

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 03, 2019

Nummer 3, 2019

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. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. 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:2019:96](#) 06-02-2019

Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:2370](#) 21-12-2018

Van den Heuvel q.q./X

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:74](#) 15-01-2019

X/PostNL

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:3439](#) 11-09-2018

Sprangers q.q./ING

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:10394](#) 19-12-2018

Carrière Persooneelsdiensten/ Beau Beheer e.a.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:11068](#) 18-12-2018

H&D Industrial BV

RECHTSPRAAK

Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis

Het Hof van Justitie oordeelt dat een Peeters/Gatzen-vordering (art. 6:162 BW), die wordt ingesteld door een curator en waarvan de opbrengst bij slagen ervan ten goede komt aan de boedel, is gegrond op de gemene regels van burgerlijk recht en handelsrecht en dus valt binnen het materiële toepassingsgebied (art. 1 lid 1) van de EEX (Brussel I) Verordening.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie beantwoordt prejudiciële vragen (ex art. 267 VWEU) van de Hoge Raad der Nederlanden (zie voor de desbetreffende procedure: ECLI:NL:HR:2019:2269). Die stellen aan de orde of een door de curator in Nederland ingestelde Peeters/Gatzen-vordering tegen de Belgische Bank BNP Paribas Fortis, waarvan de opbrengst bij slagen ervan ten goede komt aan de geconsolideerde boedel in Nederland, valt onder de uitzondering van artikel 1 lid 2 aanhef en sub b van de Brussel I Verordening betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Verordening (EG) nr. 44/2001). Daarin is bepaald dat de Brussel I Verordening niet materieel van toepassing is op insolventieprocedures.

De aanleiding voor deze prejudiciële vragen is gelegen in het feit dat zowel de rechtbank als het hof zich bevoegd heeft verklaard van de Peeters/Gatzen-vordering van de curator tegen Fortis Bank kennis te nemen. Het hof heeft evenwel in meer recente Europese jurisprudentie en de klacht van Fortis Bank dienaangaande, aanleiding gezien tussentijds cassatieberoep open te stellen tegen zijn beslissing omtrent rechtsmacht. In het onderhavige geval heeft het hof daarnaast onderscheid gemaakt tussen het recht dat van toepassing is op de bevoegdheid van de curator om de Peeters/Gatzen-vordering in te stellen (volgens het hof is dat krachtens de Insolventieverordening het recht dat van toepassing is op het faillissement) en het op die vordering toepasselijke materiële recht (volgens het hof is dat krachtens de WCOD Belgisch recht). De eerste beslissing wordt hier door Fortis Bank met succes aangevallen. Volgens haar valt de vordering van de curator onder de EEX-Verordening. De tweede beslissing wordt hier

door de curator tevergeefs aangevochten. Volgens de curator had het hof op grond van artikel 4 lid 1 Insolventieverordening moeten oordelen dat de vordering moet worden aangemerkt als een 'gevolg van de insolventieprocedure' zodat daarom Nederlands recht (de *lex concursus*) van toepassing is.

Bij zijn beantwoording stelt het Hof van Justitie voorop dat het doorslaggevende criterium om vast te stellen onder welk rechtsgebied een vordering valt, niet de procedurele context is van die vordering maar de rechtsgrondslag ervan. Volgens deze benadering moet worden nagegaan of het recht of de verbintenis waarop de vordering is gebaseerd, voortvloeit uit de gemene regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht dan wel uit specifieke, afwijkende regels voor insolventieprocedures.

Het Hof van Justitie stelt vervolgens vast dat een Peeters/Gatzen-vordering (art. 6:162 BW) is gegrond op de gemene regels van burgerlijk recht en handelsrecht en niet op de daarvan afwijkende, specifieke regels voor de insolventieprocedure. Hieraan doet niet af dat er in het hoofdgeding onmiskenbaar een band met de insolventieprocedure is.

Naar het oordeel van het Hof van Justitie moet op de prejudiciële vraag dan ook worden geantwoord dat artikel 1 lid 1 en lid 2 sub b van de Brussel I Verordening (Verordening (EG) nr. 44/2001) aldus moet worden uitgelegd dat een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad als in het hoofdgeding aan de orde, ingesteld door de curator in het kader van een insolventieprocedure en waarvan de opbrengst bij slagen ervan ten goede komt aan de boedel, onder het begrip 'burgerlijke en handelszaken' in de zin van lid 1 van deze bepaling valt en dus valt binnen de materiële werkingssfeer van de EEX (Brussel I) Verordening.

M. Verdonk

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 06-02-2019

ECLI: ECLI:EU:C:2019:96

Zaaknummer: C-535/17

Rechters: R. de Silva Lapuerta, A. Arabadjiev, E. Regan, C.G. Fernlund en S. Rodin

Advocaten: B.I. Kraaiipoel, T.V.J. Bil, P.M. Veder, R.J.M.C. Rosbeek, F.E. Vermeulen en R.J. van Galen

Wetsartikelen: 1 EEX-Vo, 1 lid 2 sub b EEX-Vo, 4 lid 1 IVO en 13 Rome II Vo

RECHTSPRAAK

Carrière Personeelsdiensten/ Beau Beheer e.a.

Carrière Personeelsdiensten stelt als crediteur de bestuurders van zijn wederpartij aansprakelijk voor het onbetaald blijven van zijn vordering. De rechtbank wijst de vordering af en veroordeelt de crediteur in de proceskosten. De verweten gedragingen leveren geen persoonlijk ernstig verwijt op en zijn tevens onvoldoende concreet onderbouwd.

Circle LogistiX, een logistiek dienstverlener, wordt bestuurd door Beau Beheer en Rulo Beheer (hierna: de bestuurders). De aandeelhouders van deze bestuurders worden in deze procedure gedagvaard door Carrière Personeelsdiensten BV (hierna: eiser). Circle LogistiX is medio september 2016 in betalingsproblemen gekomen. In maart 2017 is de vennootschap failliet verklaard. Reeds maanden eerder waren de ondernemingsactiviteiten overgeheveld naar andere rechtspersonen.

De rechtbank beoordeelt of sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt aan de zijde van de bestuurders, met inachtneming van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. De verschillende verwijten door eisers zullen afzonderlijk worden behandeld.

Het feit dat Circle LogistiX binnen een jaar na oprichting (medio september 2016) in financieel zwaar weer is terechtgekomen en dat schuldeisers niet konden worden voldaan, is onvoldoende om vast te stellen dat de bestuurders persoonlijk een ernstig verwijt treft. De stelling van de eiser is verder onvoldoende concreet onderbouwd.

Het tweede verwijt betreft het blijven inhuren van uitzendkrachten door de bestuurders, terwijl zij wisten of behoorden te begrijpen dat Circle LogistiX niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Eiser heeft dit verwijt onderbouwd met de winst- en verliesrekening van Circle LogistiX over het betreffende boekjaar. Dat Circle LogistiX geen winst heeft gemaakt is echter niet voldoende om te kunnen vaststellen dat de bestuurders wisten of redelijkerwijs behoorden te begrijpen dat Circle LogistiX niet aan haar

verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.

Het verwijt inzake selectieve betaling treft ook geen doel. Ten eerste is selectieve betaling in beginsel niet onrechtmatig. Dat kan anders zijn indien de selectieve betaling wordt gedaan op een moment waarop voor bestuurders duidelijk moet zijn dat de vennootschap niet al haar betalingsverplichtingen volledig zal kunnen nakomen en onvoldoende verhaal zal bieden voor daaruit voortvloeiende schade. Dit is met name aan de orde nadat duidelijk was of moest zijn dat een faillissement van de rechtspersoon redelijkerwijs te verwachten was. In het voorgaande is overwogen dat niet is komen vast te staan dat de bestuurders vanaf september 2016 wisten of hadden moeten begrijpen dat Circle LogistiX niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Van aansprakelijkheid vanwege selectieve betaling kan dus geen sprake zijn.

Eiser verwijt de bestuurders tevens dat Circle LogistiX zich niet heeft gehouden aan haar verbintenissen onder een factoringovereenkomst met Bibby Financial Services BV, op grond waarvan de debiteurenportefeuille bij voorbaat is gecedeerd aan Bibby. Vast staat dat Circle LogistiX zich niet heeft gehouden aan haar verbintenissen onder de factoringovereenkomst. Dat betekent echter niet dat de bestuurders hiervan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bibby heeft de factoringovereenkomst opgezegd als gevolg van de niet-nakoming van de overeenkomst door Circle LogistiX, mede naar aanleiding van het conservatoire beslag dat door eiser is gelegd ten laste van Circle LogistiX onder Bibby. Eiser heeft nagelaten nader te onderbouwen dat Bibby de overeenkomst ook had opgezegd als eiser niet het conservatoire beslag had gelegd en dat de bestuurders wisten of redelijkerwijs hadden behoren te begrijpen dat de niet-nakoming van de verbintenissen van Circle LogistiX ertoe zou leiden dat Bibby de factoringovereenkomst zou opzeggen.

Als laatste stelt eiser dat de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt treft in verband met het oprichten van Circle Forwarding, Circle Materieel Beheer en Circle Warehousing and Distribution in oktober 2016, waarmee de bestuurders ervoor hebben gezorgd dat de bedrijfsactiviteiten van Circle LogistiX zijn voortgezet in de genoemde drie rechtspersonen, terwijl in Circle LogistiX geen onderneming meer werd gedreven. Vooropgesteld moet worden dat het oprichten van nieuwe rechtspersonen op zichzelf niet onrechtmatig is. Het overhevelen van bedrijfsactiviteiten kan onrechtmatig zijn, indien Circle LogistiX als gevolg daarvan niet meer aan haar verplichtingen heeft kunnen blijven voldoen. De bestuurders betwisten dat er sprake is van causaal verband tussen het overhevelen van bedrijfsactiviteiten en de schade die eiser stelt te hebben geleden. Dit causaal verband dient te worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de werkelijke situatie na het onderbrengen van de bedrijfsactiviteiten van Circle LogistiX in Circle Warehousing and Distribution en de hypothetische situatie waarin dit achterwege zou zijn gebleven. Daarbij geldt dat de schade

die eiser stelt te hebben geleden niet zonder meer gelijk te stellen is aan zijn onbetaald gebleven vorderingen. Nu vast staat dat Circle LogistiX al in 2016 verliesgevend was en dat als gevolg van de opzegging van de factoringovereenkomst vorderingen ontstonden van Bibby op Circle LogistiX, had het op de weg van eiser gelegen om te onderbouwen dat hij zijn vordering wel op Circle LogistiX had kunnen verhalen indien de bestuurders de activiteiten niet naar een andere rechtspersoon hadden overgeheveld. Dat heeft eiser nagelaten, dus is niet komen vast te staan dat er een dergelijk causaal verband bestaat.

De rechtbank wijst de vorderingen van eiser af en veroordeelt eiser in de proceskosten.

S. Verhoeven

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 19-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:10394

Zaaknummer: C/10/527920/HA ZA 17-543

Rechters: L.R. Prins

Advocaten: B.P.W. van Brink, K.A. Doekhi en D.D.J.M. Gulpers

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

H&D Industrial BV

Homologatie van akkoord ondanks bezwaar van grote crediteuren ten aanzien van de in het akkoord opgenomen uitkeringen aan aan de schuldenares gelieerde schuldeisers.

De rechtbank dient te beoordelen of het aangenomen akkoord al dan niet moet worden gehomologeerd. De weigeringsgronden van artikel 272 lid 2 Fw zijn niet aan de orde, waardoor de vraag in deze procedure is of de door enkele crediteuren gestelde bevoordeling van gelieerde schuldeisers en de doorbreking van het paritas creditorum aan homologatie in de weg staan (art. 272 lid 3 Fw). De schuldenares heeft zeven categorieën van schuldeisers onderscheiden, waarbij elke categorie een gelijk percentage is aangeboden. In elk van deze categorieën is door een meerderheid van de crediteuren vóór het akkoord gestemd. Dit weegt bij de beoordeling zwaar mee. Wat het bezwaar omtrent de gelieerde schuldeisers betreft, overweegt de rechtbank als volgt. Het enkele feit dat de grote meerderheid in een categorie schuldeisers op een of andere wijze is gelieerd aan de schuldenares betekent nog niet dat aan hun stem geen of minder waarde kan worden toegekend. Daarbij is van belang dat de grootste vorderingen binnen de categorie in kwestie van de financier van de schuldenares zijn. Ook deze schuldeiser neemt genoegen met betaling van een gering gedeelte van zijn vordering. Bij niet slagen van het akkoord zal, aldus de bewindvoerder, de schuldenares in een faillissementssituatie komen te verkeren. Bij de huidige stand van zaken is voor de rechtbank niet aannemelijk geworden dat er concreet uitzicht bestaat voor de gelieerde schuldeisers om na homologatie van dit akkoord op andere wijze te worden gecompenseerd, zoals in de bezwaren naar voren is gebracht. Een andere belangrijke omstandigheid is dat voor de concurrente schuldeisers als groep een hogere opbrengst onder het akkoord beschikbaar is dan in geval van liquidatie, en dat door homologatie van het akkoord de uitkeringen aan schuldeisers spoedig kunnen worden gedaan. Daar hebben ook de schuldeisers met bezwaren meer voordeel bij. De rechtbank homologeert het gestaffelde akkoord.

S. Verhoeven

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 18-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:11068

Zaaknummer: 18.299 RK

Advocaten: Chr Groenewoud en J.R. Hagendoorn

Wetsartikelen: 272 Fw

RECHTSPRAAK

Van den Heuvel q.q./X

Het aanvragen van het faillissement in strijd met artikel 2:246 BW kan onder omstandigheden leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van artikel 2:248 lid 1 BW. Daarvoor is dan wel vereist dat de belangen van de schuldeisers zijn geschaad en dat de bestuurder hiervan op de hoogte was of had behoren te zijn.

Op grond van artikel 2:246 BW is het bestuur zonder opdracht van de algemene vergadering niet bevoegd aangifte te doen tot faillietverklaring van de vennootschap, tenzij bij de statuten anders is bepaald. In deze zaak gaat het erom of de bestuurder van een failliet verklaarde vennootschap (eiser tot cassatie) zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aansprakelijk is op de voet van artikel 2:248 BW wegens het in strijd met artikel 2:246 BW doen van aangifte tot faillietverklaring van de vennootschap. Naar het hof heeft geoordeeld is dat het geval. Het hof heeft daartoe kort gezegd en onder meer overwogen dat eiser de van de AVA verkregen bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement is verloren omdat nadien voor alle betrokkenen de continuïteit van de onderneming voor ogen is komen te staan. Ook had eiser volgens het hof onderzoek moeten doen naar een potentiële *deal*. Het hof concludeerde vervolgens dat het aanvragen van het faillissement in de gegeven omstandigheden van dit geval heeft te gelden als kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW, waarvan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Naar aanleiding van het daartegen door de bestuurder ingestelde cassatieberoep, stelt de Hoge Raad bij zijn beoordeling voorop dat artikel 2:248 BW strekt tot bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap en dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling slechts kan worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben. De Hoge Raad verwijst voor die maatstaf naar HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo*).

Ten tweede herinnert de Hoge Raad eraan dat het in strijd met artikel 2:246 BW aanvragen van het faillissement van de vennootschap door de bestuurder, grond kan zijn voor zijn aansprakelijkheid jegens de vennootschap (art. 2:9 BW). Maar – en dat is nieuw – als uit de de

omstandigheden van het geval ook blijkt dat de aanvraag de belangen van de gezamenlijke schuldeisers schaadt, kan dit bovendien worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW.

Het hof heeft dit uitgangspunt in acht genomen, maar dat neemt niet weg dat het middel deels slaagt. '3.5.2 (...) Uit de omstandigheden waarop het oordeel van het hof berust dat de schending van art. 2:246 BW door eiser heeft te gelden als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:248 lid 1 BW, blijkt niet of, en zo ja op welke wijze, het aanvragen van het faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers heeft geschaad. Voorts blijkt daaruit niet dat eiser wist of behoorde te weten dat zijn handelen de gezamenlijke schuldeisers zou benadelen. Ten slotte is het hof niet ingegaan op de stelling van [eiser] dat hij door het doen van aangifte tot faillietverklaring verdere schade voor de schuldeisers wilde voorkomen. Het hof heeft derhalve blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.'

M. Verdonk

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 21-12-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:2370

Zaaknummer: 7/05979

Rechters: C.A. Streefkerk, M.V. Polak, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: J.W.H. van Wijk

Wetsartikelen: 2:248 lid 1 BW en 2:246 BW

RECHTSPRAAK

Sprangers q.q./ING

Bij gebreke aan een goederenrechtelijke terminologie in de formulering komt aan een verpandingsverbod slechts verbintenisrechtelijke werking toe.

Het inmiddels gefailleerde Oranjedak trad vaak op als onderaannemer en sloot daartoe overeenkomsten met diverse opdrachtgevers. Die overeenkomsten van onderaanneming bevatten tot Oranjedak gerichte ‘verboden’ om haar vorderingen op de opdrachtgevers te verpanden. Oranjedak werd gefinancierd door ING op basis van stille verpanding van haar vorderingen op derden (art. 3:239 BW).

In deze zaak is aan de orde of de verpandingsverboden die zijn overeengekomen tussen Oranjedak en haar onderaannemers verbintenisrechtelijke dan wel goederenrechtelijke werking hebben. De curator van Oranjedak heeft daartoe gesteld dat ING geen pandrecht heeft verkregen op de vorderingen van Oranjedak op haar debiteuren omdat de verpandingsverboden uit de overeenkomsten tussen Oranjedak en die debiteuren goederenrechtelijke werking hebben (art. 3:98 jo. 3:83 lid 2 BW).

Naar het hof overweegt, dient het antwoord op de vraag of dat standpunt juist is, gevonden te worden aan de hand van uitleg van die verboden naar objectieve maatstaven (HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, inzake DSM/Fox), en onder de aanname dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben tenzij anders overeengekomen (HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, inzake Coface/Intergamma). Relevant is slechts hetgeen kenbaar is voor alle derden ongeacht hun maatschappelijke positie, aldus het hof.

De curator heeft in dat kader aangevoerd dat het uitgerekend in de bouwbranche evident kenbaar is dat partijen goederenrechtelijk werkende pandverboden overeen plegen te komen, gelet op de risico's die de Wet Ketenaansprakelijkheid voor opdrachtgevers meebrengt. Het betreft hier volgens de curator bijna een feit van algemene bekendheid, temeer nu ten tijde van het overeenkomen van de pandverboden de leer uit HR 17 januari 2003, NJ 2004, 281, inzake Oryx/Van Eesteren, gold.

Het hof oordeelt anders. Op zichzelf is juist dat aannemers belang hebben bij goederenrechtelijk werkende verpandingsverboden teneinde te voorkomen dat zij door een (openbare) verpanding de bevoegdheid verliezen om op een G-rekening te betalen. Het gaat echter te ver om aan te nemen dat een gemiddeld oplettende derde dit laatste dient te voorzien, althans moet begrijpen dat het in de overeenkomsten opgenomen pandverbod, waarin geen goederenrechtelijke terminologie is gebruikt, om die reden goederenrechtelijk moet worden uitgelegd. Hierbij is van belang dat banken de door de curator gesignaleerde problematiek onderkennen als ook dat onoverdraagbaarheid van vorderingen financiering belemmert. ING heeft dus een pandrecht verkregen.

M. Verdonk

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:3439

Zaaknummer: 200.200.319/01

Rechters: J.M. de Jongh, J.W.A. Biemans en A.P. Schoonbrood-Wessels

Advocaten: A.K. Doornbosch en E.C. Netten

Wetsartikelen: 3:83 lid 2 BW en 3:98 BW

RECHTSPRAAK

X/PostNL

Voor de bestuurder van de vennootschap ParcelPlus was voorzienbaar dat de vennootschap haar verplichting tot afdracht van ontvangsten niet zou nakomen ten opzichte van PostNL en geen verhaal zou bieden. De bestuurder heeft dat toegelaten. Aangezien hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt is sprake van bestuurdersaansprakelijkheid.

X is bestuurder en middellijk aandeelhouder van ParcelPlus B.V. ParcelPlus verrichtte vervoerswerkzaamheden voor PostNL. De werkzaamheden hadden met name betrekking op het vervoer van fietsen, voor Fietsenwinkel.nl. In augustus 2014 heeft X per e-mail aan PostNL laten weten dat het bedrag dat voor het vervoer van fietsen werd betaald niet kostendekkend was. Ongeveer een jaar later komt ParcelPlus daadwerkelijk in de financiële problemen en blijft voor het eerst achter met de afdracht van geïnde remboursbedragen aan Post NL. De overeenkomst tussen ParcelPlus en PostNL wordt beëindigd, maar PostNL heeft nog een bedrag van ruim € 650.000 te vorderen van ParcelPlus. PostNL start een procedure tegen zowel ParcelPlus als X (als bestuurder) en wordt door de rechtbank in het gelijk gesteld: zowel de vennootschap als de bestuurder is aansprakelijk voor het niet afgedragen bedrag. Na de uitspraak van de rechtbank wordt ParcelPlus in staat van faillissement verklaard.

In hoger beroep wordt de procedure voortgezet door X tegen Post NL. Het hof oordeelt dat X in elk geval vanaf augustus 2014 moet hebben geweten dat de activiteit van ParcelPlus ter zake van het fietsenvervoer bij lange na niet kostendekkend was. De remboursbetalingen die eindgebruikers deden aan ParcelPlus, waren bestemd voor Fietsenwinkel.nl. Voor de diensten van ParcelPlus zelf ontving zij een vergoeding van PostNL. X diende als bestuurder van ParcelPlus de bedrijfsvoering zo in te richten dat de ten behoeve van Fietsenwinkel.nl in ontvangst genomen remboursbedragen ook steeds daadwerkelijk via PostNL aan Fietsenwinkel.nl zouden worden afgedragen. De boekhouder van ParcelPlus had wel de opdracht om wekelijks overzichten te maken en voor wekelijkse afdrachten zorg te dragen, maar dat was volgens het hof bij lange na niet toereikend als waarborg om te voorkomen dat

de remboursbetalingen voor andere doeleinden werden aangewend. Als bestuurder was X verantwoordelijk voor een behoorlijke omgang met de gelden die door ParcelPlus werden ontvangen, maar die niet bestemd waren voor de bedrijfsvoering van ParcelPlus. Het hof noemt een aantal voorbeelden, waaronder het gebruik van een aparte bankrekening, om waarborgen in te bouwen. Van een dergelijke waarborg is niet gebleken.

X moet als bestuurder ruim voor de betalingsachterstanden geweten hebben dat ParcelPlus sterk verlieslatend was. Verder neemt het hof aan dat het ontbreken van enige toereikende vorm van een waarborg in de bedrijfsvoering, waarmee zou kunnen worden voorkomen dat de remboursbetalingen voor andere doeleinden zouden worden aangewend, is uitgebleven. Die omstandigheden, in samenhang beschouwd, maken dat het vanaf een datum ruim voor de betalingsachterstanden voor X voorzienbaar moet worden geacht dat de in ontvangst genomen remboursbetalingen voor andere doeleinden zouden worden aangewend dan waarvoor zij waren bestemd. Ook was voorzienbaar dat ParcelPlus daardoor haar verplichting om deze betalingen via PostNL af te dragen, niet zou nakomen en dat ParcelPlus geen verhaal zou bieden voor de schadevordering die daardoor voor PostNL zou ontstaan. Aangezien X als bestuurder heeft toegelaten dat deze voorzienbare gang van zaken heeft plaatsgevonden, kan hem volgens het hof persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt. Toen X beseftte dat ParcelPlus sterk verlieslatend was, geruime tijd voor de eerste keer dat de afdracht uitbleef, had hij de dienstverlening van ParcelPlus voor Post NL met betrekking tot het fietsenvervoer moeten staken en een einde moeten maken aan de onverantwoorde situatie.

Deze beoordeling acht het hof niet in strijd met het arrest Beklamel (HR 8 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB 9521, NJ 1990, 286) en het arrest Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZo758). Het betoog dat PostNL misbruik zou hebben gemaakt van haar dominante positie wordt door het hof gepasseerd, omdat de bestuurder tijdig een einde had moeten maken aan de onverantwoorde situatie en hem persoonlijk een ernstig verwijt ervan kan worden gemaakt dat hij dat niet heeft gedaan.

De bestuurder heeft zich ten slotte ook nog beroepen op de eigen schuld in de vorm van de schadebeperkingsplicht van PostNL. De grenzen van de schadebeperkingsplicht worden bepaald door de redelijkheid. Door ernstig verwijtbaar gedrag van de bestuurder is PostNL in de positie gebracht dat haar vordering op ParcelPlus onbetaald en onverhaalbaar blijft. Volgens het hof is het gelet daarop niet redelijk dat de schadevergoedingsplicht zou moeten worden verminderd op de grond dat PostNL zelf niet eerder heeft ingegrepen. Het beroep op eigen schuld is daarmee eerder door de rechtbank terecht verworpen, aldus het hof.

F. van Tilburg

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:74

Zaaknummer: 200.217.784/01

Rechters: A.W.H. Vink, G.C.C. Lewin en D.J. Oranje

Advocaten: E.H.J. Slager en F. Diepraam

Wetsartikelen: 6:162 BW