevoerd, of daar moesten worden uitgevoerd; Spies heeft onbetwist gesteld dat hij zijn werkzaamheden in Essen, Frankfurt, Vechta en Hamburg, dus op het grondgebied van Duitsland, heeft verricht. Ten aanzien van de vorderingen gebaseerd op onrechtmatige daad geldt dat het schadebrengende feit waarop de vennootschappen zich beroepen zich niet in Nederland heeft voorgedaan of zich kan voordoen. Uit de stellingen van Ferho c.s. volgt onmiskenbaar dat de Duitse vennootschappen schade hebben geleden in Duitsland. Ferho c.s. stellen immers dat deze vennootschappen als gevolg van het doen en laten van Spies (exploitatie)verliezen hebben geleden.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 13-11-2012

ECLI: ECLI:NL:GHARN:2012:BY2853

Zaaknummer: 200.096.289

Wetsartikelen: 18 EEX-Vo en 5 EEX-Vo

RECHTSPRAAK

ABN Amro/curator Palm Invest

Artikel 843a Rv geen rechtmatig belang. De curator van Palm Invest vordert van ABN Amro afgifte van bescheiden om bewijs te kunnen leveren dat de bank in strijd met haar bijzondere zorgplicht heeft gehandeld door aan Palm Invest een betaalrekening ter beschikking te stellen en geen, althans niet voldoende het verloop van de betalingen op die rekening in het oog te houden en niet tijdig maatregelen tegen Palm Invest te nemen. De curator acht hoe dan ook niet onaannemelijk dat hij een dergelijke vordering hetzij uit wanprestatie, hetzij uit onrechtmatige daad, hetzij als Peeters q.q./Gatzenvordering heeft. Of hij een dergelijke vordering heeft, zal zijns inziens kunnen blijken uit bestudering van de stukken die onderwerp zijn van dit geding. De vordering wordt afgewezen. Artikel 834a Rv geeft geen vrijbrief om onbeperkt afgifte van bescheiden te vorderen om aan de hand daarvan te onderzoeken of er wellicht aansprakelijkheid is voor schade die de curator in de boedel heeft aangetroffen. De curator heeft geen rechtmatig belang bij die afgifte. Ten overvloede is overwogen dat een deel van de gevraagde bescheiden niet voldoende bepaald is in de zin van artikel 843a Rv en dat het Client Due Diligence-dossier ten behoeve van de bank en niet ten behoeve van de cliënt wordt opgemaakt

In november 2006 heeft Palm Invest B.V. (hierna: Palm Invest) een rekening geopend bij het kantoor van ABN Amro Bank in Hilversum. Op 13 november 2007 heeft ABN Amro Bank de relatie met Palm Invest beëindigd. De curator heeft een notitie in het geding gebracht van 29 oktober 2007 van een medewerker van ABN Amro Bank. In die notitie is onder meer opgenomen: 'In juli 2007 hebben we, op grond van enige klachten en opmerkingen van een

Pref.Banking relatie in Hilversum het relatiecomplex middels een Herbeoordelingsformulier BU NL voorgelegd aan Compliance. Hierin geven wij reeds aan, dat ontvangen gelden slechts gedeeltelijk worden geïnvesteerd in Dubai; wijzen op mogelijke piramideconstructie; bad press alsmede enkele opvallende zaken vanuit het rekeninggebruik. Afgehandeld Compliance d.d. 30-7-2007: 'Verhoogd risico.' Op 17 november 2009 heeft deze rechtbank Palm Invest in staat van faillissement verklaard.

De curator heeft herhaaldelijk aan de ABN Amro Bank verzocht een aantal stukken toe te zenden. Tevens is ABN Amro Bank verzocht een achttal vragen gemotiveerd te beantwoorden. De raadsman van de ABN Amro Bank heeft deze verzoeken afgewezen. De curator vordert ABN Amro Bank te veroordelen om afschriften te verstrekken van de documenten, op straffe van een dwangsom van € 25.000 per dag en met veroordeling van ABN Amro Bank in de kosten van deze procedure.

De rechtbank oordeelt als volgt. Artikel 843a Rv voorziet erin dat degene die daarbij een rechtmatig belang heeft inzage, afschrift of uittreksel kan vorderen van bepaalde bescheiden, waaronder begrepen op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn voorganger partij is. Hierbij gaat het om gevallen waarin de inhoud van een schriftelijk bewijsmiddel aan een partij in beginsel wel bekend is, maar deze dat stuk niet in haar bezit heeft, terwijl zij het desbetreffende stuk bijvoorbeeld in een procedure zou willen overleggen. De bijzondere exhibitieplicht van artikel 843a Rv geldt zowel in als buiten rechte. Artikel 843a Rv bindt de toewijsbaarheid van de vordering aan drie cumulatieve voorwaarden, te weten: (i) de eiser of verzoeker dient een rechtmatig belang te hebben, het moet gaan om (ii) bepaalde bescheiden (iii) aangaande een rechtsbetrekking waarin de eiser of verzoeker of zijn rechtsvoorganger partij is. Door deze beperkingen kunnen zogenoemde 'fishing expeditions' worden voorkomen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de vordering op grond van artikel 843a Rv niet kan slagen als reeds thans voldoende zeker is dat noch een vordering op grond van tekortkoming van de ABN Amro Bank in de uitvoering van haar overeenkomst met Palm Invest, noch een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad toewijsbaar kan zijn, aangezien er in dat geval geen sprake is van een rechtmatig belang bij afgifte. Artikel 843a Rv geeft geen vrijbrief om onbeperkt afgifte van bescheiden te vorderen om aan de hand daarvan te onderzoeken of er wellicht aansprakelijkheid is voor schade die de curator in de boedel heeft aangetroffen. De curator dient nauwkeurig aan te geven wat de aard van de vordering is en in hoeverre de hem bekende bescheiden, waarover hij echter niet beschikt, hem baat kunnen brengen en tot bewijslevering strekken voor de vaststelling van zijn rechtspositie uit de verschillende rechtsgronden jegens ABN Amro Bank waarop zijn vordering steunt.

Vaststaat dat tussen Palm Invest en ABN Amro Bank een beperkte bankrelatie bestond. Palm

Invest had de beschikking gekregen over een betaalrekening bij ABN Amro Bank op grond waarvan ABN Amro Bank het betalingsverkeer van Palm Invest uitvoerde en niet meer dan dat.

Volgens de curator heeft ABN Amro Bank haar bijzondere zorgplicht jegens Palm Invest niet, in ieder geval niet voldoende, in acht genomen. Die bijzondere zorgplicht kan daarom uitsluitend berusten op de overeenkomst waarbij ABN Amro Bank Palm Invest toegang gaf tot het betalingsverkeer door haar een betaalrekening te verschaffen en betalingen naar en vanaf die bankrekening te faciliteren. Een nauwkeurige beschrijving van de inhoud van die zorgplicht in het geval van het enkele bestaan van een betaalrekening geeft de curator niet. De curator meent dat ABN Amro Bank de Client Due Diligence (CDD) niet naar behoren heeft uitgevoerd en dat ABN Amro Bank op grond van de betalingen en afschrijvingen op die rekening had moeten zien dat misbruik werd gemaakt van daarop gestorte bedragen.

In de rechtsverhouding tussen ABN Amro Bank en Palm Invest heeft ABN Amro Bank geen toezichthoudende taak. De CDD, gebaseerd op de Customer Due Diligence for Banks van het Basel Committee on Banking Supervision, is niet vastgesteld ter bescherming van de belangen van individuele cliënten van banken. De daarin neergelegde zorgvuldigheidsnormen beogen de betrouwbaarheid van het bankwezen en van afzonderlijke banken te waarborgen. Individuele cliënten van banken kunnen dan ook geen aanspraken aan eventuele schending van die normen ontlenen (artikel 6.163 BW).

ABN Amro Bank heeft aangeboden enkele gevorderde bescheiden af te geven, hoewel zij daartoe in haar eigen visie niet is gehouden. Uit het voorgaande volgt dat ABN Amro Bank op grond van artikel 843a Rv niet gehouden is tot afgifte van die bescheiden. Voor een veroordeling van ABN Amro Bank tot afgifte van die bescheiden is dan ook, ondanks haar bereidheid, geen plaats. De voorzieningenrechter gaat er echter van uit dat ABN Amro Bank niet op dat aanbod zal terugkomen, ook omdat zij mogelijk op grond van artikel 843b Rv wel gehouden is enkele van de hier bedoelde bescheiden af te geven.

De voorzieningenrechter weigert de gevraagde voorziening en veroordeelt de curator in de kosten van dit geding aan de zijde van ABN Amro Bank.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-11-2012

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2758

Zaaknummer: 527175/KG ZA 12-1351 Pee/MV

RECHTSPRAAK

Curator Meijer/X Beheer BV en B

Bestuurdersaansprakelijkheid. Publicatieplicht geschonden. Van buiten komende oorzaak faillissement staat niet vast. Indien wel het geval, dan hebben bestuurders nagelaten die oorzaak te voorkomen, hetgeen (ook) onbehoorlijk bestuur oplevert

Kombinex exploiteerde van maart 2006 tot maart 2008 een plaatwerkerij/spuiterij en hield zich tevens bezig met de reparatie, in- en verkoop, lease en verhuur van auto's. Deze bedrijfsexploitatie kwam niet overeen met de doelstelling vermeld in de statuten. B was vanaf de oprichting van Kombinex tot januari 2008 in persoon (direct) bestuurder van Kombinex. Vanaf mei 2008 was B via X Beheer BV (hierna: X Beheer en samen met B 'de gedaagden') (indirect) bestuurder van Kombinex.

Kombinex heeft uit het faillissement van Auto X B.V. (hierna: Auto X) activa gekocht, waaronder de bedrijfsvoorraad auto's. Kombinex is destijds met een medewerker van Auto X, Y, overeengekomen dat hij ten behoeve van Kombinex auto's zou in- en verkopen en dat hij zou bemiddelen bij het tot stand komen van (auto)leaseovereenkomsten. Y blijkt de boel op te lichten. Even later gaat Kombinex failliet. De curator houdt X Beheer en X als (in)direct bestuurders van Kombinex hoofdelijk aansprakelijk op grond van (art. 2:11 BW jo.) artikel 2:248 BW.

De rechtbank oordeelt als volgt. Artikel 2:248 BW bepaalt dat de bestuurders van een failliete (besloten) vennootschap aansprakelijk zijn voor het tekort van de boedel indien zij de vennootschap kennelijk onbehoorlijk hebben bestuurd en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Er is in ieder geval sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien de vennootschap niet heeft voldaan aan haar wettelijke verplichtingen tot het voeren van een adequate boekhouding en/of tot publicatie van de jaarcijfers (de formele variant van kennelijk onbehoorlijk bestuur). Daarnaast is er sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien geen redelijk denkend bestuur gehandeld zou hebben zoals het bestuur heeft gedaan (de materiële variant van kennelijk onbehoorlijk bestuur). De aansprakelijkheidsregeling van artikel 2:248 BW geldt op grond van artikel 2:11 BW ook voor

de bestuurders die via een andere vennootschap bestuurder zijn van de failliete vennootschap, zoals in dit geval B die bestuurder is van X Beheer.

Op grond van artikel 2:394 BW is een rechtspersoon verplicht de jaarrekening uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar openbaar maken. Vaststaat dat de voorlopige jaarrekening van Kombinox over het boekjaar 2005 op 14 augustus 2007 is gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel. Dit is te laat (los van het feit dat het om een 'voorlopige' jaarrekening ging). De jaarrekeningen over 2006 en 2007 zijn niet gedeponereerd. Gelet hierop hebben de gedaagden niet voldaan aan de publicatieplicht waardoor zij ingevolge artikel 2:248 lid 2 BW hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en daardoor wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Ook indien de gedaagden gezamenlijk als gevolg van de inbeslagname van de administratie in de feitelijke onmogelijkheid zijn komen te verkeren om de jaarrekening over 2006 te deponeren kan hen dit niet disculperen nu die inbeslagname in hun risicosfeer ligt. Bovendien hebben de gedaagden gezamenlijk de mogelijkheid om ontheffing van hun verplichting te vragen onbenut gelaten.

De onbehoorlijke taakvervulling wordt weerlegbaar vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Om dit vermoeden te weerleggen dienen de gedaagden gezamenlijk aannemelijk te maken dat het faillissement is veroorzaakt door een van buiten komende oorzaak. De gedaagden gezamenlijk hebben aangevoerd dat het faillissement is veroorzaakt door Y. Volgens de gedaagden gezamenlijk heeft Y Kombinox opgelicht en haar financieel ernstige schade toegebracht.

Een redelijke uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak, zoals in dit geval de oplichting door Y, en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert (Hoge Raad 30 november 2007, LJN BA6773 (Blue Tomato)).

De curator betwist in de eerste plaats dat de handelwijze van Y kan worden aangemerkt als een van buiten komende oorzaak van het faillissement. Indien dit wel het geval zou zijn, hebben de gedaagden volgens de curator nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen. Een van buiten komende oorzaak van het faillissement staat, gelet op de

betwisting door de curator, niet vast. Indien dit wel het geval zou zijn, wordt overwogen dat de gedaagden geen feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit blijkt dat het nalaten om de oplichting door Y te voorkomen, geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. De enkele stelling dat zij niets hadden kunnen doen om de oplichting te voorkomen doordat het heel subtiel is gebeurd, is daartoe onvoldoende. Bovendien is sprake is geweest van onvoldoende toezicht op het handelen van Y of in ieder geval van een passieve houding van de gedaagden die de oplichting door Y (mede) mogelijk heeft gemaakt. Van de gedaagden mocht worden verwacht dat zij extra oplettend waren ten aanzien van het handelen van Y nu zij ervan op de hoogte waren dat Y tweemaal eerder betrokken was geraakt bij een faillissement (in 2003 en 2007). Vaststaat dat Kombinex geen specifieke afspraken met Y heeft gemaakt over de administratie of het aanleveren van informatie over zijn werkzaamheden. B verwerkte datgene wat hij van Y ontving. Volgens de gedaagden bleef Y regelmatig in verzuim met het tijdig verstrekken van gegevens en rezen bij hen ook vragen met betrekking tot de juistheid en volledigheid van de administratie.

Voor zover sprake zou zijn van een van buiten komende oorzaak van het faillissement, te weten oplichting van Kombinex door Y, hebben de gedaagden nagelaten het intreden van de oorzaak van het faillissement te voorkomen en levert dit een onbehoorlijke taakvervulling op. Aldus hebben de gedaagden niet het vermoeden weerlegd dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Nu vaststaat dat de gedaagden hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt, kan in het midden blijven of de administratie voldoet aan de wettelijke eisen en of het handelen in strijd met de statuten en het ontbreken van de kantoor- en bedrijfsvoorraad aan te merken valt als onbehoorlijk bestuur.

De onbehoorlijke taakvervulling is tevens zodanig ernstig dat de rechtbank geen aanleiding tot matiging ziet.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-11-2012

ECLI: ECLI:NL:RBDOR:2012:BY2957

Zaaknummer: 79252/HA ZA 09-2059

Wetsartikelen: 2:11 BW, 2:248 BW en 3:394 BW

RECHTSPRAAK

X/Caravanstalling VOF

Oproeping in vrijwaring deels toegewezen. Als gevolg van een derdenbeding in het contract tussen de rechtsvoorgangers van eiser en gedaagde kan gedaagde (als derde) de rechtsvoorganger van eiser in vrijwaring oproepen nu gedaagde zich op het onweersproken standpunt stelt dat de rechtsvoorganger van eiser haar verplichtingen jegens haar niet is nagekomen. De oproeping in vrijwaring van de bestuurder van de rechtsvoorganger van eiser is afgewezen doordat niet is gesteld dat de vordering op de rechtsvoorganger van eiser onbetaald en onverhaalbaar zal blijven

Als gevolg van een derdenbeding in het contract tussen de rechtsvoorganger van eiser en de rechtsvoorganger van gedaagde Caravanstalling wenst Caravanstalling (als derde) bij vrijwaringsincident de rechtsvoorganger van eiser in vrijwaring op te roepen. Caravanstalling stelt dat de rechtsvoorganger van eiser haar verplichtingen jegens haar niet is nagekomen.

Caravanstalling vordert eveneens dat de bestuurder van de rechtsvoorganger van eiser in vrijwaring wordt opgeroepen. Als grondslag voor deze vordering stelt Caravanstalling dat de bestuurder een onrechtmatige daad jegens haar heeft gepleegd.

Eiser voert verweer.

De rechtbank oordeelt dat de oproeping in vrijwaring kan worden toegewezen indien tussen Caravanstalling en de rechtsvoorgangers een rechtsverhouding bestaat die voor hen een verplichting tot vrijwaring van Caravanstalling inhoudt. De rechtbank is van oordeel dat daarvan sprake is ten aanzien van de rechtsvoorgangers vanwege het derdenbeding, nu de eiser dit niet heeft weersproken.

Een verplichting tot vrijwaring geldt niet ten aanzien van de bestuurder, doordat voor een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad vereist is dat Caravanstalling benadeeld moet zijn door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van haar vordering op de desbetreffende

rechtsvoorganger, terwijl niet is gesteld dat de rechtsopvolger geen verhaal biedt voor de vordering. De rechtbank wijst deze vordering derhalve af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 31-10-2012

ECLI: ECLI:NL:RBDOR:2012:BY2277

Zaaknummer: 98510/HA ZA 12-2139

Wetsartikelen: 118 e.v. Rv

RECHTSPRAAK

Man/Vrouw (verdeling van gemeenschap van winst en verlies)

Verdeling van gemeenschap van winst en verlies. Partijen verschillen met name van mening over de vraag in hoeverre de onderneming van de man binnen de gemeenschap valt. De winsten vallen er wel in, de onderneming niet

Partijen zijn gehuwd in 1981 onder huwelijkse voorwaarden. Bij beschikking van 8 maart 2006 is in dit huwelijk de echtscheiding uitgesproken, welke vervolgens is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Tijdens het huwelijk heeft de vrouw van haar ouders viermaal een gift ontvangen van fl. 7.500, in totaal dus fl. 30.000. Deze bedragen zijn op de gezamenlijke bankrekening van partijen gestort. De man exploiteerde sinds 1978 samen met zijn vader een melkveehouderijbedrijf in de vorm van een vennootschap onder firma. De vrouw vordert betaling van (1) de door haar bij het huwelijk aangebrachte contanten en spaartegoeden, (2) de aan haar toekomstige schenkingen, en (3) de aan haar toekomstige winst uit de melkveehouderij.

De rechtbank stelt vast dat de vrouw naast 'teruggave' van de door haar aangebrachte gelden en tijdens het huwelijk ontvangen erfenissen ook verdeling vordert van de tussen partijen bestaande gemeenschap van winst en verlies. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag in hoeverre de (waarde van de) huidige onderneming van de man valt in de gemeenschap van winst en verlies. Daarvoor is van belang hetgeen bepaald is in artikel 126 BW (oud). Uit de parlementaire geschiedenis van dit artikel blijkt dat bij 'winsten' moet worden gedacht aan zowel de uitgekeerde als de in het bedrijf gehouden winsten. Van de uitgekeerde winst – die gebruikelijk al tijdens het huwelijk in de gemeenschap terechtkomt en dan wordt besteed aan gezamenlijke (huishoudelijke) kosten – vordert de vrouw in onderhavig geval (althans zo begrijpt de rechtbank haar vordering) geen verdeling. De ingehouden winst blijft in het bedrijf en kan eerst bij ontbinding van de gemeenschap worden verdeeld. De vordering van de vrouw is op die laatstgenoemde verdeling gericht.

Volgens het oordeel van de rechtbank is de stelling van de vrouw dat zij recht heeft op de helft

van de huidige waarde van de onderneming van de man onjuist. De onderneming op zich valt immers niet in de gemeenschap. Wel valt daarin de in de onderneming gebleven winsten; op de helft daarvan maakt de vrouw terecht aanspraak volgens de rechtbank. Voor zover met de in de onderneming gebleven winsten is geïnvesteerd, zal bij de vaststelling van de waarde van het deel waarop de vrouw recht heeft dienen te worden uitgegaan van de huidige waarde van die investering. Dan stelt de vrouw nog dat er uit haar privévermogen in de onderneming – in beginsel het privévermogen van de man – is geïnvesteerd en dat zij daarvoor een vergoeding wenst. Dit deel van de vordering zal worden afgewezen. Ten slotte vordert de vrouw teruggave van hetgeen zij ten huwelijk heeft aangebracht (contanten en spaargeld) en een bedrag van fl. 30.000 aan tijdens het huwelijk (in de jaren 1993-1996) ontvangen schenkingen. Ook dit deel van de vordering wordt afgewezen. Met betrekking tot de in de onderneming gebleven winsten moet eerst worden vastgesteld wat de winsten in de onderneming zijn geweest tijdens het huwelijk, wat er met die winsten is gedaan enzovoort. De rechtbank verwijst de zaak naar de rol voor het nemen van een akte, eerst aan de zijde van de man. Iedere verdere beslissing wordt door de rechtbank aangehouden.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 04-07-2012

ECLI: ECLI:NL:RBMID:2012:BY3454

Zaaknummer: 68089/HA ZA 09-297

RECHTSPRAAK

X/Etesmi (tussenarrest)

Tussenarrest bij LJN BY3302. Onrechtmatige daad vennootschap door onbetaald laten huurpenningen andere vennootschap waarbij ook de bestuurder aansprakelijk is

Het hof gaat in dit tussenarrest uitsluitend in op het verwijt van X aan Etesmi c.s. dat Etesmi als feitelijk gebruiker van het bedrijfspand vanaf 1 januari 2006 niet meer de daarvoor verschuldigde vergoeding betaalde aan Etesmi JWK. Dit niet betalen van de vergoeding die Etesmi was verschuldigd aan Etesmi JWK moet – naar de stellingen van X – als onrechtmatig jegens hem worden aangemerkt doordat Etesmi, terwijl zij wel het feitelijk gebruik van het bedrijfspand had, daarvoor welbewust niet meer betaalde aan Etesmi JWK, waarbij A, naar X stelt, als bestuurder van Etesmi welbewust heeft bewerkstelligd dat Etesmi JWK, van welke vennootschap A eveneens (indirect) bestuurder was, niet aan haar betalingsverplichtingen jegens X kon voldoen. A heeft volgens X aldus zijn hoedanigheden als bestuurder van Etesmi en indirect bestuurder van Etesmi JWK misbruikt. Er was sprake van een door A en Etesmi welbewust gecreëerde betalingsonmacht en betalingsonwil van Etesmi JWK, aldus X.

Het hof heeft, met het oog op het verwijt van X en de daartegen door Etesmi c.s. gevoerde verweren behoefte aan nadere inlichtingen, in het bijzonder met betrekking tot het feitelijk gebruik van het bedrijfspand en de betalingen ter zake. Daarbij wenst het hof tevens de positie van BCT te betrekken, nu deze vennootschap, naar Etesmi c.s. hebben erkend, ook in een gedeelte van het bedrijfspand was gevestigd en bij gelegenheid van de pleidooien door Etesmi c.s. desgevraagd is verklaard dat BCT huur betaalde aan Etesmi. Nu Etesmi c.s. (en dan met name A) in de positie zijn inzicht te verschaffen in het feitelijk gebruik van het gehuurde en de te dier zake gedane betalingen zullen Etesmi c.s. in de gelegenheid worden gesteld deze nadere toelichting te verstrekken, waar mogelijk onder overlegging van schriftelijke bescheiden, zoals facturen, betalingsbewijzen en bankafschriften. X zal daarna bij antwoordakte op de door Etesmi c.s. verstrekte gegevens kunnen reageren. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 23-06-2009

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2009:BY3299

Zaaknummer: HD 200.004.530 T

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Etesmi

Voortzetting van LJN BY3299. Onrechtmatige daad vennootschap door onbetaald laten huurpenningen van andere vennootschap waarbij ook de bestuurder aansprakelijk is. Zie ook LJN BV1453

Deze zaak is een vervolg op het door het hof gewezen tussenarrest van 23 juni 2009 (LJN BY3299). In het tussenarrest heeft het hof overwogen (r.o. 4.2.2) dat allereerst wordt ingegaan op het verwijt van X aan Etesmi c.s. dat Etesmi als feitelijk gebruiker van het bedrijfspand vanaf 1 januari 2006 niet meer de daarvoor verschuldigde vergoeding betaalde aan Etesmi JWK, hetgeen naar de stellingen van X als onrechtmatig jegens hem moet worden aangemerkt. Onrechtmatig van Etesmi doordat deze, terwijl zij wel het feitelijk gebruik van het bedrijfspand had, daarvoor welbewust niet meer betaalde aan Etesmi JWK, en onrechtmatig van A doordat hij, als bestuurder van Etesmi en indirect bestuurder van Etesmi JWK, welbewust heeft bewerkstelligd dat Etesmi JWK niet aan haar betalingsverplichtingen jegens X kon voldoen. Het hof heeft (r.o. 4.2.5) met het oog op dit verwijt verzocht om nadere inlichtingen van Etesmi c.s. omtrent het feitelijk gebruik van het bedrijfspand door Etesmi en BTC en de betalingen ter zake.

Het hof overweegt allereerst dat Etesmi feitelijk de beschikking had over het gehele door Etesmi JWK van X gehuurde bedrijfspand. Het hof komt vervolgens toe aan beoordeling van de vordering van X jegens Etesmi, welke vordering X heeft gebaseerd op primair vereenzelviging van Etesmi met Etesmi JWK en voorts subsidiair op onrechtmatige daad vanwege het bewust uitlokken en profiteren van de wanprestatie van Etesmi JWK en meer subsidiair op ongerechtvaardigde verrijking.

Het hof overweegt met betrekking tot de vordering op grond van vereenzelviging dat in de gegeven – door X gestelde – omstandigheden vereenzelviging van Etesmi met Etesmi JWK – zodat Etesmi op deze grond gehouden is tot nakoming van de op Etesmi JWK rustende verplichtingen uit het huurcontract – niet kan worden aangenomen.

Het hof overweegt met betrekking tot de vordering jegens Etesmi op grond van onrechtmatige daad als volgt. Toen Etesmi JWK X onbetaald liet en dus wanprestatie pleegde, was het op

zichzelf niet onrechtmatig - ook al had Etesmi het feitelijke gebruik van het bedrijfspand - dat Etesmi op die enkele grond zich de belangen van X niet aantrok. Van onrechtmatigheid is eerst sprake indien sprake is van bijkomende omstandigheden die aan het gedrag van Etesmi - het profiteren van het gebruik van het bedrijfspand zonder de door Etesmi JWK aan X te betalen huurpenningen aan Etesmi JWK ter beschikking te stellen - dat onrechtmatige karakter verlenen. Naar het oordeel van het hof is in het onderhavige geval van dergelijke bijkomende omstandigheden sprake. Aldus heeft Etesmi, naar het oordeel van het hof, een situatie in het leven geroepen waarbij zij ten onrechte gebruik heeft gemaakt van de positie van Etesmi JWK als huurster, zonder zich daarbij de belangen van X aan te trekken door zorg te dragen voor het beschikbaar stellen van de huurpenningen aan Etesmi JWK. Dit is, in de specifieke hiervoor vermelde omstandigheden van het geval onrechtmatig te achten jegens X. Het voorgaande brengt met zich dat Etesmi uit hoofde van onrechtmatige daad verplicht is de schade te vergoeden die door dit onrechtmatig handelen is ontstaan, welke schade bestaat uit de door Etesmi JWK onbetaald gelaten huurpenningen ad € 185.000.

Het hof komt thans toe aan de beoordeling van de vordering van X jegens A, welke vordering X heeft gegrond op onrechtmatige daad, meer in het bijzonder het bewust omleiden van geldstromen en daardoor betalingsonmacht en betalingsonwil creëren bij Etesmi JWK. Voor de beantwoording van de vraag of A op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk is jegens X sluit het hof aan bij de overwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest van 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen). Het gaat in dit geval immers om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Naar het oordeel van het hof doet zich hier de situatie voor dat A heeft bewerkstelligd dan wel heeft toegelaten dat Etesmi JWK niet meer aan haar huurbetalingsverplichtingen jegens X heeft voldaan. Dit toelaten heeft er in de concrete omstandigheden van het geval in bestaan dat A – gebruikmakend van zijn dubbele hoedanigheid van volledige zeggenschapshouder in zowel Etesmi, BCT als Etesmi JWK – heeft toegelaten dat het bedrijfspand geheel ten gebruike van Etesmi ter beschikking was, maar Etesmi zelf kon bepalen voor hoeveel vierkante meter zij de huur voor het pand zou betalen. Aldus heeft A als indirect bestuurder van Etesmi JWK – welke vennootschap hij willens en wetens, met wetenschap van het huurcontract met X, heeft overgenomen – toegelaten dat deze vennootschap onvoldoende inkomsten genoot om aan haar huurbetalingsverplichtingen te voldoen, waardoor hij wist, althans het voor hem volstrekt voorzienbaar was dat Etesmi JWK (op termijn) niet meer aan haar betalingsverplichtingen jegens X zou kunnen voldoen. In deze omstandigheden treft A naar het oordeel van het hof het ernstige verwijt dat hij zich in zijn beslissingen en gedragingen in zijn hoedanigheid van zowel bestuurder van Etesmi als indirect bestuurder van Etesmi JWK uitsluitend heeft laten leiden door de belangen van Etesmi, terwijl hij tegelijkertijd de verantwoordelijkheid droeg voor Etesmi JWK. Dit is naar

het oordeel van het hof in de gegeven – hiervoor genoemde omstandigheden – onrechtmatig te achten jegens X, waarbij het hof mede in aanmerking neemt dat A geen open kaart heeft gespeeld jegens X over het feit dat niet Etesmi JWK maar Etesmi feitelijk de beschikking had over het pand (en daarvoor slechts een beperkte vergoeding betaalde), maar als bestuurder van Etesmi JWK een procedure heeft gevoerd tegen X vanwege de onderhoudstoestand van het pand, om vervolgens, nadat deze procedure verloren was, de achterstallige huurpenningen onbetaald te laten. Voor de dientengevolge door X geleden schade, bestaande uit de niet betaalde huurpenningen ad € 185.000, is A, naast Etesmi, aansprakelijk.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

PNO Consultants B.V./X

Contract met een niet bestaande vennootschap? Vooreerst stelt de rechtbank vast dat tussen partijen niet ter discussie staan de kwaliteit van de door eiseres verrichte werkzaamheden en de omvang van haar onbetaald gebleven factuur. Het gaat in deze procedure om de vraag of de openstaande factuur al dan niet door gedaagde moet worden betaald

Op 16 september 2004 is een overeenkomst tot stand gekomen tussen X en PNO Consultants B.V. (hierna: PNO), uit hoofde waarvan PNO voor X inspanningen zou verrichten ter verkrijging van overheidssubsidie voor een project in India, genaamd New Fruit Production. Ten tijde van het tot stand komen van de overeenkomst met PNO was op het adres dat in de overeenkomst werd genoemd de besloten vennootschap Y gevestigd (en niet X). Y heeft vervolgens, na een wijziging in het aandeelhouderschap, haar naam gewijzigd in AT Beheer B.V. PNO heeft, stellende dat haar inspanningen tot resultaat hebben geleid, conform de contractuele afspraken in twee tranches aan X gefactureerd. De eerste factuur is betaald. De tweede factuur is onbetaald gebleven. PNO vordert betaling van de onbetaald gebleven factuur. PNO baseert haar vordering op de stelling dat X later het project in India en de schuld aan PNO heeft overgenomen.

De rechtbank overweegt dat niet de kwaliteit van de door PNO verrichte werkzaamheden in dezen centraal staat, maar de vraag of de openstaande factuur al dan niet door X betaald moet worden. Het feit dat in het oorspronkelijke contract slechts X als contractpartij werd genoemd, staat op zichzelf beschouwd niet in de weg aan toewijzing van de vordering zoals die door PNO in deze procedure is ingesteld. De rechtbank volgt X niet in haar verjaringsverweer. De rechtbank stelt vast dat binnen de periode van vijf jaar stuiting van een lopende verjaringstermijn heeft plaatsgevonden. Een vanuit PNO verstuurde brief, waarin zij stelt akkoord te gaan met de betaling van haar openstaande factuur, markeert het tijdstip van stuiting. Op basis van deze verstuurde brief oordeelt de rechtbank dat PNO heeft ingestemd met een (mogelijke) schuldoverneming als bepaald in artikel 6:155 BW. De rechtbank oordeelt

dat de brief geen ander oordeel toelaat dan dat PNO daarbij te kennen geeft akkoord te gaan met betaling van haar factuur door X. De slotsom is dat X betalingsplichtig is jegens PNO. De rechtbank veroordeelt X om aan PNO een bedrag van € 74.341,09 te betalen. Als de in het ongelijk gestelde partij wordt X ook in de proceskosten van het geding veroordeeld.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Van Hees q.q./Böhm

Faillissement. Ponzi-scheme (piramidespel). Beroep curator op nietigheid overeenkomsten van geldlening, ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling verworpen. Verwijzing naar HR 28 oktober 2011 (LJN BQ5986) in verband met de grondslag ongerechtvaardigde verrijking en de gestelde nietigheid wegens strijd met de Wte en Wtk. Geen onverschuldigde betaling, maar betalingen gedaan ter voldoening van contractuele verplichtingen. Geen nietigheid van de overeenkomsten wegens schuldheling dan wel strijd met de goede zeden. Contractspartij was zich niet bewust van de zwendelpraktijken van zijn wederpartij en hoefde dat niet te zijn

Hans Böhm heeft geldbedragen aan René van den Berg ter beschikking gesteld. Van den Berg heeft daarvoor schuldbekentenissen aan Böhm afgegeven. Böhm heeft in totaal € 494.000 aan Van den Berg betaald. Böhm heeft van Van den Berg in totaal € 620.000 terug ontvangen. Van den Berg is failliet gegaan en als gevolg van zijn piramidespel veroordeeld tot een gevangenisstraf van vijf jaar. In onderhavige procedure vordert de curator het verschil tussen de door Böhm ontvangen som en het door hem aan Van den Berg betaalde bedrag, derhalve € 126.000. Volgens de curator kan Böhm geen recht doen gelden op dit bedrag en dient dit ten behoeve te komen van de gezamenlijke schuldeisers van het faillissement van Van den Berg. De curator stoelt zijn vordering op nietigheid van de overeenkomsten tussen Böhm en Van den Berg (hetzij wegens strijd met de Wte/Wtk, hetzij wegens schuldheling, hetzij wegens strijd met de goede zeden), dan wel op onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking.

Het hof overweegt dat Böhm aanvoert dat de rechtbank ten onrechte tot de slotsom is gekomen dat de curator ontvankelijk is in de door hem namens de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van Van den Berg ingestelde vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Met verwijzing naar HR 28 oktober 2011 (LJN BW5986) oordeelt het hof dat vordering van de curator op de (algemene) grondslag van ongerechtvaardigde verrijking niet toewijsbaar is.

Gelet op het stelsel van artikel 47 Fw en de daaraan (in het arrest weergegeven) redenen oordeelt het hof dat in het kader van het faillissement van Van den Berg de verrijking van Böhm niet ongerechtvaardigd is ten opzichte van de aldus in hun verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeisers. Het betoog van de curator dat dit in het onderhavige geval anders is doordat (tevens) is voldaan aan de vereisten van de actio pauliana gaat niet op. De situatie dat betaling door Böhm is ontvangen, wetende dat het faillissement was aangevraagd, doet zich niet voor. Van samenspanning is geen sprake. De curator heeft verder betoogd dat de betalingen aan Böhm onverschuldigd zijn gedaan en de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de curator de grondslag onverschuldigde betaling niet heeft willen handhaven. Volgens het hof bestaat er geen enkele aanwijzing dat Böhm de overeenkomsten met Van den Berg zo heeft moeten opvatten dat deze Van den Berg alleen verplichtten tot belegging dan wel dat alleen rentebetalingen verschuldigd zouden zijn als daadwerkelijk werd belegd en rendement werd behaald. De betalingen door Van den Berg zijn gedaan ter voldoening van zijn contractuele verplichtingen jegens Böhm. Het beroep op onverschuldigde betaling slaagt niet.

De volgende grief heeft betrekking op de door de curator gestelde nietigheid van de overeenkomsten tussen Böhm en Van den Berg wegens strijd met de Wet toezicht effectenverkeer (Wte) en de Wet toezicht kredietverkeer (Wtk). Ter gelegenheid van de pleidooien heeft de curator reeds te kennen gegeven zich neer te leggen bij het oordeel van de Hoge Raad in zijn hiervoor genoemde arrest van 28 oktober 2011, dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige artikel 1:23 Wet financieel toezicht (Wft) niet kan worden afgeleid dat het aldaar bepaalde — dat rechtshandelingen in strijd met de Wft niet uit dien hoofde aantastbaar zijn, tenzij anders bepaald — afwijkt van het voordien onder de Wtk en Wte geldende recht en ingevolge artikel 3:40 lid 3 de sanctie van lid 2 dus toepassing mist. Deze grief is mitsdien tevergeefs voorgesteld. De curator heeft zich verder nog beroepen op nietigheid wegens schuldheiling dan wel strijd met de goede zeden. Hierbij staat de vraag voorop of Böhm zich bewust had moeten zijn van het onoorbare karakter van de handelwijze van Van den Berg (in de bewoordingen van de curator: een Ponzi-zwendel). Dat Böhm daadwerkelijk heeft geweten waar Van den Berg zich mee bezighield, is niet door de curator gesteld. Het hof is van oordeel dat gelet op de wijze waarop Van den Berg te werk ging, op de sociale groep waarin zowel Böhm als hij verkeerde en op de reputatie van Van den Berg als de 'Johan Cruijff van de beleggingswereld', Böhm er niet op bedacht heeft hoeven zijn dat Van den Berg zich op grote schaal bezighield met zwendel. De wijze waarop Van den Berg zich in het maatschappelijk verkeer presenteerde, de positieve waardering die in brede kring voor hem bestond, zijn ogenschijnlijke zakelijk succes en de eigen constatering van Böhm dat Van den Berg (via Intereffect/Intervaluta) zich daadwerkelijk met beleggingen bezighield, brengen mee dat Böhm, ondanks de door de curator genoemde omstandigheden, geen rechtens

relevant verwijt ervan kan worden gemaakt dat niet tot hem is doorgedrongen dat hij mogelijk met van misdrijf afkomstig geld zou worden betaald. Zoals Böhm heeft aangevoerd waren rendementen die de toegezegde rente-uitkeringen mogelijk zouden maken op zichzelf niet onhaalbaar. Dat er concrete waarschuwingssignalen waren die wezen in de richting van strafbare feiten aan de kant van Van den Berg kan niet uit de stellingen van de curator worden afgeleid. De door de curator genoemde omstandigheden kunnen niet als zodanig worden aangemerkt. Böhm kan, gelet op het voorgaande, redelijkerwijs niet worden verweten dat hij geen verdergaand onderzoek heeft ingesteld naar de herkomst van de gelden en naar de handel en wandel van Van den Berg dan hij heeft gedaan en evenmin dat hij zich heeft gedragen zoals zoveel andere slachtoffers van Van den Berg. Opmerking verdient nog dat het iets anders is zich te (moeten) realiseren dat het gegarandeerde rendement wellicht 'too good to be true' was (en dat het risico bestond dat niet daadwerkelijk betaald zou kunnen worden) dan zich te (moeten) realiseren dat de ontvangen rentebetalingen uit zwendel afkomstig waren. De door de curator genoemde aanvullende omstandigheden maken de vorenstaande conclusie niet anders. Ook deze grieven van de curator, dat Böhm zich bij het aangaan van de overeenkomsten bewust had moeten zijn van de zwendelpraktijken van Van den Berg, falen.

Datum uitspraak:

Zaaknummer: