

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 03, 2015

Nummer 3, 2015

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2015:806](#) 10-12-2015

Kornhaas/Dithmar

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3234](#) 06-11-2015

UWV/X

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:3336](#) 08-12-2015

X/bestuurder Redema Beheer B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:4599](#) 19-11-2015

Invest/Holding

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:4598](#) 19-11-2015

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:4646](#) 10-11-2015

SFO/Blue Blood

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:8114](#) 27-10-2015

X/Lainsingh

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:4456](#) 29-09-2015

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:3265](#) 11-08-2015

X/Merin

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:1388](#) 14-04-2015

x/ABN AMRO

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:1401](#) 14-04-2015

X/Daimler

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:8685](#) 25-11-2015

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2015:6746](#) 25-11-2015

Monumenten Fonds Brabant/Rabobank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:8662](#) 11-11-2015

curator De Ammerse Smid B.V./X B.V.

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:5108](#) 04-11-2015

Wynroas/B c.s.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:7495](#) 28-10-2015

VEB/bestuurders Landis

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:12376](#) 21-10-2015

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:4075](#) 08-09-2015

VSH / Curator x

Annotatie

[Het HvJ EU in Kornhaas v. Dithmar: over toepasselijk recht op bestuurdersaansprakelijkheid en de verhouding tot de vrijheid van vestiging.](#)

A.L. Jonkers

Annotatie

[Een Beklamel-vordering en de verzwaarde stelplicht van de aansprakelijk gestelde DGA](#)

A.P. Koburg

ANNOTATIE

Het HvJ EU in Kornhaas v. Dithmar: over toepasselijk recht op bestuurdersaansprakelijkheid en de verhouding tot de vrijheid van vestiging.

A.L. Jonkers

Inleiding

Het HvJ EU gaat voor het eerst in op de vraag welk recht toepasselijk is op een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering ingesteld door de curator in een Duitse insolventieprocedure ten aanzien van een Engelse Limited. De overwegingen van het HvJ EU zijn in meerdere opzichten opvallend en kunnen van grote invloed zijn op het internationale ondernemings- en insolventierecht. De tijd dat nationale regels inzake bescherming van crediteuren veelal het onderspit moeten delven ten gunste van de vrijheid van vestiging, lijkt met dit arrest voorbij.

Mevrouw Kornhaas was bestuurder van de inmiddels in Duitsland failliet verklaarde Engelse Limited Kornhaas Montage und Dienstleistung Ltd. Dithmar is in de Duitse insolventieprocedure als curator aangesteld en stelt een vordering tegen mevrouw Kornhaas in wegens bestuurdersaansprakelijkheid, gegrond op artikel 64 GmbHG. Dat artikel houdt kort gezegd in dat de bestuurder binnen drie weken faillissement van de vennootschap moet aanvragen zodra de onderneming insolvent is, op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid jegens de vennootschap voor later verrichte betalingen.

De verwijzende Duitse rechter vraagt zich af of ingevolge artikel 4 lid 1 van de Insolventieverordening (nr. 1346/2000) (hierna: InsVo) Duits recht op deze vordering van toepassing is. Het HvJ EU beantwoordt deze vraag bevestigend, hoewel artikel 4 InsVo zelf niet naar bestuurdersaansprakelijkheid verwijst. Tevens vraagt de Duitse rechter zich af of een dergelijke vordering in strijd zou zijn met de vrijheid van vestiging overeenkomstig artikel 49 en 54 WVEU en de eerdere rechtspraak van het HvJ EU, met name *Inspire Art* (zaak C167/01, ECLI:EU:C:2003:512). Volgens het HvJ EU is er in dit geval geen strijd met de vrijheid van vestiging. Hieronder bespreek ik de zaak in de context van eerdere rechtspraak van het HvJ

EU en de InsVo en ga ik in op de mogelijke implicaties.

Rechtsmacht bij bestuurdersaansprakelijkheid

In de onderhavige zaak staat de vraag naar het toepasselijk recht op een vordering van de curator uit bestuurdersaansprakelijkheid centraal. Een vraag die daaraan vooraf ging, was welke rechter rechtsmacht heeft. In de zaak *H v. H. K.* (zaak C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410) had het HvJ EU reeds geoordeeld dat artikel 3 lid 1 InsVo rechtsmacht toekent aan de rechter die de insolventieprocedure opent om ook te oordelen over bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen, ingesteld door de curator op grond van artikel 64 GmbHG.

De eerdere uitspraak *H v. H. K.* was opvallend gezien de tekst van artikel 3 lid 1 InsVo. De tekst rept immers met geen woord over jurisdictie voor dergelijke vorderingen. Anderzijds was de uitspraak niet onverwacht gezien de eerdere rechtspraak van het HvJ EU, met name in de zaak *Seagon v. Deko Marty* (zaak C-339/07). In die procedure ging het om een paulianavordering. Het HvJ EU overweegt daar dat er een lacune zou dreigen te ontstaan tussen de InsVo en de EEX-Verordening. De EEX-Verordening sluit faillissement en soortgelijke procedures uit, terwijl de InsVo slechts rechtsmacht toekent voor het openen van insolventieprocedures, welke procedures specifiek opgesomd zijn in de InsVo. Een paulianavordering valt daar evident niet onder. Het HvJ EU voorkomt die lacune door te oordelen dat de rechter die de insolventieprocedure opent, ook rechtsmacht ten aanzien van paulianavorderingen heeft.

Het Hof overwoog in de *H v. H. K.*-zaak dat de daar aan de orde zijnde vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid uit artikel 64 GmbHG, hoewel opgenomen in het Duitse wetboek ten aanzien van rechtspersonen en hoewel de vordering in theorie ook buiten formele insolventie kan opkomen, een duidelijk insolventierechtelijk karakter heeft en dat daarom artikel 3 lid 1 InsVo zo geïnterpreteerd moet worden dat de rechter die de insolventieprocedure opent, ook rechtsmacht ten aanzien van deze vordering heeft. Zie over de bevoegdheidsvraag in bestuurdersaansprakelijkheidszaken verder uitgebreid A.H van Hoek, 'Shoppen in het recht: het vennootschapsrecht en aanpalende rechtsgebieden "ontbundeld"', *Forumshopping, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht* 2014, p. 83 e.v.

Toepasselijk recht op vorderingen uit bestuurdersaansprakelijkheid

De vraag naar het toepasselijk recht op een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid is algemeen niet eenduidig te beantwoorden. Behoort de vordering tot het aansprakelijkheids-, ondernemings- of faillissementsrecht? Als de bestuurder een eigen onrechtmatige daad pleegt jegens schuldeisers, zal in het algemeen het toepasselijk recht vermoedelijk aan de hand van

Verordening Rome II vastgesteld moeten worden. Rome II sluit weliswaar ‘de persoonlijke aansprakelijkheid van (...) de leden van de organen voor de schulden van de vennootschap’ uit van het toepassingsgebied (art. 1 lid 2 sub d), maar gesteld kan worden dat een bestuurder die een eigen onrechtmatige daad pleegt jegens schuldeisers, niet aansprakelijk wordt gehouden voor schulden van de vennootschap (zie daarover verder M. Zilinsky, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in het IPR: tussen het IPR-vennootschapsrecht en het IPR-onrechtmatige daadsrecht’, *JBN* 2012(4)). Het zal dus steeds van de specifieke aansprakelijkheidsgrond afhangen. Afgezien van de InsVo zullen indien de vordering buiten het toepassingsgebied van Rome II valt, de regels van nationaal conflictenrecht het toepasselijk recht aan dienen te wijzen: het IPR met betrekking tot het vennootschapsrecht is immers niet geharmoniseerd (in Nederland is dit IPR opgenomen in Boek 10 BW).

Het HvJ EU oordeelt nu in de zaak *Kornhaas/Dithmar* dat de vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid zoals hier ingesteld door een Duitse curator tegen een bestuurder van een Engelse Limited, onder het bereik van artikel 4 InsVo valt. Dat artikel bepaalt in het algemeen dat de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan beheerst worden door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend. Duits recht is dus ook op deze vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid van toepassing. De overwegingen van het HvJ EU die tot die uitspraak hebben geleid, zijn op een aantal punten opmerkelijk.

Ten eerste somt artikel 4 lid 2 InsVO een aantal onderwerpen op die in ieder geval beheerst worden door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend. Bestuurdersaansprakelijkheid komt in die lijst niet voor. Weliswaar is deze lijst niet uitputtend bedoeld, maar bestuurdersaansprakelijkheid is een belangrijk onderwerp dat doorgaans tot veel conflicten leidt. In die zin is het niet noemen hiervan op zijn minst een aanwijzing dat niet bedoeld is dit onder artikel 4 InsVo te laten vallen. Het HvJ EU zegt over het ontbreken uit die lijst niets. Wel geeft het Hof aan dat een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid zoals hier ingesteld gelijkenissen vertoont met paulianavorderingen, welke vorderingen wel specifiek genoemd zijn in artikel 4 lid 2 sub m InsVo als vorderingen waarop het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend van toepassing is. Naast het feit dat evengoed duidelijke verschillen tussen bestuurdersaansprakelijkheid en pauliana genoemd zouden kunnen worden, overtuigt dat argument van het HvJ EU niet met het oog op artikel 13 InsVo. Juist in het geval van paulianavorderingen kent de InsVo een dubbel stelsel: hoewel het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend in beginsel van toepassing is (art. 4 lid 2 sub m), kan de wederpartij zich verweren door te stellen dat de gewraakte handeling zelf onderworpen is aan het recht van een andere lidstaat en dat dat

recht in het gegeven geval niet voorziet in de mogelijkheid om die handeling te bestrijden. Het oordeel dat bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen te vergelijken zijn met paulianavorderingen, zonder in te gaan op deze dubbele toets, is wat kort door de bocht. Het HvJ EU noemt artikel 13 InsVo niet eens.

Een ander argument dat het HvJ EU aanvoert, is dat artikel 4 lid 2 InsVo bepaalt dat het recht van de lidstaat waar de procedure wordt geopend, bepaalt onder welke voorwaarden deze procedure wordt geopend. De regel in kwestie uit het Duitse recht, legt zoals gezegd een aansprakelijkheid op aan bestuurders die niet tijdig faillissement aanvragen. Volgens het Hof moet met het oog op de effectiviteit van de regel van artikel 4 lid 2 InsVo geoordeeld worden dat een dergelijke regel die voorschrijft aan een bestuurder wanneer insolventie moet worden aangevraagd, tevens onder artikel 4 lid 2 InsVo valt. Dat is wat ver gezocht. Het aansprakelijk houden van bestuurders voor het te lang in stand houden van een insolvente vennootschap, is toch echt iets heel anders dan het stellen van voorwaarden aan faillietverklaring. Op welke wijze de effectiviteit van die voorwaarden onder druk komt te staan indien een buitenlands rechtsstelsel van toepassing is op de vraag naar de aansprakelijkheid van een bestuurder, had op zijn minst nader toegelicht kunnen worden.

Overigens is daarmee niet gezegd dat het uiteindelijke oordeel van het Hof anders had moeten luiden. Er valt een goede zaak te maken voor toepasselijkheid van artikel 4 InsVo op vorderingen uit bestuurdersaansprakelijkheid in insolventierechtelijke context (zie ook M.L. Lennarts, 'Toepasselijkheid art. 2:248 lid 2 BW bij faillissement van een naar Engels recht opgerichte limited in Nederland', *TVI* 2008, 45). Het HvJ EU maakt zich er echter wat makkelijk vanaf. Zie verder ook A. Schall, 'The Forthcoming ECJ Decision of the Kornhaas Case (C-594/14) – The Final Chapter of the European Traveller's Tales?', *ECFR* 2015, p. 280-298, waarin de voor- en nadelen van de hier door het HvJ EU gekozen afbakening tussen ondernemings- en insolventierecht uitgebreid worden besproken.

Een groot nadeel van de hier gekozen benadering is, zoals ook Schall aangeeft, dat in een individueel geval moeilijk vast te stellen zal zijn of een vordering insolventie- of ondernemingsrechtelijk van karakter is. Het Hof had daar iets meer duidelijkheid in kunnen scheppen, want bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen zijn er in alle soorten en maten. Het Hof geeft echter geen algemene richtlijn. De vraag is dan ook hoe breed het specifieke oordeel toegepast kan worden. Er is hier sprake van een vordering jegens een bestuurder, ingesteld door de curator en de vordering heeft gezien de formulering in de wettekst van artikel 64 GmbHG een duidelijk insolventierechtelijke context, wat het HvJ EU ook steeds benadrukt, hoewel de vordering in theorie ook buiten formele insolventie ingesteld kan worden en het artikel is opgenomen in het rechtspersonenrecht. Zo evident was het insolventierechtelijke karakter dus niet.

Redelijk veilig kan hiermee de stelling ingenomen worden dat ook een Nederlandse vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikelen 2:138/248 BW onder het bereik van artikel 4 InsVo valt (overigens verklaart ook art. 10:121 BW art 2:138 BW van overeenkomstige toepassing op buitenlandse vennootschappen). Maar hoe zit het met een bestuurder van een buitenlandse vennootschap die door een curator in een in Nederland uitgesproken faillissement wordt aangesproken op grond van onrechtmatige daad wegens het onttrekken van vermogen door het doen van een dividenduitkering vlak voor faillissement en het aldus benadelen van de gezamenlijke schuldeisers? Ook hier is de context duidelijk insolventierechtelijk, de bestuurder wordt immers verweten dividend uit te keren terwijl de vennootschap materieel (bijna) insolvent was. En ook hier wordt de vordering ingesteld door een curator en ter bescherming van crediteuren. Verschil met de Duitse casus is wel dat er in het Duitse recht een wettelijke plicht van de bestuurder bestaat om insolventie aan te vragen. Wellicht dat dit de Duitse casus bijzonder, want meer insolventierechtelijk, maakt. Ik zou er op basis van deze uitspraak van het HvJ EU echter naar neigen te stellen dat ook de vordering van de curator naar Nederlands recht onder omstandigheden onder artikel 4 InsVo gebracht kan worden. Het verschil tussen een wettelijke plicht en een plicht die voortvloeit uit het onrechtmatigedaadsrecht, is naar mijn idee te weinig kenmerkend, want slechts een verschil in wetgevingsstijl.

Geen strijd met de vrijheid van vestiging

Wellicht nog van grotere invloed is de tweede belangrijke beslissing van het HvJ EU: het toepassen van de relatief strenge Duitse regel van bestuurdersaansprakelijkheid op de bestuurder van een Engelse Limited is niet in strijd met de vrijheid van vestiging overeenkomstig artikelen 49 en 54 WVEU. Dat oordeel vormt een trendbreuk met eerdere jurisprudentie van het hof en zet de deur open voor *insolvencification*.

Het IPR is op het gebied van het vennootschapsrecht niet geharmoniseerd. Als achtergrond is als eerste de uitspraak *Überseering* (zaak C-208/00ECLI:EU:C:2002:632) van belang. Het HvJ EU oordeelde in die uitspraak kort gezegd dat het een lidstaat, daar Duitsland, niet vrijstaat de rechtsgeldigheid van een vennootschap die in een andere lidstaat, daar Nederland, is opgericht niet te erkennen. Daarmee kwam de in Duitsland aangehangen zetelleer ietwat op losse schroeven te staan. Die zetelleer (*real seat doctrine*) houdt in dat aangenomen wordt dat het recht van de lidstaat waarin de vennootschap haar werkelijke zetel heeft, de rechtsgeldigheid en voorwaarden hiervoor van die vennootschap bepaalt. Duitsland hangt deze leer van oudsher aan. Daartegenover staat de zogenoemde incorporatieleer (*incorporation doctrine*), die inhoudt dat het recht van de lidstaat waar de vennootschap formeel opgericht is, de rechtsgeldigheid en voorwaarden hiervoor bepaalt. Onder meer Nederland en het Verenigd Koninkrijk volgen deze leer. Uit *Überseering* volgt dat Duitsland zoals gezegd niet meer de

rechtsgeldigheid van een formeel Nederlandse vennootschap in twijfel mag trekken op grond van Duits recht, en aldus in dat opzicht niet meer de *real seat doctrine* aan mag toepassen.

In *Inspire Art* zette het HvJ EU nog een stap verder. Daar was sprake van een formeel Engelse vennootschap die in Nederland zaken deed. Nederland, dat weliswaar de *incorporation doctrine* volgt, had in de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Wfbv) opgenomen dat dergelijke vennootschappen die in het buitenland geïncorporeerd zijn maar feitelijk alleen in Nederland zaken doen, aan een aantal vereisten moeten voldoen. Een van die vereisten was het voldoen aan regels van minimumkapitaal, met daaraan gekoppeld aansprakelijkheid voor bestuurders voor zover hier niet aan werd voldaan. De wet was echter zo opgesteld dat de geldigheid en rechtspersoonlijkheid van de buitenlandse vennootschap niet in twijfel werden getrokken, ook niet als niet aan deze regels werd voldaan. Daarmee leek de wet wellicht *Überseering*-proof. Het HvJ EU oordeelde anders. Het Hof accepteerde dit technische onderscheid tussen het niet erkennen van buitenlandse vennootschappen enerzijds, en wel erkennen gecombineerd met opleggen van additionele administratieve verplichtingen gekoppeld aan aansprakelijkheid van bestuurders anderzijds, niet (zie met name overweging 99 en 100 van *Inspire Art*). Omdat het effect van deze regel in feite het verplicht opleggen van een eis van minimumkapitaal is, is er volgens het HvJ EU sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. Tevens oordeelde het HvJ EU dat die beperking niet gerechtvaardigd kon worden. De 'truc' van Nederland ging dus niet door.

Mag een lidstaat dan wel strenge aansprakelijkheidsregels opleggen aan bestuurders van buitenlandse vennootschappen die niet direct aan minimumkapitaaleisen gekoppeld zijn? De lezing van *Inspire Art* neigt naar een ontkennend antwoord (zie in gelijke zin S.M. van den Braak, 'Vestigingsvrijheid en misbruik van de (buitenlandse) vennootschap', *Ondernemingsrecht* 2006, 54, p. 174-181). In *Inspire Art* weigert het HvJ EU immers de vrijheid van vestiging formeel op te vatten en doorziet het de Nederlandse 'truc'. Nu strenge regels van bestuurdersaansprakelijkheid evident een materiële beperking van de vrijheid van vestiging opleveren – het wordt immers een stuk minder aantrekkelijk je met een Engelse vennootschap op Duits grondgebied te begeven – lijkt het antwoord gegeven.

In de hier besproken uitspraak *Kornhaas v. Dithmar* wordt *Inspire Art* echter véél enger uitgelegd dan het tot nu toe algemeen werd gedaan. Het HvJ EU geeft aan dat de rechtsbevoegdheid van de schuldenaar (Kornhaas Montage und Dienstleistung Ltd) hier in het geheel niet ter discussie wordt gesteld. Daarmee lijkt het HvJ EU te suggereren dat dit in *Inspire Art* wel zo was, terwijl dit daar juist niet aan de orde was. Vervolgens geeft het HvJ EU aan dat het in de onderhavige zaak anders dan in *Inspire Art* niet om minimumkapitaal gaat en dat de onderhavige bepaling pas van toepassing wordt zodra de vennootschap als insolvent wordt beschouwd, en als zodanig dus niet op vestiging ziet. Die overweging is wel erg

formalistisch. Wat is het kenmerkende verschil tussen deze bepaling en een bepaling van minimumkapitaal? Je zou bijvoorbeeld een bepaling kunnen formuleren inhoudende dat minder dan € 10.000 eigen vermogen al als insolventie wordt gezien, en het bestuur van een vennootschap op dat moment dan ook al faillissement moet aanvragen op straffe van aansprakelijkheid. Zou je dan vol kunnen houden dat dit niets met vestiging te maken heeft, omdat de vraag pas opkomt zodra je volgens deze definitie insolvent bent? Ik zie het verschil met minimumkapitaal niet, behalve dat je onder de regels van minimumkapitaal het geld wellicht direct weer van de bank kan halen, waarmee de eis van minimumkapitaal in zekere zin minder belemmering vormt (zie ook: S.M. van den Braak, 'Vestigingsvrijheid en misbruik van de (buitenlandse) vennootschap', *Ondernemingsrecht* 2006, 54, p. 174-181; zie anders: M.L. Lennarts, 'Toepasselijkheid art. 2:248 lid 2 BW bij faillissement van een naar Engels recht opgerichte limited in Nederland', *TVI* 2008, 45). Het Hof zet hiermee de deur wijd open voor *insolventification*: het door de wetgever herformuleren van ondernemingsrechtelijke regels als faillissementsrechtelijke regels om zo problemen met de vrijheid van vestiging te omzeilen (zie over *Insolventification*: S. ten Braak, 'Creditor Protection at the Crossroads of Company Law and Insolvency Law: The Dutch Example', *European Company Law* 2008, nr. 5, p. 235).

Kortom, het HvJ EU lijkt om te slaan naar een formelere interpretatie van de vrijheid van vestiging. Slechts als de rechtsgeldigheid van een buitenlandse vennootschap in twijfel wordt getrokken, of als er formele vereisten voor de vestiging van buitenlandse vennootschappen worden opgeworpen, is er sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. Materiële beperkingen, zoals het onderwerpen van bestuurders van dergelijke buitenlandse vennootschappen aan een streng bestuurdersaansprakelijkheidsregime, tellen blijkbaar niet als beperkingen op de vrijheid van vestiging. Het Hof lijkt vrij breed aan te geven dat *ex ante* beperkingen van de vrijheid van vestiging niet mogen, maar met *ex post* beperkingen, opgenomen in het insolventierecht, lijkt het Hof geen probleem te hebben. Het insolventierecht wordt daarmee een soort *safe harbour* voor bepalingen die anders in strijd zouden kunnen zijn met de vrijheid van vestiging. Hierbij heeft wellicht het feit dat de Insolventieverordening, en niet een nationale conflictenrechtelijke regel of voorrangregel, naar Duits recht verwijst, voor het HvJ EU meegespeeld om geen rol voor de vrijheid van vestiging te zien, hoewel het HvJ EU dat niet met zoveel woorden toegeeft. Het is hier immers niet het Duits recht dat artikel 64 GmbHG van toepassing verklaart op een buitenlandse vennootschap (dat zou naar Duits nationaal recht waarschijnlijk niet eens mogelijk zijn, zie ook A. Schall, 'The Forthcoming ECJ Decision of the Kornhaas Case (C-594/14) – The Final Chapter of the European Traveller's Tales?', *ECFR* 2015, p. 280-298), maar de Insolventieverordening in artikel 3 in combinatie met artikel 4. Duitsland krijgt met deze uitspraak alsnog een beetje gelijk in het volgen van de *real seat doctrine*, maar dan via het insolventierecht (zie ook A. Schall, 'The Forthcoming ECJ Decision of the Kornhaas Case (C-

594/14) – The Final Chapter of the European Traveller’s Tales?’, *ECFR* 2015, p. 280-298). Daarmee staat de uitspraak in *Überseering* nog duidelijk overeind, maar wordt de invloed van *Inspire Art* ten minste sterk beknot, hoewel het HvJ EU dat niet met zoveel woorden toegeeft.

De implicatie hiervan voor het Nederlandse recht is dat we artikelen 2:138/248 BW ook op buitenlandse vennootschappen mogen toepassen. Hoewel artikel 10:121 BW reeds bepaalt dat dit kan, was niet geheel zeker hoe dit zich verhoudt tot de vrijheid van vestiging. Ook andere vorderingen uit bestuurdersaansprakelijkheid die een voldoende insolventierechtelijke context hebben, vormen geen belemmering voor de vrijheid van vestiging. Verdere implicatie is dat ook andere insolventierechtelijke regels waarvan getwijfeld werd of ze wellicht in strijd komen met de vrijheid van vestiging, nu een vrijbrief hebben. Het HvJ EU overweegt namelijk vrij duidelijk dat een regel of vordering die pas in insolventie opkomt of relevant wordt, niets met vestiging te maken heeft. Hoezeer die redenering ook betwijfeld kan worden, er bestaat daarmee wel duidelijkheid over alle insolventierechtelijke regels. Ten aanzien van bijvoorbeeld de relatief strenge Duitse regels van achterstelling van aandeelhoudersleningen in insolventie werd wel getwijfeld of deze wel toegepast mochten worden op aandeelhouders van buitenlandse vennootschappen die in Duitsland failliet worden verklaard, aangezien dit als belemmering van de vrijheid van vestiging gezien zou kunnen worden. Vanmeenen en Van Hoe betoogden bijvoorbeeld dat de vrijheid van vestiging wel eens van grote invloed zou kunnen zijn in dit soort insolventierechtelijke aangelegenheden (M. Vanmeenen en A. Van Hoe, ‘Shareholders loans at the crossroads between corporate and insolvency law: impact of the freedom of establishment on national insolvency law’, *IILR* 2011, 468). Ook vele anderen hebben een soortgelijke interpretatie van de vrijheid van vestiging gevolgd (zie voor een overzicht: M.L. Lennarts, ‘EU Corporate Insolvency Law in the Wake of the ECJ’s Deko Marty Judgment’, *European Company Law* 2010, afl. 3, p. 106, voetnoot 4). Het HvJ EU geeft ze hier ongelijk: insolventierechtelijke regels hebben nu een vrijbrief. *Insolvencification* is toegestaan.

RECHTSPRAAK

X/bestuurder Redema Beheer B.V.

Geen ernstig verwijt. Bestuurder moet een ruime marge worden gegund in zijn streven de rechtspersoon te laten overleven.

Redema Beheer BV ('Redema') was onderdeel van de Redema Groep. Redema hield zich bezig met het beheer van vastgoed en als onderdeel hiervan inde zij huur op grond van met eigenaren van vastgoedcomplexen gesloten beheersovereenkomsten. Ten behoeve hiervan hield Redema 'inzake'-rekeningen aan bij de ING Bank. Huurders van de diverse in beheer van Redema zijnde complexen betaalden de verschuldigde huur via deze rekeningen. Na aftrek van de aan Redema toekomende beheersvergoeding werd het ontvangen bedrag doorbetaald aan de eigenaren. Op 17 januari 2012 zijn de verschillende tot de Redema Groep behorende vennootschappen, waaronder Redema, failliet verklaard, nadat een poging tot reorganisatie ingezet in november 2011 niet het gewenste resultaat had. Het faillissement van Redema is inmiddels opgeheven wegens gebrek aan baten. Een van de eigenaren ('verhuurder') waarvoor Redema incasseerde, heeft de huur over december 2011, januari en februari 2012 niet ontvangen en stelt de (indirect) bestuurder en (indirect) enig aandeelhouder van Redema, de heer Sanders ('Sanders'), hiervoor aansprakelijk. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen.

De verhuurder stelt dat Sanders onrechtmatig heeft gehandeld omdat hij heeft nagelaten maatregelen te treffen die ertoe zouden leiden dat de verhuurder de haar toekomende huursommen daadwerkelijk zou blijven ontvangen toen duidelijk werd dat een faillissement van Redema dreigde, althans een reëel risico werd. De verhuurder stelt dat de volgende maatregelen genomen hadden kunnen worden: aan verhuurder kenbaar maken dat zij zelf diende te factureren of dat zij de huurder moest verzoeken rechtstreeks te betalen aan de verhuurder dan wel dat zij een derdenrekening moest openen.

Het hof oordeelt dat het verwijt onmiskenbaar ziet op de taakvervulling van Sanders als bestuurder van Redema. Zijn handelswijze dient dan ook te worden getoetst aan de 'verzwaarde maatstaf' voor aansprakelijkheid van bestuurders (onder verwijzing naar de 5 september 2014-arresten). Het hof oordeelt – naar aanleiding van het (subsidiare) standpunt van de verhuurder – voorts dat onder de gegeven omstandigheden Sanders geen ander verwijt

kan worden gemaakt dan dat hij in zijn hoedanigheid van (indirect) bestuurder heeft nagelaten maatregelen te treffen.

Het hof lijkt het verwijt van de eigenares als bewerkstelligen/toelaten van de handelswijze van de vennootschap te kwalificeren (*Ontvanger/Roelofsen*, tweede categorie) met de overweging dat een *dergelijke* aansprakelijkheid aan de orde kan zijn als een bestuurder *nalaat* maatregelen te treffen om te voorkomen dat een wederpartij van de rechtspersoon schade zal lijden doordat de rechtspersoon haar verplichtingen uit hoofde van een (*voortdurende*) *duurovereenkomst* niet langer zal kunnen nakomen, terwijl het ontstaan van die schade *concreet voorzienbaar* is voor de bestuurder. In een ander arrest overwoog het hof dat de *Beklamel*-norm ook toepassing kan vinden in gevallen waarin in het kader van een voortdurende (raam)overeenkomst verplichtingen ontstaan door nieuwe deelleveranties, op initiatief van de rechtspersoon (zie Gerechtshof 's-Gravenhage 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4441, INS-Updates.nl 2015-0013).

Het leidt uiteindelijk niet tot aansprakelijkheid van Sanders: niet is komen vast te staan dat Redema het punt heeft bereikt waarop Sanders niet meer mocht hopen op een goede afloop en op voortzetting van Redema. Het hof geeft aan zich bewust te zijn van een *hindsight bias* en overweegt naar aanleiding hiervan dat een bestuurder een ruime marge moet worden gegund in zijn streven de rechtspersoon te laten overleven (r.o. 5.6). In deze specifieke casus speelde een rol dat de door de bestuurder te treffen (hierboven vermelde) maatregelen een aanwijzing zouden kunnen zijn dat het niet goed ging met Redema en hierdoor de overlevingskansen verkleind zou zijn. De stelling van de eigenares dat Sanders welbewust heeft nagelaten maatregelen te treffen omdat hij in privé zekerheden had verstrekt aan de bank en erderhalve belang bij had dat er zo lang mogelijk bedragen zouden worden ontvangen op de rekeningen van Redema wekt begrip van het hof, maar ook niet meer dan dat (r.o. 5.7). Er bestond tenslotte geen rechtsplicht om de huursommen apart te houden aangezien verhuurder en Redema dat niet overeen waren gekomen en er geen wettelijke plicht of ongeschreven norm is die Redema dwong voor derden bestemde gelden op een derdenrekening/kwaliteitsrekening te ontvangen. Zie eveneens over het al dan niet hebben van een kwaliteitsrekening: Rb. Rotterdam 5 september 2014, RO 2015/13. Het niet hebben van een kwaliteitsrekening was i.c. onvoldoende om de bestuurder een ernstig verwijt te kunnen maken.

December 2015, A.P. Koburg

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 08-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:3336

Zaaknummer: 200.151.035/01

Rechters: H.J. Vetter, M.E. Honée en A.J. Berends

Advocaten: R.H.G.M. Kerckhoffs en E.M. van Zelm

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

VSH / Curator x

Ontbreken van voldoende financiële dekking voor de proceskosten in een arbitrageprocedure leidt niet tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator van een (nagenoeg) lege boedel.

Een curator wordt in een arbitrageprocedure tegen een aannemer veroordeeld tot betaling van proceskosten. De boedel beschikt niet over voldoende middelen om de proceskosten te voldoen. De aannemer spreekt in deze procedure de curator aan, omdat de curator de arbitrageprocedure is gestart zonder voldoende financiële dekking voor een eventuele proceskostenveroordeling.

De rechtbank oordeelt dat de curator niet persoonlijk aansprakelijk is. Het starten van een procedure zonder financiële dekking voor een eventuele proceskostenveroordeling levert op zichzelf geen onrechtmatige daad op, mede gelet op artikel 6 EVRM, laat staan één die leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Het feit dat het hier om een arbitrageprocedure gaat, maakt het voorgaande niet anders. De rechtbank wijst daarbij op het feit dat de aannemer uit de openbare verslagen had kunnen opmaken dat de boedel nagenoeg leeg was en dat de aannemer op grond van het toepasselijke arbitragereglement zekerheid had kunnen verlangen voor een eventuele proceskostenveroordeling.

M.S. Breeman, december 2015

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 08-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:4075

Zaaknummer: C/18/155064 /HA ZA 15-68

Rechters: B.R. Tromp

Advocaten: C.R. Zijdeveld, I.A.I. Nylund en W.F. Hendriksen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Daimler

Het aangaan van leaseovereenkomsten van een of enkele auto's ten behoeve van de bestuurders van een bv is een rechtshandeling die in de normale uitoefening van een vennootschap pleegt te worden verricht. Voor de hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling voor de verplichtingen uit dergelijke overeenkomsten hoeft de echtgenote van de directeur dan ook niet mee te tekenen.

De directeur van Two Beats B.V. heeft zich hoofdelijk verbonden verklaard jegens Daimler voor twee autoleaseovereenkomsten. Two Beats B.V. is tekortgeschoten. De directeur weigert Daimler echter te betalen. Hij doet een beroep op buitengerechtelijke vernietiging door zijn echtgenote (art. 1:88 en 1:89 BW). Tevens meent hij dat hij niet binnen drie maanden na beëindiging van de leaseovereenkomsten was aangesproken, terwijl dit wel was afgesproken. Een brief waar Daimler zich in dat verband op beroept, stelt de directeur niet ontvangen te hebben.

Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat het sluiten van een of enkele leaseovereenkomsten ten behoeve van representatieve auto's voor de bestuurders van een vennootschap, een rechtshandeling is die in de normale uitoefening van een vennootschap pleegt te worden verricht en dat de directeur onvoldoende zwaarwegende redenen heeft aangevoerd om anders te oordelen. Het aanvaarden van hoofdelijke verbondenheid voor de nakoming van de betalingsverplichtingen uit zulke leaseovereenkomsten, kan worden gekwalificeerd als een normale uitoefening van Two Beats. Toestemming van de echtgenote van de directeur was dan ook niet nodig, zodat een beroep op die vernietigingsgrond niet slaagt.

Ten aanzien van het al dan niet ontvangen van de brief overweegt het hof dat ook afgezien van die brief Daimler voorshands is geslaagd in het op haar rustende bewijs van haar stelling dat ze wel tijdig een beroep op de overeenkomst heeft gedaan, omdat de directeur zelf jarenlang aflossingen heeft betaald aan Daimler en zich er al die tijd niet op heeft beroepen dat Daimler niet tijdig een beroep heeft gedaan op de overeenkomst. De directeur wordt toegelaten tot

tegenbewijs.

A.L. Jonkers, december 2015

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:1401

Zaaknummer: 200.151.558-01

Rechters: G.J. Visser, A.C. van Schaick en L.R. thoe van Harinxma Slooten

Advocaten: M. Dekker en J.F. Noordzij

Wetsartikelen: 1:88 BW

RECHTSPRAAK

UWV/X

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schade als gevolg van misleidende informatie in de pandakte. Onbegrijpelijk is het oordeel van het hof dat de benadeelde, buiten hetgeen hij heeft aangevoerd ter onderbouwing van causaal verband tussen misleidend handelen van de bestuurder en zijn schade, had moeten motiveren waarom hij juist bij het ontbreken van misleiding actie jegens de bestuurder zou hebben genomen.

Het UWV had een vordering op A B.V. Tot meerdere zekerheid voor de voldoening daarvan heeft A B.V. een vordering die zij beweerde te hebben op B B.V. verpand aan het UWV. De pandakte is opgesteld door de advocaat van A B.V. en op 11 februari 2008 ondertekend door verweerder als bestuurder van A B.V. De vordering van A B.V. op B B.V. was echter reeds bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de Rechtbank Breda van 21 november 2007 onherroepelijk afgewezen. In diezelfde procedure was echter een vordering van C B.V. – een tot dezelfde groep als A B.V. behorende vennootschap waarvan A B.V. (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder was – jegens B B.V. toegewezen. Na hoger beroep heeft B B.V. wegens hernieuwde veroordeling aan verweerder betaald. Het UWV is begin 2011 van deze gang van zaken op de hoogte geraakt.

Hierop heeft het UWV de advocaat en verweerder persoonlijk aansprakelijk gesteld. De verzekering van de advocaat heeft de vordering van het UWV deels voldaan. Voor het restant heeft het UWV zich tot verweerder gewend. Naar het oordeel van het UWV is verweerder als bestuurder van A B.V. persoonlijk aansprakelijk voor de schade die het UWV heeft geleden, nu verweerder aan het UWV door een misleidende en onjuiste pandakte verhaalsmogelijkheid heeft ontnomen en hem hiervoor een ernstig verwijt treft.

De rechtbank heeft de vordering van het UWV afgewezen. Het hof heeft die uitspraak bekrachtigd. Daartoe heeft het hof overwogen dat het UWV door verweerder is misleid en dat verweerder daarvan persoonlijk een ernstig verwijt treft, als ook dat het verweer voldoet aan de vereisten voor hoofdelijke aansprakelijkheid voor premieschulden op grond van artikel 16d

CSV. Naar het oordeel van het hof is er echter geen grond om de vordering van het UWV toe te wijzen wegens het ontbreken van causaal verband tussen de aansprakelijkheid van verweerder en de door het UWV gestelde schade. Het hof wijst er in dit kader op dat het UWV onvoldoende heeft onderbouwd waarom het – als geen sprake zou zijn geweest van misleiding – zou zijn overgegaan tot persoonlijke aansprakelijkstelling van verweerder op de voet van artikel 16d CSV. Het hof lijkt het UWV hier aan te rekenen dat het van een vordering op grond van artikel 16d CSV heeft afgezien, want volgens het hof had het UWV moeten motiveren waarom het, als het (eerder) zou hebben geweten dat de verpande vordering niets waard was, actie jegens verweerder zou hebben ondernomen.

In cassatie klaagt het UWV over het oordeel van het hof dat het UWV, in weerwil van hetgeen het UWV omtrent het causaal verband tussen misleiding en schade heeft aangevoerd, had moeten motiveren waarom het bij ontbreken van misleiding actie jegens verweerder zou hebben ondernomen. Deze en andere klachten slagen.

Marco Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-11-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3234

Zaaknummer: 14/04539

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, A.H.T. Heisterkamp en M.V. Polak

Advocaten: K. Teuben

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Wynroas/B c.s.

Bestuurdersaansprakelijkheid: Beklamel-norm. De enkele omstandigheid dat de vennootschap ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet reeds beschikte over voldoende middelen om de overeenkomst na te komen, is voor het oordeel dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet na zou komen niet voldoende. Het gaat ter zake ook om de vraag of een redelijke prognose is gemaakt van op korte termijn te verwachten inkomsten.

Wynroas heeft onder eigendomsvoorbehoud kleding geleverd aan Bootiek B.V., terwijl door Wynroas gestuurde facturen voor in totaal € 28.000 onbetaald zijn gebleven. Wynroas heeft begin 2014 het faillissement van Bootiek aangevraagd. Hiertegen heeft Bootiek hoger beroep ingesteld. Tijdens de behandeling van het hoger beroep is een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen Wynroas en Bootiek. Tussen Wynroas en gedaagden Beheer en B als respectievelijk aandeelhouder en bestuurder van zowel Bootiek als Beheer, is toen onder meer afgesproken dat er een bedrag van € 5.000 wordt betaald en het resterende bedrag in vijf maandelijkse termijnen van € 3.000 wordt voldaan. Het bedrag van € 5.000 is aan Wynroas betaald, waarna het faillissement van Bootiek met toestemming van Wynroas is opgeheven. Verdere betalingen zijn echter uitgebleven. Bootiek is uiteindelijk ten tweede male gefailleerd. Wynroas vordert in deze procedure alsnog betaling van deze bedragen van onder meer B als bestuurder. Volgens Wynroas is sprake van persoonlijke aansprakelijkheid op grond van de zgn. Beklamel-norm, die erop neerkomt dat de bestuurder bij het aangaan van een verbintenis wist of hoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap dientengevolge schade zou lijden (vgl. ECLI:NL:HR:1989:AB9521 (*Beklamel*) en ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*)).

Naar het oordeel van de rechtbank heeft Wynroas haar stelling dat de bestuurder bij het sluiten van de onderhavige overeenkomst wist of hoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, onvoldoende onderbouwd. De enkele

omstandigheid dat Bootiek ten tijde van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst niet reeds beschikte over voldoende middelen om deze vaststellingsovereenkomst na te komen is daartoe niet voldoende, nu het ook gaat om het maken van een redelijke prognose van op korte termijn te verwachten inkomsten. Daarbij is van belang dat er sprake was van overeengekomen termijnbetalingen. Deze gelden dienden pas later beschikbaar te zijn. De eerste termijn van € 5.000 is wel voldaan, waarbij de verwachting dat de (seizoensgerelateerde) verkopen weer zouden aantrekken, naar het oordeel van de rechtbank redelijk lijkt. De stelling van Wynroas dat met het sluiten van de vaststellingsovereenkomst alleen is beoogd tijd te winnen teneinde activa aan het vermogen van Bootiek te onttrekken, is onvoldoende onderbouwd in het licht van het verweer dat de onderneming is voortgezet maar achteraf niet levensvatbaar bleek omdat Bootiek een slechte naam bij haar leveranciers had gekregen. Naar het oordeel van de rechtbank wist of behoorde B c.s. bij het aangaan van de vaststellingsovereenkomst dan ook niet te begrijpen dat Wynroas als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.

Met betrekking tot wetenschap van verhaalsbenadeling overweegt de rechtbank dat gesteld noch gebleken is dat Wynroas een hoger bedrag zou hebben ontvangen in geval het eerste faillissement zou zijn gehandhaafd. Wynroas heeft slechts opgemerkt dat er sprake is van vermogensonttrekkingen. Naar de rechtbank overweegt kan selectieve betaling in beginsel niet als onrechtmatig worden aangemerkt. De vordering van Wynroas wordt dan ook afgewezen.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 04-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:5108

Zaaknummer: C/17/137378 / HA ZA 14-385

Rechters: C.M. Telman

Advocaten: E.E.U. Vroon en G.J.P.M. Grijmans

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

X/Lainsingh

Bestuurdersaansprakelijkheid voor door de vennootschap gepleegde fraude, nu de bestuurder de bestuurstaak volledig uit handen heeft gegeven aan een derde zonder dat zij daarbij toezicht blijft houden op het handelen van die derde en de gang van zaken binnen de onderneming. Hierdoor kan de bestuurder een ernstig verwijt worden gemaakt van het feit dat zij niet op de hoogte was van de door de vennootschap gepleegde fraude en heeft nagelaten om maatregelen te nemen om hieraan een einde te maken.

Laingsingh B.V. is een factormaatschappij. Balder B.V. dreef een onderneming die een medisch tijdschrift uitgaf. In dat kader sloot Balder advertentieovereenkomsten met derden. Op 26 november 2008 is tussen Balder en Laingsingh de overdracht van de debiteurenportefeuille van Balder overeengekomen. Balder werd ten tijde van het sluiten van deze overeenkomst bestuurd door appellante. Zij was op dat moment tevens enig aandeelhouder van Balder.

Uit hoofde van de overeenkomst heeft Balder aan Laingsingh haar debiteurenadministratie toegezonden en de vorderingen overgedragen. Laingsingh heeft hiervoor een bedrag van € 28.518,07 aan Balder betaald. Laingsingh heeft vervolgens tevergeefs getracht de vorderingen te incasseren. De reden voor het weigeren van betaling is volgens Lainsingh telkens geweest dat de desbetreffende derden steeds hebben aangevoerd dat voor de gefactureerde advertentie geen opdracht is gegeven. Laingsingh heeft om die reden Balder aangesproken tot terugbetaling van het aankoopbedrag voor deze 'spookfacturen'.

Appellante heeft op 4 juni 2009 haar aandelen in Balder bij notariële akte overgedragen aan de Stichting Sanering Coevorden. Zij is op 8 juni 2009 met terugwerkende kracht uitgeschreven als bestuurder, terwijl de Stichting Sanering Coevorden als bestuurder is ingeschreven. Op 9 juni 2009 is Balder B.V. failliet gegaan.

In eerste aanleg heeft Laingsingh aan haar vordering tot terugbetaling van het aankoopbedrag ten grondslag gelegd dat appellante als bestuurder van Balder BV aansprakelijk is, omdat haar

persoonlijk een ernstig verwijt treft van het onbetaald blijven en onverhaalbaar blijken van haar vordering tot terugbetaling van de voorgefinancierde bedragen. De rechtbank heeft deze eis toegewezen. Naar haar oordeel heeft Balder spookfacturen verstuurd zodat ten onrechte betaling is verkregen, terwijl appellante dit heeft toegelaten omdat zij ten tijde van het versturen bestuurder was.

Dit oordeel houdt in appèl stand. Naar het oordeel van het hof heeft appellante, nu zij het bestuur volledig aan een derde heeft overgelaten, zonder daarbij toezicht te houden op het handelen van die derde en de gang van zaken binnen de onderneming, geen deugdelijke invulling gegeven aan haar bestuurstaak (art. 2:239 lid 1 BW). Indien zij behoorlijk toezicht zou hebben gehouden zou zij op de hoogte zijn geweest van de malversaties. Het had vervolgens op de weg van appellante als bestuurder gelegen om adequate maatregelen te nemen teneinde verdere malversaties te voorkomen. Naar het oordeel van het hof heeft appellante door dit alles na te laten haar bestuurstaak ernstig verwaarloosd. Mitsdien is zij aansprakelijk voor de dientengevolge door Laigsingh geleden schade.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-10-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:8114

Zaaknummer: 200.118.319/01

Rechters: I. Tubben, R.A. van de Pol en L. Janse

Advocaten: G.A. Pots en J. Brakke

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens niet volstorten aandelen. Niet valt in te zien waarom het zo noodzakelijk was om voor de datum van oprichting uitgaven ten behoeve van de op te richten rechtspersoon te doen ten laste van een voor de oprichting geopende rekening op naam van de failliet.

De curator spreekt in deze zaak de gedaagde aan in haar hoedanigheid van enig bestuurder en aandeelhouder van een niet nader genoemde gefailleerde rechtspersoon. Naar de curator meent is bij de oprichting van de gefailleerde rechtspersoon sprake geweest van een verboden kasrondeje zodat de aandelen niet zijn volgestort (art. 2:178 BW) en is daarnaast sprake van onrechtmatig dan wel paulianeus (art. 42 Fw) handelen met betrekking tot een door gedaagde met de gefailleerde vennootschap na de oprichting gesloten koopovereenkomst. Gedaagde trad daarbij op als koper. De overeengekomen koopprijs is gefactureerd aan gedaagde waarna deze in verrekening is gebracht met een vordering in rekening-courant van gedaagde op de failliet.

De rechtbank stelt voorop dat er ten tijde van de oprichting geen € 18.000 op de rekening van de gefailleerde stond. De rechtbank gaat voorbij aan het verweer van gedaagde dat zij met het teruggestorte bedrag investeringen heeft gepleegd omdat de failliet nog niet over een bankpas beschikte. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit de vermelding 'weer terug' bij de terugboekingen duidelijk dat van een reële storting geen sprake is geweest. Bovendien heeft gedaagde onvoldoende onderbouwd dat er een noodzaak bestond dat gedaagde investeringen voor de failliet diende te verrichten wegens het ontbreken van een betaalpas. Dit geldt temeer nu er reeds op 11 november 2011 een rekening op naam van de failliet was geopend en zonder nadere toelichting, die gedaagde niet heeft gegeven, niet valt in te zien waarom het zo noodzakelijk was om reeds voor de datum van oprichting per 20 november 2011 uitgaven ten behoeve van de failliet te doen, noch waarom is gekozen voor de door gedaagde gestelde constructie. De rechtbank is dan ook van oordeel dat gedaagde niet heeft voldaan aan haar volstortingsplicht, zodat zij op grond van artikel 2:193 BW veroordeeld zal worden tot betaling aan de curator van € 18.000.

Het standpunt van de curator dat gedaagde onrechtmatig jegens de boedel en haar gezamenlijke schuldeisers heeft gehandeld door een koopovereenkomst met de gefailleerde te sluiten wordt door de rechtbank niet gevolgd. Nu de koopovereenkomst niet tot benadeling van de schuldeisers van [de failliet] heeft geleid, faalt ook het beroep van de curator op artikel 42 Fw.

Marco Verdonk

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 21-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:12376

Zaaknummer: C/09/486696 / HA ZA 15-455

Advocaten: K.S.L. van Vliet en M.A.D. Bol

Wetsartikelen: 2:178 BW en 2:193 BW

RECHTSPRAAK

Fiscale strafzaak. Verdachte heeft als gevolg van het niet voldoen aan zijn informatieverplichting jegens de curator en gelet op zijn wetenschap van het (aanstaande) faillissement, bewust de aanmerkelijke kans op benadeling van de schuldeisers doen ontstaan en aanvaard. Het hof acht bewezen dat de gefailleerde na het uitspreken van het faillissement ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers niet heeft voldaan aan de op hem rustende verplichting om de ingevolge artikel 3:15i BW te voeren administratie aan de curator ter beschikking te stellen, aan welke verboden gedraging verdachte feitelijk leiding heeft gegeven.

Verdachte was op directe en indirecte wijze enig bestuurder en feitelijk leidinggever binnen een complexe bedrijfsstructuur van rechtspersonen. Nadat verdachte verscheidene malen is aangemaand om inzicht te geven in de volledige bedrijfsadministratie, heeft de curator tegen hem aangifte gedaan wegens het niet voldoen aan op hem rustende administratieverplichtingen (art. 2:10 en 3:15i BW). Het niet voorhanden zijn van de administratie past naar het oordeel van de curator goed in de door verdachte toegepaste methodiek van het stelselmatig onbetaald laten van, onder meer, fiscale verplichtingen.

Bij vonnis is verdachte veroordeeld ter zake van feitelijk leidinggeven aan het meermaals doen van valse belastingaangifte door een rechtspersoon en feitelijk leidinggeven aan het begaan van bedrieglijke bankbreuk door een rechtspersoon.

Het hof oordeelt dat voor zover de aan verdachte verweten bedrieglijke bankbreuk ziet op het door de gefailleerde rechtspersoon niet voldoen aan de op haar ingevolge artikel 3:15i lid 1 BW rustende administratieplicht, het bewijs hiervoor tekortschiet. Zonder nadere onderbouwing is de enkele bewering van de curator dat de hem getoonde administratie niet voldoet aan de verplichtingen op grond van het BW onvoldoende om op dit punt tot een bewezenverklaring te komen. Verdachte wordt op dit punt dan ook vrijgesproken.

Het hof stelt voorop dat op grond van artikelen 105 en 106 Fw op verdachte de verplichting rust de curator alle inlichtingen te verschaffen, zo dikwijls hij daartoe opgeroepen wordt. Naar het oordeel van het hof is bewezen dat de curator verdachte meermaals heeft verzocht hem de volledige administratie te verschaffen, teneinde zich een beeld te kunnen vormen van de rechten en verplichtingen van de gefailleerde. Aan deze verplichting heeft de verdachte opzettelijk niet voldaan, aldus het hof, nu hij een papieren administratie voor de curator heeft achtergehouden met het argument dat de curator daar niet om zou hebben gevraagd. Het hof overweegt daaromtrent dat dat verdachte geenszins ontsloeg van zijn verplichting uit eigen initiatief van de papieren administratie melding te maken.

Verdachte heeft de curator wel een drietal harde schijven verstrekt. Het hof overweegt dienaangaande dat blijkens de aangifte van de curator deze harde schijven geen gegevens bevatten op grond waarvan kon worden achterhaald wat er met de gelden van de verenigingen was geschied en welke rechten en verplichtingen de coöperatieve verenigingen hadden.

Naar het oordeel van het hof heeft verdachte in zijn hoedanigheid van feitelijk leidinggevende als gevolg van het niet voldoen aan de herhaaldelijke verzoeken van de curator en gelet op zijn wetenschap van het (aanstaande) faillissement, bewust de aanmerkelijke kans op benadeling van de schuldeisers doen ontstaan en aanvaard.

Het hof acht dan ook onomstotelijk bewezen dat de gefailleerde na het uitspreken van het faillissement ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers niet heeft voldaan aan de op hem rustende verplichting om de ingevolge artikel 3:15i BW te voeren administratie aan de curator ter beschikking te stellen, aan welke verboden gedraging verdachte feitelijk leiding heeft gegeven.

Marco Verdonk

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:4456

Zaaknummer: 20-002326-14

Rechters: P.J. Hödl, P. Fortuin en J. Platschorre

Wetsartikelen: 69 AWR, 343 Sr, 105 Fw, 106 Fw, 2:10 BW en 3:15i lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Kornhaas/Dithmar

Het HvJ EU gaat voor het eerst in op de vraag welk recht toepasselijk is op een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering ingesteld door de curator in een Duitse insolventieprocedure ten aanzien van een Engelse Limited. Het Hof oordeelt dat deze vordering onder artikel 4 van de Insolventieverordening valt, en dat dit artikel dus het toepasselijk recht op de vordering bepaalt. Tevens oordeelt het Hof, wellicht verrassend, dat de vrijheid van vestiging niet in de weg staat aan (kort gezegd) het toepassen van de onderhavige regel van Duits recht op de aansprakelijkheid van een bestuurder van een Engelse Limited.

Mevrouw Kornhaas was bestuurder van de inmiddels in Duitsland failliet verklaarde Engelse Limited Kornhaas Montage und Dienstleistung Ltd. Dithmar is in de Duitse insolventieprocedure als curator aangesteld en stelt een vordering tegen mevrouw Kornhaas in wegens bestuurdersaansprakelijkheid, gegrond op par. 64 GmbHG. Dat artikel houdt kort gezegd in dat de bestuurder binnen drie weken faillissement van de vennootschap moet aanvragen zodra de onderneming insolvent is, op straffe van aansprakelijkheid jegens de vennootschap van later verrichte betalingen.

De verwijzende Duitse rechter vraagt zich af of ingevolge artikel 4 lid 1 van de Insolventieverordening (nr. 1346/2000) Duits recht op deze vordering van toepassing is. Het HvJ EU beantwoordt deze vraag bevestigend, hoewel artikel 4 Insolventieverordening zelf niet naar bestuurdersaansprakelijkheid verwijst. Tevens vraagt de Duitse rechter zich af of een dergelijke vordering in strijd zou zijn met de vrijheid van vestiging overeenkomstig artikelen 49 en 54 WVEU. De eerdere rechtspraak van het HvJ EU, met name *Inspire Art* (zaak C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512) wijst mijns inziens wel in de richting van strijdigheid met de vrijheid van vestiging. Volgens het HvJ EU is dat echter niet zo, er is in dit geval geen strijd met de vrijheid van vestiging. Voor een bespreking van deze oordelen, de achtergrond en de implicaties ervan verwijs ik naar mijn noot bij dit arrest.

A.L. Jonkers, december 2015

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 10-12-2015

ECLI: ECLI:EU:C:2015:806

Zaaknummer: C-594/14

Rechters: F. Biltgen, M. Berger en S. Rodin

Advocaten: W. Steinfeld en C. Esser

Wetsartikelen: 4 Insolventieverordening, 49 VWEU en 54 VWEU

ANNOTATIE

Een Beklamel-vordering en de verzwaarde stelplicht van de aansprakelijk gestelde DGA**A.P. Koburg**

Op de individuele schuldeiser die een Beklamel-vordering stelt, rust de bewijslast omtrent de wetenschap van de bestuurder dat zijn handelen schade zou toebrengen aan de betreffende schuldeiser. Het is voor een schuldeiser in de regel niet eenvoudig dergelijke wetenschap aan te tonen. Voor het aantonen van wetenschap van de bestuurder zijn veelal financiële gegevens vereist waarover de bestuurder bij uitstek beschikt, althans behoort te beschikken. De bewijslast van de schuldeiser kan op verschillende manieren worden verlicht. Sinds *Romme/Bakker* (HR 10 juni 1994, *NJ* 1994/766) is duidelijk dat tot een omkering van de bewijslast kan worden gekomen indien sprake is van bijzondere omstandigheden. Ongeacht of de rechter al dan niet besluit tot een omkering: de wijze waarop en met name op grond van welke bijzondere omstandigheden de bewijslast wordt verdeeld tussen partijen, dient te worden gemotiveerd door de rechter. Niet alleen een omkering van de bewijslast kan uitkomst bieden, ook kan op grond van bijzondere omstandigheden een verzwaarde stelplicht op de bestuurder rusten (zie P. van Schilfgaarde hierover in zijn annotatie bij HR 20 november 1998, *NJ* 1999/684, *Wijsmuller*). In de te bespreken uitspraak volgt het hof de kantonrechter ten aanzien van het hanteren van verzwaarde stelplicht (r.o. 2.6). De uitspraak laat mijns inziens zien dat een verzwaarde stelplicht de facto een omkering van de bewijslast kan inhouden. De vraag is of er i.c. voldoende bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan een verzwaarde stelplicht is aangenomen.

De feiten

Appellant is enig bestuurder en tevens enig aandeelhouder ('DGA') van een BV ('de BV') waarin een internationaal transportbedrijf wordt gedreven. In 2001 heeft de BV een overeenkomst gesloten met DCB Energy BV ('DCB'). Op grond hiervan heeft DCB aan de BV tankpassen verstrekt, die de BV op haar beurt aan de chauffeurs heeft verstrekt. Facturatie door DCB aan de BV vond na het tanken plaats. Op 21 juni 2013 heeft de BV een eigen aangifte tot faillietverklaring gedaan en op 25 juni 2013 is de BV failliet verklaard. De facturen van DCB

verzonden op 17 en 24 juni 2013 over de periode van 11 juni 2013 tot en met 21 juni 2013 zijn onbetaald gebleven. Uit het faillissementsverslag van 3 juli 2014 blijkt dat de vordering van de bank geheel is voldaan. Tot zekerheid van terugbetaling had de BV ten behoeve van de bank haar debiteuren en bedrijfsmiddelen verpand. Na voldoening van de bank resteerde een boedelvordering, een preferente vordering van de fiscus en 29 concurrent crediteuren (totaal bedrag aan concurrent crediteuren: € 347.044,85). Op 25 november 2014 is het faillissement geëindigd.

De overwegingen van het hof

DCB, een van de concurrent crediteuren, heeft een Beklamel-vordering ingesteld jegens appellant. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen (r.o. 2.3). Het hof overweegt onder meer: 'De kantonrechter heeft bij de beoordeling van het verweer van appellant tegen de stelling dat hij – kort gezegd – deze wetenschap had of behoorde te hebben, een verzwaarde stelplicht ten laste van appellant gehanteerd, zoals appellant terecht constateert in zijn memorie van grieven. Het hof volgt de kantonrechter daarin. *Er is sprake geweest van leveranties door DCB Energy in een periode waarin de BV zich in zwaar weer bevond (waarover hieronder meer); deze leveranties vonden plaats kort voor en zelfs op de dag waarop namens de BV het faillissement is aangevraagd, terwijl appellant de volledige zeggenschap had over de BV.* Onder deze omstandigheden moet van appellant verlangd worden dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter onderbouwing van zijn verweer dat hij – kort gezegd – de Beklamel-norm niet heeft overtreden. Voor de goede orde merkt het hof op dat dit niet betekent dat de bewijslast op appellant rust (vergelijk HR 10 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1393 Romme/Bakker).' [cursiveringing AK]

Het hof motiveert de verzwaarde stelplicht op grond van de volledige zeggenschap van de bestuurder en de *bijkomende* omstandigheden dat de leveranties plaatsvonden terwijl de BV zich in zwaar weer bevond, kort voor en op de dag van de faillissementsaanvraag. Ik concentreer mij eerst op de bijkomende omstandigheden: (1) de BV bevond zich in zwaar weer en (2) leveranties waren kort voor en op de dag van de faillissementsaanvraag. Vervolgens ga ik in op de gepastheid van een verzwaarde stelplicht bij een Beklamel-vordering.

Ad (1) De BV verkeerde in zwaar weer

De BV had al enkele jaren last van onder druk staande tarieven. Er was sprake van teruglopende resultaten en er waren liquiditeitsproblemen. De betwisting van de DGA dat hij de Beklamel-norm heeft geschonden bestaat eruit dat de BV een groot aantal debiteuren had in de relevante periode en van debiteuren de toezegging had gekregen om uiterlijk voor of op

21 juni 2013 te betalen. De vermogenspositie van de BV was goed, de liquiditeitspositie was grilloos. Concreter dan dit maakt de DGA het niet en dat is niet genoeg. Het hof overweegt: 'Al met al is, zo concludeert het hof, onduidelijk gebleven van welke debiteuren de BV welke betalingen verwachtte en welke versterking van de liquiditeitspositie aldus het vertrouwen rechtvaardigde dat de BV aan haar betalingsverplichtingen, onder anderen aan DCB Energy, zou kunnen voldoen. Appellant heeft evenzeer nagelaten te onderbouwen dat de vermogenspositie van de BV 'goed' was, zoals hij heeft gesteld.(...) *Het voorgaande* leidt ertoe dat het hof de stellingen van DCB Energy, waarin de persoonlijke ernstige verwijtbaarheid van appellant besloten ligt, in het licht van de verzwaarde stelplicht, als onvoldoende gemotiveerd betwist door appellant moet beoordelen.' [cursivering AK]

Het gegeven dat de BV geruime tijd in zwaar weer verkeerde, keert zich in wezen tegen appellant. Indien een vennootschap in zwaar weer verkeert, kan dit tot gevolg hebben dat (steeds) meer rekening gehouden dient te worden met de belangen van de crediteuren van de vennootschap. De invulling van het vennootschappelijk belang, het richtsnoer van de bestuurder, verschiet van kleur. Impliciet lijkt in de overwegingen van het hof besloten te liggen dat uit het onbetaald blijven van DCB blijkt dat de DGA zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van crediteuren en dat hem derhalve een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden.

De vraag die in dit verband gesteld dient te worden is of van de DGA als bestuurder met volledige zeggenschap van een geruime tijd in financieel zwaar weer verkerende BV meer wordt gevergd en hem daarom 'eerder' een persoonlijke ernstig verwijt treft (zie recent: Th. P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015-6, p. 186-198). De benadering van het hof lijkt dit laatste wel te suggereren. Het is interessant om het oordeel van het hof te vergelijken met dat van het Gerechtshof Amsterdam (Hof Amsterdam 3 juli 2012, *JOR* 2012/283 m.nt. S.M.C. van Thiel). In deze zaak was de rechtbank van een verzwaarde stelplicht uitgegaan en werd geoordeeld dat de bestuurder hieraan niet had voldaan. Het hof acht de grieven tegen het oordeel van de rechtbank gegrond en overweegt (r.o. 3.18 en 3.19): 'Hiervoor is al aangehaald dat de rechtbank heeft overwogen dat de jaarcijfers van Amstel weliswaar eind 2004 een zorgwekkende situatie laten zien, die in 2005 en 2006 verder is verslechterd, maar dat op zichzelf deze cijfers niet de conclusie rechtvaardigen dat de vereiste wetenschap aan de zijde van [appellant] aanwezig was. Het hof komt niet tot een ander oordeel dan de rechtbank. *De omstandigheid dat een vennootschap in zwaar weer verkeert, kan niet zonder meer de conclusie 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 tot 'bestuurdersaansprakelijkheid' leiden.* 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.

De financiële toestand van Amstel was bij het aangaan van de verplichtingen met Wanders weliswaar zorgwekkend, maar de door Wanders aangevoerde omstandigheden, ook in onderlinge samenhang bezien, zijn geen (bijzondere) feiten en omstandigheden die in dit geval de gevolgtrekking kunnen rechtvaardigen dat [appellant] namens Amstel heeft gecontracteerd 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 te lijden schade.' [cursivering AK]

Uiteraard dient de uitspraak van het Hof Amsterdam te worden gelezen in het licht van de specifieke omstandigheden. Zo gold als uitgangspunt dat de kosten die de schuldeiser in rekening had gebracht in beginsel uit de opbrengst van de opdracht van een derde konden worden voldaan. Ook overwoog het Hof Amsterdam dat de voor de uitvoering van deze opdracht benodigde materialen bij de schuldeiser waren besteld. In de onderhavige zaak was hier geen duidelijkheid over. De DGA had hier gesteld dat hij toezeggingen van debiteuren tot voldoening van vorderingen had gekregen (r.o. 2.7). Tegelijkertijd is voorstelbaar dat – gezien de aard van de onderneming – de tankbeurten ten behoeve van door de vennootschap voor afnemers te verrichten diensten waren. Het is zeer wel mogelijk dat het voor de bestuurder een keuze betrof tussen niet tanken of het niet verrichten van diensten voor afnemers. Dat laatste zou waarschijnlijk in een schadevergoedingsvordering van de afnemers jegens de vennootschap hebben geresulteerd en daarmee het passief hebben vergroot. De bestuurder zal met andere woorden een afweging gemaakt moeten hebben tussen het al dan niet verrichten van de transporten en de hiermee gemoeide kosten.

Ad (2) Kort voor en op dag faillissementsaanvraag

Dat de BV in zwaar weer verkeerde, is niet de enige omstandigheid. Ook het feit dat de leveranties kort voor en op de dag van de faillissementsaanvraag hebben plaatsgevonden is een *bijkomende* omstandigheid. Het lijkt erop dat de DGA slechts heeft beaamd en kon

beamen dat er is getankt en dat hij, als enig aandeelhouder, op enig moment heeft besloten tot het indienen van een faillissementsaanvraag. Met name omdat de DGA de volledige zeggenschap heeft, wordt deze omstandigheid hem zwaar aangerekend lijkt het. Het hof besteedt hier verder geen overwegingen aan en dat maakt dat deze door het hof juist als bijkomend (!) gekwalificeerde omstandigheid lastig te begrijpen is. Geldt ook hier niet de al onder (1) aangestipte belangenafweging van de bestuurder in het kader van de voortzetting van zijn bedrijf? (Zie ook hierover de van het besproken arrest gemaakte samenvatting INS-Updates.nl 2015-0013.) Bovendien is de vraag wat de bestuurder dan wel had moeten doen. Inherent aan het stoppen met de onderneming, op welk moment dan ook, is dat crediteuren mogelijkerwijs niet meer voldaan kunnen worden. Sterker nog, het stoppen met de onderneming en in het bijzonder de faillissementsaanvraag zal in de regel worden gedaan omdat schuldeisers niet meer volledig kunnen worden voldaan. Er zullen met andere woorden altijd facturen onbetaald blijven op welk moment een faillissementsaanvraag dan ook wordt gedaan.

De verzwaarde stelplicht

Hoewel op de bijkomende omstandigheden het een en ander is af te dingen, is voor het hanteren van een verzwaarde stelplicht wel wat te zeggen. Een Beklamel-vordering volgt veelal nadat een in zwaar weer verkerende vennootschap het toch niet heeft gered en failliet is verklaard. Interessant is dat deze omstandigheid de uitoefening van de bestuurstaak beïnvloedt en het vennootschappelijk belang van kleur laat verschieten (zie hierover recent: Th.P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015-6, p. 186-198). Een verzwaarde stelplicht past hierbij, zeker omdat de informatie die de rechter nodig heeft om het geschil goed te kunnen beoordelen zich in overwegende mate bevindt bij de bestuurder (M. Kremer, in: *SDU Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, aant. C4 bij art. 150 Rv. Zie specifiek over de eenpersoonsvennootschap: H.E. Boschma, *De Eenpersoons-BV* (diss. RUG), p. 145 en ook M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. RUG), p. 251-254). Een omkering van de bewijslast is hiervoor een te zwaar middel. Dat zou immers betekenen dat tot uitgangspunt wordt genomen dat een bestuurder van een vennootschap in zwaar weer in beginsel een persoonlijk ernstig verwijt treft.

Indien een Beklamel-vordering volgt, brengt het hanteren van de verzwaarde stelplicht mee dat de betreffende bestuurder achteraf verantwoording dient af te leggen over zijn handelen. Hiervoor is een strenge toets of er bijkomende omstandigheden zijn cruciaal, omdat de verzwaarde stelplicht anders in feite een omkering van de bewijslast inhoudt en de vraag gesteld kan worden of nog wel een hoge drempel voor aansprakelijkheid geldt als wenselijk geacht door de Hoge Raad in *RCI/Kastrop* (HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22).

RECHTSPRAAK

x/ABN AMRO

Piloot die voor zijn opleiding geld heeft geleend bij ABN waarvoor een Garantiefonds voor vijf jaar borg stond, vindt dat ABN tijdens de looptijd een beroep op die borgtocht had moeten doen. Het hof ziet terecht weinig in een dergelijke plicht van de bank.

In deze procedure draait het om een piloot die geld heeft geleend bij de ABN AMRO Bank voor zijn opleiding bij de KLM Luchtvaartschool, waarvoor de Stichting Garantiefonds International Financing & Flight Training Centre onder bepaalde voorwaarden borg stond voor een maximumperiode van vijf jaar. De piloot heeft zijn opleiding bij KLM niet afgemaakt, vervolgens meer geld bij ABN AMRO geleend en zijn opleiding elders afgerond. Hij stelt nu dat ABN AMRO tijdens de looptijd van de borgtocht een beroep had moeten op die borgtocht, of hem er in ieder geval op had moeten wijzen dat een beroep gedaan zou kunnen worden op de borgtocht.

Dat verzoek is in twee opzichten vreemd. De piloot is geen partij bij de overeenkomst van borgtocht. In beginsel kan hij als derde dan ook geen rechten aan die overeenkomst ontlelen. Ten tweede zou het Garantiefonds bij een beroep door ABN AMRO op de borgtocht een regresrecht op de piloot krijgen, en zou de piloot daar in beginsel dus niet zo veel mee opschieten.

De piloot meent echter dat het Garantiefonds wellicht afstand zou doen van haar regresrecht. In dat kader heeft de piloot gesteld dat een ander garantiefonds (het KLS Garantiefonds) in dergelijke gevallen wel eens afstand heeft gedaan van haar regresrecht. Dat vindt het hof echter onvoldoende om aan te nemen dat dit hier ook aan de orde zou zijn. Voorts is geenszins duidelijk dat er inderdaad aan de voorwaarden voor een beroep op de overeenkomst van borgtocht voldaan zou zijn geweest. Dat er een zorgplicht op ABN zou liggen om, ook bij afwezigheid van wanbetaling door de piloot, te onderzoeken of het opzeggen van de kredietrelatie en inroepen van de borgtocht wellicht voordelig zou zijn voor de piloot, vindt het hof terecht vergezocht. *A.L. Jonkers, december 2015*

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:1388

Zaaknummer: 200.096.098-02

Rechters: J.W. Hoekzema, E.E. van Tuyl Serooskerken-Roëll en M.P. Achterberg

Advocaten: S. van der Giessen en J.W. Achterberg

RECHTSPRAAK

Rabobank moet bewijs leveren dat ze de borg, die borgstaat voor het rekening-courantkrediet van de vennootschap van haar neef, voldoende heeft ingelicht omtrent de risico's.

De rechtsvoorganger van ABN had aan een aannemingsbedrijf rekening-courantkrediet verstrekt, waarvoor gedaagde tot een bedrag van € 100.000 borg staat. Uit de feiten valt af te leiden dat de gedaagde, die als kraamverzorgster werkzaam is, zelf niet veel met het aannemingsbedrijf van doen heeft, maar door haar neef gevraagd is borg te staan. Het aannemingsbedrijf is failliet verklaard en de borgtocht wordt door ABN ingeroepen.

Het belangrijkste verweer van de borg tegen betaling is dat ze heeft gedwaald bij het aangaan van de borgtochtovereenkomst. Ze stelt zich wegens familiebanden gedwongen te hebben gevoeld de borgtochtovereenkomst aan te gaan, en stelt nooit contact te hebben gehad met de bank. Alles zou via haar neef gelopen zijn. Ze stelt dat de bank haar had moeten informeren over de risico's verbonden aan de borgtocht, mede gezien de slechte financiële situatie van het aannemingsbedrijf.

De bank stelt dat de borg een ervaren ondernemster is zoals blijkt uit het feit dat ze, zoals blijkt uit het handelsregister, als bestuurder van verschillende ondernemingen (maar niet deze onderneming) heeft opgetreden. Tevens geeft de bank aan dat uit artikel 2 van de overeenkomst blijkt dat de borg verklaard heeft bekend te zijn met de risico's.

De rechtbank is niet overtuigd van het relaas van de bank. Dat ze als bestuurder van vennootschappen in het handelsregister vermeld staat of stond, is onvoldoende om af te leiden dat sprake is van kennis en ervaring met kredietverlening. Daarbij komt dat de borg zelf heeft verklaard slechts als bestuurder geregistreerd te staan voor haar man, die wegens een faillissementssituatie niet in eigen naam kon optreden. Ook de enkele verklaring in de overeenkomst is onvoldoende om af te leiden dat de borg daadwerkelijk voldoende is voorgelicht. De bank wordt opgedragen bewijs te leveren van haar stelling dat ze de borg heeft voorgelicht omtrent de risico's, althans dat de borg op de hoogte was van de risico's.

A.L. Jonkers

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:8685

Zaaknummer: C/10/476459 / HA ZA 15-564

Rechters: T. Boesman

Advocaten: D. van Zanten en A.P. Fijn

Wetsartikelen: 6:228 BW

RECHTSPRAAK

Monumenten Fonds Brabant/Rabobank

Bankgarantie voor huurtermijnen kan niet getrokken worden omdat niet de verhuurder maar de aandeelhouder van de verhuurder als begunstigde in de bankgarantie vermeld staat. Het abstracte karakter kan de aandeelhouder niet helpen.

Het loopt in deze zaak zuur af voor Monumenten Fonds Brabant N.V. Het Fonds is 100% aandeelhouder van Landgoed Kasteel Maurick B.V., dat als verhuurder optrad ten opzichte van Restaurant Maurick B.V., dat in het kasteel een restaurant uitbaatte. Restaurant is failliet verklaard. Door Restaurant werd een bankgarantie van ruim een ton gesteld voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst. In de bankgarantie wordt consistent van de schade van een verbintenis van de bank tegenover de verhuurder gesproken, en van een huurovereenkomst tussen verhuurder en huurder, terwijl als verhuurder Monumenten Fonds Brabant staat aangemerkt. Hier is evident iets misgegaan: niet het Monumenten Fonds is immers de verhuurder, maar haar dochtervennootschap Landgoed Kasteel Maurick.

De contragaranten, kort gezegd het Restaurant en zijn aandeelhouder, hebben reeds voor het faillissement van Restaurant aan Rabobank medegedeeld dat ze niet mag uitkeren onder de bankgarantie, omdat Monumenten Fonds niet de verhuurder is. Rabobank heeft inderdaad niet uitbetaald. Monumenten Fonds en Landgoed eisen in deze procedure betaling van Rabobank.

De kernvraag is of Rabobank aan Monumenten Fonds moet uitbetalen, terwijl er geen huurovereenkomst tussen Monumenten Fonds en Restaurant is, hoewel de bankgarantie wel van een dergelijke overeenkomst spreekt. Volgens NV Monumenten Fonds Brabant moeten de voorwaarden in de bankgarantie gelet op het abstracte karakter daarvan zo worden uitgelegd dat Rabobank al tot uitbetaling gehouden is vanwege de enkele omstandigheid dat de begunstigde hierom (schriftelijk) heeft verzocht. Met Rabobank is de rechtbank echter van oordeel dat de voorwaarden waarop NV Monumenten Fonds Brabant doelt, niet los gezien kunnen worden van de rechtsverhouding waarvoor de bankgarantie is gesteld. Die rechtsverhouding ontbreekt. De rechtbank overweegt dan: 'Dat een bank betaling niet mag

weigeren op grond van verweren ontleend aan de onderliggende rechtsverhouding, maakt nog niet dat een bank tot uitkering gehouden is indien de rechtsverhouding waarvoor de bankgarantie is gesteld ontbreekt. Nu er geen rechtsverhouding bestaat waarvoor de bankgarantie is gesteld, is niet voldaan de in bankgarantie gestelde voorwaarden.'

Het onderscheid tussen het abstracte karakter en het voldoen aan de voorwaarden van de bankgarantie had hier m.i. iets scherper gekund. Het abstracte karakter brengt mee dat een bank moet betalen als aan de voorwaarden voldaan is. De onderliggende rechtsverhouding doet er in beginsel niet toe voor de vraag of aan de voorwaarden voldaan is, tenzij uiteraard in die voorwaarden naar de onderliggende rechtsverhouding wordt verwezen.

Het moeilijke is dat een bankgarantie vrijwel altijd verwijst naar een onderliggende rechtsverhouding waarvoor de garantie tot zekerheid dient. Betekent dit dat verweren die zien op het niet bestaan van de onderliggende rechtsverhouding (nietigheid, vernietigbaarheid), wel tegen de begunstigde in kunnen worden geroepen? Dat zou m.i. te veel afdoen aan het abstracte karakter van de bankgarantie. M.i. kan een bank, anders dan de rechtbank stelt, dus heel wel gehouden zijn uit te keren indien de rechtsverhouding waarvoor de bankgarantie gesteld is, ontbreekt.

Wat deze zaak echter atypisch maakt, is dat geheel niet in geschil is dat er geen onderlinge rechtsverhouding zoals in de bankgarantie bedoeld bestaat. Onder die omstandigheden is het inderdaad moeilijk vol te houden dat aan de voorwaarden van de bankgarantie is voldaan, zeker nu de bankgarantie steeds verwijst naar een huurovereenkomst, en steeds spreekt van een verhuurder en een huurder.

Het geheel resulteert in een onbevredigende uitkomst: Monumenten Fonds kan niet trekken terwijl evident bedoeld is Monumenten Fonds dan wel haar dochter zekerheid te geven via de bankgarantie. Dit wringt des te meer nu de curator van Restaurant en de aandeelhouder van Restaurant, die tevens contragarant was, inmiddels hebben laten weten aan Rabobank te zullen uitkeren onder de contragarantie indien Rabobank in deze procedure wordt veroordeeld tot betaling. Evident zou de aantrekkelijkste uitkomst dus zijn geweest Rabobank tot betaling te veroordelen, maar de rechtbank laat zich daar niet toe verleiden. Wellicht had bijvoorbeeld geoordeeld kunnen worden dat hier, in afwijking van de bewoording, bedoeld was dat de bankgarantie afgegeven was voor een derde-begunstigde, maar naar het oordeel van de rechtbank is dit gesteld nog gebleken. Ook de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan hier volgens de rechtbank niet helpen, omdat dit zou leiden tot denaturering van de overeenkomst.

A.L. Jonkers, december 2015

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 25-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2015:6746

Zaaknummer: C/01/285679 / HA ZA 14-814

Rechters: M. Bartels

Advocaten: E.H.H. Schelhaas en H.A.J. Wessel-Krijger

RECHTSPRAAK

X/Merin

Appellant beroept zich op grond van het recht van Bermuda op vernietiging van een borgtochtovereenkomst wegens het ontbreken van toestemming van zijn echtgenote die destijds op Bermuda woonde. Niet gesteld is echter dat het recht van Bermuda deze vernietigingsbevoegdheid kent. De regel op Bermuda dat borgstelling door appellant niet tot gevolg kan hebben dat de schuldeiser verhaal kan nemen op goederen die behoren tot de huwelijksgemeenschap, is niet gelijk te stellen met een dergelijke vernietigingsbevoegdheid.

Appellant staat borg jegens Merin voor meer dan 2 miljoen euro. Appellant wil van zijn veroordeling tot betaling in eerste aanleg (eerst bij verstek en daarna na verzet) worden ontheven, op de grond dat zijn echtgenote de borgtochtovereenkomst heeft vernietigd naar het recht van Bermuda, waar zij woonde toen appellant de borgtochtovereenkomst sloot.

Het hof stelt vast dat appellant hiermee een bevrijdend verweer voert, en hij daarom de bewijslast draagt van het feit dat zijn echtgenote inderdaad op Bermuda woonde en dat haar vernietigingsverklaring naar het recht van de Bermuda-eilanden het beoogde rechtsgevolg – vernietiging van de borgtochtovereenkomst – heeft gehad. Appellant stelt in dit verband dat naar het recht van de Bermuda-eilanden de borgstelling door appellant niet tot gevolg kan hebben dat Merin verhaal kan nemen op goederen die behoren tot de huwelijksgemeenschap tussen appellant en X. Appellant heeft echter erkend dat Bermuda geen vernietigingsbevoegdheid van de echtgenote kent. Volgens het hof kan de hierboven vermelde regel in Bermuda ook niet gelijk gesteld worden met een vernietigingsbevoegdheid. Het aanbod te bewijzen dat de echtgenote op Bermuda woonde, doet in deze procedure dan ook niet ter zake. De grief wordt afgewezen.

A.L. Jonkers, december 2015

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:3265

Zaaknummer: 200.161.244/01

Rechters: E.E. van Tuyll Serooskerken-Roëll, A.C. van Schaick en J.F. Aalders

Advocaten: R.J. van Agteren en M.H. Bressers

RECHTSPRAAK

curator De Ammerse Smid B.V./X B.V.

Overdrachtstitel niet in strijd met artikel 3:84 lid 3 BW. Overdracht en de daaropvolgende verrekening ten onrechte door de curator vernietigd. Ontbreken van wetenschap van benadeling ex artikel 42 Fw bij de verkrijger.

Een metaalleverancier heeft materialen en diensten geleverd aan een metaalbewerker die onbetaald zijn gebleven. De metaalbewerker is eigenaar van een voertuig. Na overleg tussen beide partijen heeft de metaalbewerker het kenteken van dat voertuig overgeschreven op naam van de metaalleverancier. De metaalbewerker heeft het gebruik van het voertuig voortgezet en stuurt een factuur waarin de levering van het voertuig wordt bevestigd. Nadien heeft de metaalleverancier nog meerdere malen materialen en diensten geleverd die onbetaald zijn gebleven. Nadat de metaalbewerker op eigen aanvraag in staat van faillissement is verklaard, stuurt de bestuurder van de failliete metaalbewerker de curator een e-mail waarin hij uitlegt dat – zakelijk weergegeven – de transactie met betrekking tot het voertuig strekte tot zekerheid voor de onbetaalde leveranties. Vervolgens vernietigt de curator de gestelde overdracht van het voertuig en verrekening van de koopprijs van het voertuig met haar vordering.

Gezien de stellingen van partijen over en weer stelt de rechtbank de volgende vier punten centraal die moeten worden beoordeeld: (1) is sprake van een overdrachtstitel die in strijd is met artikel 3:84 lid 3 BW, (2) heeft een geldige levering plaatsgevonden, (3) is sprake van een inbreuk op het eigendomsrecht van de metaalbewerker, en (4) is de overdracht in strijd met artikel 42 Fw.

Omdat de curator onvoldoende stelt om te concluderen dat sprake is van een verboden overdracht in de zin van artikel 3:84 lid 3 BW, wordt de overeenkomst tot (ver)koop van het voertuig als geldige titel voor de overdracht aangemerkt. Onder meer van belang daarbij was dat slechts een overdracht tot zekerheid, waarbij niet is beoogd om de verkrijger de volledige eigendom te geven, ongeldig is. De wijziging van de tenaamstelling bij niet-voldoening was hiervoor in ieder geval onvoldoende feitelijke onderbouwing. Verder verzet voornoemd artikel

zich er ook niet tegen dat de metaalbewerker het voertuig bleef gebruiken.

Daarnaast oordeelt de rechtbank dat sprake is van een geldige levering in de zin van artikel 3:115 aanhef en sub a BW. Dat partijen zijn overeengekomen dat de metaalbewerker het voertuig voortaan voor de metaalleverancier zou houden, kon worden afgeleid uit het feit dat partijen mondeling hebben afgesproken dat de metaalbewerker het voertuig nog tijdelijk mocht lenen, de wijziging van de tenaamstelling en de tekst van de factuur.

Verder oordeelt de rechtbank dat, nu gelet op het voorgaande het voertuig rechtsgeldig is overgedragen aan de metaalleverancier, de verkoop van het voertuig door de metaalbewerker geen inbreuk op het eigendomsrecht van de metaalbewerker vormt.

Ten slotte oordeelt de rechtbank nog dat de overdracht van het voertuig en de daaropvolgende verrekening ten onrechte door de curator is vernietigd omdat de wetenschap van benadeling van schuldeisers ontbreekt bij de metaalleverancier. Hoewel op het moment van de overdracht een mogelijke kans op benadeling van schuldeisers bestond, is de wetenschap van de kans op benadeling volgens vaste rechtspraak onvoldoende. Daarnaast betekent een tijdelijk liquiditeitsprobleem nog niet dat een faillissement naderend is. Verder achtte de rechtbank relevant dat de metaalleverancier na de wijziging van de tenaamstelling nog diverse materialen en diensten heeft geleverd.

B. Hoyng, november 2015

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 11-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:8662

Zaaknummer: C/10/469868 / HA ZA 15-163

Rechters: F.A. Hut

Advocaten: M.C.G. van Essen en E.J.L. Mulderink

Wetsartikelen: 3:84 lid 3 BW, 3:115 BW aanhef en sub a en 42 Fw

RECHTSPRAAK

De schuldeisers maken geen misbruik van faillissementsrecht door faillissement aan te vragen van een natuurlijke persoon waarvan de boedel op dit moment leeg is, terwijl zij een aanbod van 5% betaling hebben afgewezen. Niet ondenkbaar is dat er nog vermogen gevonden of gegenereerd wordt.

De appellant in deze zaak, een natuurlijke persoon die voorheen als advocaat werkzaam is geweest, probeert tevergeefs op allerlei manieren aan faillissement te ontkomen. Zijn schuldeisers, het bestaan van wier schulden hij (grotendeels) wel erkent, hebben faillissement aangevraagd in 2013. Dat faillissementsverzoek is twee jaar geschorst geweest wegens procedures tot aan de Hoge Raad rond toelating tot de schuldsaneringsregeling, welke procedures appellant steeds verloren heeft. Inmiddels is hij door de rechtbank failliet verklaard, waartegen dit beroep zich richt.

Hij probeert wederom via artikel 3a Fw het geding te laten schorsen. Het hof overweegt echter dat artikel 3a Fw alleen in eerste aanleg van toepassing is. Daarnaast is er al uitspraak gedaan ten aanzien van de verzoeken tot toelating tot de schuldsaneringsregeling (art. 3a lid 2 Fw). Het verzoek om verwijzing naar een ander hof wordt afgewezen wegens het ontbreken van voldoende objectiveerbare gronden. Ook ziet het hof niet in dat schuldeisers misbruik van recht zouden maken door faillietverklaring te verzoeken. Het feit dat de schuldeisers niet met een aanbod van 5% hebben ingestemd, maakt niet dat ze geen faillissement mogen aanvragen. Ook het feit dat er maar een paar euro in de boedel zit, doet daar niet aan af. Het staat immers nog niet vast dat er geen vermogen gevonden of gegenereerd kan worden.

A.L. Jonkers, december 2015

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:4598

Zaaknummer: HR 200 176 413_01

Rechters: R.R.M. De Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en J.J. Minnaar

Advocaten: P.J.Ph. de Dietz Loos en S.X.J. Zuidema

Wetsartikelen: 1 Fw en 3a Fw

RECHTSPRAAK

VEB/bestuurders Landis

De voormalige bestuurders van Landis zijn aansprakelijk jegens de aandeelhouders wegens door die aandeelhouders geleden koersschade welke het gevolg is van onjuistheid in de financiële berichtgeving en onjuistheid in de berichtgeving in de pers (art. 2:139 BW)

De Vereniging van Effectenbezitters (VEB) en de Stichting VEB-Actie Landis stellen de voormalige bestuurders van de Landis Groep N.V. aansprakelijk voor de door beleggers in Landis geleden koersschade en afgeleide schade. Landis is in 2002 failliet verklaard. De Ondernemingskamer heeft in 2011 reeds geconstateerd dat er sprake was van wanbeleid en dat het bestuur hiervoor mede verantwoordelijk is (ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8414). De Rechtbank Midden-Nederland heeft in 2013 de bestuurders en commissarissen aansprakelijk geoordeeld jegens de curator voor het faillissementstekort (ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225).

In de onderhavige zaak gaat het om de aansprakelijkheid van de bestuurders voor door de beleggers in Landis geleden schade (art. 2:139 BW). De rechtbank overweegt dat gedupeerde beleggers als aandeelhouders aan zijn te merken als 'derden' als bedoeld in dit artikel. Naar het oordeel van de rechtbank wisten de bestuurders, althans moesten zij er ernstig rekening mee houden, dat de onjuistheid in de financiële verslaglegging en in de berichtgeving in de pers tot een misleidende voorstelling bij de beleggers zou leiden. Gezien de omvang en planmatigheid van de cijfermanipulatie, die zij niet betwist hebben, moeten zij immers op de hoogte zijn geweest van de substantiële onjuistheid van de cijfers en mededelingen. Daarbij bestuurden zij een bedrijf dat was genoteerd aan de effectenbeurs en zij behoorden zich daarom bewust te zijn van het belang van de juistheid van de financiële verslaglegging en van hun uitspraken in de media.

Ten aanzien van het door de bestuurders betwiste causale verband overweegt de rechtbank dat gezien de grove, niet verwaarloosbare onjuistheden (in 1999 is het bedrijfsresultaat met € 12,6 miljoen te hoog weergegeven, in 2000 met meer dan € 9,8 miljoen en in de eerste helft van 2001 met € 4,85 miljoen) gesteld kan worden dat de 'maatman-belegger' is misleid. De enkele verwijzing door de bestuurders naar de 'internetzeepbel' die van 1997 tot het voorjaar

van 2000 heeft geduurd is onvoldoende ter toelichting van hun betwisting van het causaal verband. Voor het vaststellen van de aansprakelijkheid is de vraag of de beleggers daadwerkelijk op de halfjaarcijfers zij afgegaan dan ook niet relevant. Die vraag kan wel aan de orde komen in de context van de berekening van de schadeomvang (art. 6:98 BW), maar daarvoor verwijst de rechtbank naar de schadestaatprocedure.

Voor zover gedupeerde aandeelhouders hun vordering aan de Stichting hebben gecedeerd, worden de bestuurders hoofdelijk veroordeeld tot schadevergoeding. Wat de overige beleggers betreft, kunnen de gevorderde verklaringen voor recht niet worden gegeven, mede omdat VEB en de Stichting achterwege hebben gelaten de rechtbank enig inzicht te geven in de groep gedupeerde beleggers die zij vertegenwoordigen, de beleggingsbeslissingen die deze beleggers hebben genomen en de periode waarin zij die hebben genomen. Voor zover meer dan koersschade wordt gevorderd, wijst de rechtbank de vorderingen ook af, nu niet voldoende onderbouwd is dat de aandeelhouders meer of andere schade dan koersschade zouden hebben geleden.

A.L. Jonkers, december 2015

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:7495

Zaaknummer: C/13/555974 / HA ZA 13-1827

Rechters: R.A. Dudok van Heel, L.S. Frakes en T.H. van Voorst Vader

Advocaten: G.F.E. Koster en J.A.F. Stoel

Wetsartikelen: 2:139 BW

RECHTSPRAAK

Invest/Holding

Holding B.V. wordt op verzoek van een schuldeiser in hoger beroep alsnog failliet verklaard. Het hof vindt het verrekeningsverweer, inhoudende een gepretendeerde vordering uit onrechtmatige daad, niet voldoende onderbouwd. Ook de bezwaren tegen de opgevoerde steunvorderingen worden door het hof verworpen.

Invest B.V. heeft als schuldeiser het faillissement van Holding B.V. aangevraagd. Invest heeft een vordering op Holding van meer dan € 300.000, die als zodanig door Holding niet betwist wordt. Holding betwist wel de steunvorderingen die opgevoerd worden door Invest, en beroept zich op verrekening tegenover Holding. De rechtbank had het faillissementsverzoek afgewezen.

Het beroep op verrekening met een gepretendeerde vordering uit onrechtmatige daad, oordeelt het hof onvoldoende onderbouwd. Tevens bevat de leningsovereenkomst waaruit de schuld van Holding jegens Invest voortvloeit een verrekeningsverbod. Ten aanzien van de steunvorderingen oordeelt het hof dat de bezwaren van Holding met betrekking tot de steunvorderingen van de Belastingdienst onvoldoende hout snijden. Tevens staat Holding borg jegens een natuurlijke persoon, die de borgtocht reeds heeft ingeroepen. Het feit dat deze persoon heeft aangegeven dat hij nog niet tot afdwingen van de betalingsverplichting zal overgaan, maakt niet dat de vordering niet als steunvordering kan worden opgevoerd. Nu het hof ook van oordeel is dat Holding in een benarde financiële positie verkeert, en het verweer dat Invest misbruik van recht zou maken niet voldoende overtuigend is, wordt Holding alsnog failliet verklaard.

A.L. Jonkers, november 2015

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:4599

Zaaknummer: HR 200 177 385_01

Rechters: R.R.M. De Moor, L.Th.L.G. Pellis en P.J.M. Bongaarts

Advocaten: K.G. Beukeveld en A.W. Hooijen

Wetsartikelen: 1 Fw

RECHTSPRAAK

SFO/Blue Blood

Het hof legt een overeenkomst van borgtocht uit. Naar oordeel van het hof wijkt de tekst af van de bedoeling van partijen. Hoewel de overeenkomst van borgtocht van een looptijd van een jaar spreekt, was twee jaar bedoeld.

SFO en Scarlet hebben flink geïnvesteerd in de Blue Blood Group B.V. (BBG). BBG en haar dochtervennootschappen legden zich toe op de exploitatie van het kleding- en accessoiresmerk 'Blue Blood'. Twee werkmaatschappijen van BBG zijn in oktober 2009 failliet verklaard. BBG zelf is failliet verklaard toen de onderhavige procedure al liep, in 2013. Een betrokkene bij BBG staat voor een deel van de lening borg jegens SFO en Scarlet. De na het intreden van het faillissement van BBG belangrijkste vraag die nog voorligt, is of de borgtocht in juli 2009 voor één of voor twee jaar is aangegaan. Dit doet vooral ter zake in het licht van het oordeel van het hof dat in het eerste jaar na het aangaan van de overeenkomst van borgtocht, het jaar waarin de twee werkmaatschappijen failleerden, nog niet gesproken kan worden van een 'event of default' in de zin van de overeenkomst van geldlening. De onduidelijkheid over de looptijd van de borgtocht is voortgekomen uit onderhandelingen die daarover gevoerd zijn. In een eerste versie van de overeenkomst van borgtocht werd gesproken van een looptijd van twee jaar, in een tweede versie van enkele weken later van een looptijd van één jaar. Het hof maakt uit de correspondentie over de tweede versie echter op dat niet bedoeld was de looptijd in de tweede versie te verkorten tot één jaar. Nu BBG in het tweede jaar van de looptijd van de borgtochtovereenkomst wel tekortschoot, zal zij de borg moeten betalen aan Scarlet en SFO.

A.L. Jonkers, november 2015

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:4646

Zaaknummer: 200.152.778/01

Rechters: D.J. Oranje, W.A.H. Melissen en A.S. Arnold

Advocaten: E. Smid en G.T.J. Hoff