

ZEVENDE VERSLAG

**OVER DE TOESTAND VAN DE BOEDEL (ex 73a Fw), tevens verslag
als bedoeld in art. 137 Fw**

In het faillissement van:

Partrust Beheer B.V.

Stadionstraat 13-4, 4815 NC Breda

Rechter-Commissaris : mr C. van Steenderen-Koornneef
Curatoren : mr L.J.M. Luchtman te Breda
: mr B.F. Louwerier te Breda

Faillissement uitgesproken op 20 mei 2009

Rechtbank Rotterdam

Faillissementsnummer: 09/330 F

Breda, 14 december 2012



INHOUDSOPGAVE

- 1 Inleiding**
- 2 Het onderzoek naar de administratie en de jaarrekeningen**
- 3 De aanhangige procedures**
- 4 Relatie van de boedel tot SFO en Scarlet met betrekking tot EcoGarant SA en Forest Enterprises Limited**
- 5 Vooruitzichten voor crediteuren**
- 6 Het financiële verslag**



1 INLEIDING

1.1 In de verslagperiode mei 2012 - november 2012 hebben curatoren met name veel aandacht besteed aan:

- De uitwerking van het ondernemingsplan ten behoeve van Forest Enterprise Limited (FEL) te Guyana en de financiering daarvan;
- de verkoop van de teakplantages van Ecogarant Nederlandse Bosbouwgroep S.A. te Costa Rica;
- de voortzetting van de diverse aanhangige procedures;
- voltooiing onderzoek(en) bestuurdersaansprakelijkheid.

In dit zevende verslag zal op genoemde onderdelen nader worden ingegaan.

2 HET ONDERZOEK NAAR DE BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID – DE ADMINISTRATIEVERPLICHTING IN ENGE EN IN RUIME ZIN

2.1 Inmiddels heeft Prof. Drs. J.C.E. van Kollenburg ook zijn rapport uitgebracht met betrekking tot de invulling van de administratieverplichting door de bestuurders in enge en ruime zin ex artikel 2:10 BW. Dit rapport is uitgebracht op 2 augustus 2012.

2.2 Naar de mening van curatoren bevestigt ook dit rapport dat er sprake is van aansprakelijkheid van de bestuurders ex artikel 2:248 BW, artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. Curatoren zullen binnenkort procedures tegen de bestuurders opstarten.

3 DE AANHANGIGE PROCEDURES

In de voorgaande verslagen is overzicht gegeven van de lopende procedures. Ten aanzien van de verschillende procedures valt thans het volgende op te merken.

3.1 In de drie (op de rol gevoegde) hoger beroep procedures tegen Spee en Werensteijn betreffende de kort geding vonnissen van 14 januari 2010 en 12 april 2010 heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch op 29 mei 2012 arrest gewezen (bijlage ..).

Curatoren wijzen om te beginnen op rechtsoverweging 4.11 van het arrest, waarin het gerechtshof uitvoerig gemotiveerd tot het oordeel komt dat de bestuurders van Partrust zich hebben schuldig gemaakt aan (onrechtmatige) misleiding van de beleggers.



Middels r.o. 4.13 oordeelt het gerechtshof op grond van de inhoud van het door BDO Investigations B.V. uitgebrachte rapport ten aanzien van de jaarrekeningen 2006 en 2007, dat deze niet het vereiste inzicht gaven in het vermogen en het resultaat alsmede de solvabiliteit en liquiditeit van Partrust, alsmede dat de financiële situatie van Partrust in 2006 en 2007 dusdanig was dat zij alleen maar kon continueren indien nieuwe obligatiehouders werden gevonden om de rente en aflossingsverplichtingen van bestaande obligatiehouders en de negatieve exploitatie te dekken. Het gerechtshof gaat er dan ook voorshands vanuit dat Spee en Werensteijn (dat geldt daarmee één op één voor Peijer) niet alleen aansprakelijk zijn uit hoofde van artikel 6:162 BW doch ook uit hoofde van artikel 2:248 BW.

In rechtsoverweging 4.14 van het arrest acht het gerechtshof ook het verwijt van curatoren terecht dat Spee en Werensteijn, en ook hier geldt hetzelfde één op één ten aanzien van Peijer, in strijd hebben gehandeld met de op 17 juni 2009 gesloten standstill overeenkomst. Het gerechtshof overweegt dat Spee en Werensteijn door, niet tegenstaande de verklaring van 17 juni 2009, aan de financiers SFO en Scarlet een pandrecht toe te zeggen op de door de houdstermaatschappijen van Spee, Werensteijn en Peijer gehouden aandelen in Ecogarant de verhaalsmogelijkheden van de curator op Spee, Werensteijn en Peijer zijn verminderd.

Het gerechtshof heeft in zijn arrest de veroordeling van Spee en Werensteijn tot levering van de aandelen (middels het kort geding vonnis van 12 april 2010) vernietigd, enkel omdat later feitelijk is komen vast te staan dat zij op het moment van de veroordeling in de feitelijke onmogelijkheid verkeerden om aan die veroordeling te voldoen. Het gerechtshof overweegt in r.o. 5.2 wel dat de proceskostenveroordeling van de eerste aanleg zal worden bekrachtigd, nu Spee en Werensteijn het aan zichzelf te wijten hebben dat zij zijn veroordeeld tot verkoop en overdracht van de aandelen in Ecogarant, aangezien zij pas na het vonnis van 12 april 2010 (voldoende) duidelijkheid hebben verschaft over de verkoop en overdracht van die aandelen. Zij hebben zelfs doelbewust gewacht met het informeren van de curator ter zake.

- 3.2 In de door curatoren aangespannen bodemprocedure tegen SFO, Scarlet, De Boer, Voormolen, Vistra en Van Rijn hebben curatoren, overeenkomstig de in vorige verslagen gemelde samenwerking tussen de boedel met SFO en Scarlet, De Boer en Voormolen de tegen deze partijen ingestelde vorderingen ingetrokken. De procedure tegen partijen Vistra en Van Rijn wordt voortgezet. Curatoren hebben in september



2012 een conclusie van repliek ingediend, waarbij zij het door hen gevorderde voorschot op schadevergoeding nader hebben gespecificeerd tot een bedrag van circa € 3.000.000,00. De procedure staat thans voor dupliek aan de zijde van Vistra en Van Rijn.

- 3.3 De bij de rechtbank Breda aanhangige procedure tussen curatoren en Van Rijn en zijn echtgenote over de toedeling door Van Rijn aan zijn echtgenote op 24 december 2010 van de onverdeelde helft van enkele onroerende zaken, één en ander hangende het geschil over de verbeurte van dwangsommen, staat op de parkeerrol van 3 april 2013. De rechtbank heeft aangegeven in de verschillende aanhangige "Partrust procedures" tegelijkertijd uitspraak te zullen doen, aangezien in de verschillende procedures voor een belangrijk gedeelte hetzelfde feitencomplex aan de orde is.
- 3.4 Hetzelfde geldt voor de bij de rechtbank Breda aanhangige procedure tegen de echtgenote van Spee, mevrouw C. Nouwen. Ook deze procedure staat thans voor vonnis op de parkeerrol van 3 april 2013.
- 3.5 Volledigheidshalve melden curatoren dat zij in de afgelopen verslagperiode ook nog een kort geding hebben moeten voeren tegen voormalig bestuurder Peijer, waarin van hem nakoming is gevorderd van de door de boedel met Peijer gesloten overeenkomst van 5 november 2009 strekkende tot koop en levering van de door Peijer (indirect) gehouden aandelen in Ecogarant. Bij vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda van 7 september 2012 is Peijer daartoe veroordeeld. Door Peijer is vervolgens uitvoering aan dit vonnis gegeven.

4 RELATIE VAN DE BOEDEL TOT SFO EN SCARLET MET BETREKKING TOT ECOGARANT SA EN FOREST ENTERPRISES LIMITED (FEL)

- 4.1 Zoals eerder gemeld, heeft de boedel in het najaar 2011 een samenwerkingsovereenkomst gesloten met SFO en Scarlet en daarbij de vorderingen, die door de boedel tegen beide waren ingesteld, ingetrokken. Vervolgens is de boedel doende geweest om, nu zij met die overeenkomst pas toegang kreeg tot de informatie met betrekking tot FEL, overgegaan tot een inventarisatie en analyse van die positie. Daartoe had zij Houtimport Aan de Vecht (gebroeders Van Olst) te Hardenberg gevraagd een rapport te maken, nadat de heren Van Olst daar al eerder in het najaar



2011 waren geweest voor een voorlopige inventarisatie.

Vervolgens is een plan gemaakt met betrekking tot de mogelijke exploitatie van de concessie in Guyana. Een uitwerking van dat plan was echter niet mogelijk, omdat Peijer weigerde om de door hem aan de boedel verkochte aandelen in Ecogarant S.A. in eigendom aan de boedel te leveren. Zoals eerder gemeld, heeft Peijer die aandelen in november 2009 aan de boedel verkocht, maar kon de eigendom van die aandelen toen niet geleverd worden, omdat daar destijds ten onrechte een pandrecht op was gevestigd ten behoeve van SFO en Scarlet. Door de totstandkoming van de samenwerkingsovereenkomst zou ook het pandrecht vervallen.

Daarom is als vervolg op die samenwerkingsovereenkomst aan Peijer gevraagd om de eigendom van de aandelen onmiddellijk te leveren. Peijer gaf aanvankelijk de indruk dat hij daaraan mee wilde werken en heeft zelfs toegezegd daar aan op korte termijn mee te werken, doch uiteindelijk, toen puntje bij paaltje kwam, deed hij dat niet. De boedel was toen genoodzaakt om een kort geding tegen Peijer aanhangig te maken tot levering van die aandelen. Dat kort geding heeft plaatsgevonden eind augustus 2012 en de vordering van de boedel is toegewezen bij vonnis van 7 september 2012 (zie hiervoor onder 3.5).

Voordat de levering van de eigendom definitief een feit was, was het inmiddels al oktober 2012. Die levering van de eigendom was essentieel, omdat zonder de eigendom van de aandelen, die Peijer bezat, een financiering van FEL risicovol zou blijven. Na die levering is, weliswaar met vertraging, een aanvang gemaakt met de exploitatie van de Bosbouwconcessie in Guyana.

Deze exploitatie is door FEL ter hand genomen in samenwerking met Wood B.V., een vennootschap verbonden met de gebroeders Van Olst. Door de al eerder opgetreden vertraging is natuurlijk ook de uitvoering van de exploitatie vertraagd. Echter, het vooruitzicht is dat daarmee, na het afsluiten van de voorbereidende werkzaamheden, in januari 2013 definitief kan begonnen worden.

Tegelijkertijd is FEL benaderd door een buitenlandse partij met de vraag of deze een deel van de concessie gedurende een of meerderjarige periodes, uiteraard tegen een adequate vergoeding, mag exploiteren. De concessie is zo omvangrijk dat FEL fysiek en logistiek absoluut niet in staat is om onmiddellijk de hele concessie te exploiteren



noch afgezien van het feit dat FEL niet zomaar over de financiën beschikt om de daarmee samenhangende investeringen op te brengen. Die financiën zijn natuurlijk voor een groot gedeelte eerder teloor gegaan doordat in feite tussen juli 2009 en medio 2012 grote bedragen zijn besteed, die niet tot een daadwerkelijke opbrengst hebben geleid, omdat gedurende die periode de in juli 2009 onrechtmatig verkregen posities zulks belemmerden.

Inmiddels zijn er meerdere besprekingen geweest met deze buitenlandse partij. Als met die partij tot overeenstemming kan worden gekomen betekent dat een verdere verbetering van de liquiditeitsstroom.

Situatie Ecogarant Nederlandse Bosbouwgroep S.A. te Costa Rica

- 4.2 Zoals al eerder gezegd, is het niet mogelijk om de twee teakhoutplantages van Ecogarant in Costa Rica te onderhouden, omdat daarvoor eenvoudig de liquiditeiten ontbreken. De boedel heeft, zoals ook reeds gemeld, daarover contact gezocht met de heer Tromp, die ook voor curatoren in andere faillissementen met belangen in Costa Rica heeft gewerkt aan eventuele verkoop van die teakhoutplantages.

Door Ecogarant S.A. is (met instemming van de boedel en de rechter-commissaris) de verkoop van die teakhoutplantages in gang gezet en dat heeft ertoe geleid dat deze zijn verkocht voor \$ 700.000 aan bruto opbrengst.

Complicerende factor was aanvankelijk het vruchtgebruik van Stideco. Omdat dat vruchtgebruik niet tot waarde uit zou kunnen groeien, omdat nu eenmaal het onderhoud, dat al een aantal jaren achterstallig was, niet kon worden gefinancierd, is besloten om dit vruchtgebruik te beëindigen ten einde de verkoop aldus mogelijk te maken.

Ecogarant is direct belanghebbende in FEL. Teneinde FEL van financieringsmiddelen te voorzien, wordt de opbrengst van deze verkoop onder stringente voorwaarden ter beschikking gesteld van FEL, om aldus uiteindelijk te bereiken dat aan crediteuren wellicht een uitkering kan worden verstrekt.



VOORUITZICHTEN VOOR CREDITEUREN

- 5.1 De uitgangspunten, zoals de in het vorige verslag zijn vermeld, blijven onverminderd van kracht. In feite is de boedel nu pas in de positie waarin ze eigenlijk al 3 jaar geleden had moeten verkeren: vele belemmeringen en procedures zijn nodig geweest om hier te komen. Hopelijk gaat deze positie nu vruchten afwerpen.
- 5.2 De positie ten opzichte van Triodos Bank is nog steeds voorwerp van nader onderzoek. De feitelijke positie van diverse betrokkenen speelt daarbij een rol. Dat onderzoek kost meer tijd dan aanvankelijk gedacht.

6 HET FINANCIEELVERSLAG

- 6.1 Als **bijlage** is aangehecht het financieel verslag waaruit met name moet blijken hoe de gelden, die ter beschikking zijn gesteld uit hoofde van de garantieregeling, zijn aangewend.

Breda, 14 december 2012



Mr L.J.M. Luchtman en mr B.F. Louwerier
Curatoren Partrust Beheer B.V.

arrest

GERECHTSHOF 'S-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummers gerechtshof 200.059.537, 200.064.248 en 200.064.808
(zaaknummers rechtbank 212234 en 215948)

arrest in kort geding van 29 mei 2012

in de zaak (met nr. 200.059.537) van

1. Paulus Johannes Maria Spee,
wonende te Etten-Leur,
appellant,
hierna: Spee,
advocaat: mr. J.M. Rommes,

2. Willem Werensteijn,
wonende te Zoetermeer,
appellant,
hierna: Werensteijn,
advocaat: mr. J.E.C. Reuser,

tegen:

1. Mr. Leonard Jozef Marie Luchtman,
2. Mr. Bart Floris Louwerier,
beiden in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Partrust Beheer B.V.**,
beiden wonende te Breda,
geïntimeerden,
hierna ook wel (afzonderlijk dan wel gezamenlijk): de curator,
— advocaat: mr. B.J.M.P. Cremers;

in de zaak (met nr. 200.064.248) van

Willem Werensteijn,
wonende te Zoetermeer,
appellant,
hierna: Werensteijn,
advocaat: mr. J.E.C. Reuser,

tegen:

1. Mr. Leonard Jozef Marie Luchtman,
2. Mr. Bart Floris Louwerier,
beiden in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Partrust Beheer B.V.**,
beiden wonende te Breda,

geïntimeerden,
hierna ook wel (afzonderlijk dan wel gezamenlijk): de curator,
advocaat: mr. B.J.M.P. Cremers;

en in de zaak (met nr. 200.064.808) van

Paulus Johannes Maria Spee,
wonende te Etten-Leur,
appellant,
hierna: Spee,
advocaat: mr. J.M. Rommes,

tegen:

1. Mr. Leonard Jozef Marie Luchtman,
2. Mr. Bart Floris Louwerier,
beiden in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap
met beperkte aansprakelijkheid **Partrust Beheer B.V.,**
beiden wonende te Breda,
geïntimeerden,
hierna ook wel (afzonderlijk dan wel gezamenlijk): de curator,
advocaat: mr. B.J.M.P. Cremers.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor de gedingen in eerste aanleg verwijst het hof, wat betreft de zaak met nummer 200.059.537, naar de inhoud van het vonnis in kort geding van 14 januari 2010 (zoals verbeterd bij herstellvonnis van 18 januari 2010) dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Breda in de procedure met zaaknummer 212234 tussen mr. Luchtman q.q. als eiser en Spee en Werensteijn (naast medegedaagden F.M.J. van Rijn en Vistra Netherlands BV) als gedaagden heeft gewezen, en, wat betreft de zaken met nummers 200.064.248 en 200.064.808, naar het vonnis in kort geding van 12 april 2010 dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Breda in de procedure met zaaknummer 215948 tussen mr. Luchtman q.q. als eiser en Spee en Werensteijn als gedaagden heeft gewezen. Van die vonnissen is een fotokopie aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure met zaaknummer 200.059.537 blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 10 februari 2010,
- de memories van grieven van Spee en Werensteijn (met producties),
- de memorie van antwoord (met producties),
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities en het proces-verbaal, en de ten behoeve van dat pleidooi gezonden brief van de zijde van de curator van 9 november 2011 met daarbij producties 1 tot en met 8.

2.2 Het verloop van de procedure met zaaknummer 200.064.248 blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 29 april 2010,
- de memorie van grieven van Werensteijn,

- de memorie van antwoord (met producties),
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities en het proces-verbaal, de ten behoeve van dat pleidooi gezonden brief van de zijde van de curator van 9 november 2011 met daarbij producties 1 tot en met 8, en de brief van de zijde van Werensteijn van 8 februari 2012 met daarbij producties 47 tot en met 52.

2.3 Het verloop van de procedure met zaaknummer 200.064.808 blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 27 april 2010,
- de memorie van grieven van Spee (met producties),
- de memorie van antwoord (met producties),
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities en het proces-verbaal, en de ten behoeve van dat pleidooi gezonden brief van de zijde van de curator van 9 november 2011 met daarbij producties 1 tot en met 8.

2.4 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald (op één dossier).

3. De vaststaande feiten

3.1 Partrust Beheer BV (hierna: Partrust) hield zich bezig met het aantrekken van gelden op de openbare markt door middel van door haar uit te geven obligaties, welke gelden volgens de prospectus werden belegd in door Partrust geselecteerde ondernemingen, waaronder een houtplantage in Costa Rica en een bosbouwconcessie in Brits Guyana. Deze gelden werden deels belegd via de grootmoedermaatschappij van Partrust, SWP Holding BV, waarvan P.J.M. Spee, W. Werensteijn en W.E.H. Peijer directeur/aandeelhouder waren en welke vennootschap ook in staat van faillissement verkeert. In totaal is er door de obligatiehouders circa € 28.200.000,- ingelegd. Spee en Peijer waren bestuurders van Partrust.

3.2 Op 3 januari 2006 heeft Fortis-bank de relatie met Partrust opgezegd. Fortis had, in verband met een door haar van de AFM ontvangen informatieverzoek, aan Partrust verzocht de verdenking van onrechtmatig 'piramideren' weg te nemen door verstrekking van genoegzame informatie over de geldstromen. Partrust voldeed hieraan naar het oordeel van Fortis niet. Partrust heeft in kort geding gevorderd deze opzegging ongedaan te maken. Deze vordering is bij vonnis van 6 april 2006 door de voorzieningenrechter afgewezen.

3.3 De vennootschap naar het recht van Brits Guyana, Forest Entreprises Ltd. (hierna: FEL) is concessiehouder in Brits Guyana en heeft de bedoeling die concessie te exploiteren. De aandelen van FEL zijn voor 60% in handen van Ecogarant Nederlandse Bosbouwmaatschappij SA, gevestigd te Costa Rica (hierna: Ecogarant). De aandelen van Ecogarant worden in drie gelijke porties gehouden door de persoonlijke houdstermaatschappijen van Spee, Werensteijn en Peijer. Partrust heeft geen vennootschappelijke relatie met Ecogarant.

3.4 Ecogarant en Partrust zijn op 19 juli 2006 overeengekomen dat Partrust een royalty zou krijgen, gelijk aan 50% van de winstrechten die Ecogarant als gevolg van haar aandelenbelang in FEL zouden toekomen. Artikel 5 van deze overeenkomst luidt:

- "Ecogarant is verder gerechtigd deze overeenkomst eenzijdig te ontbinden indien:
- Partrust Beheer een verzoek tot het verlenen van surséance indient en ten tijde van surséance;
 - Partrust Beheer in staat van faillissement wordt verklaard."

3.5 De brochure "Partrust Green" van november 2006 vermeldt onder meer:
"Forest Enterprises Ltd. is een vennootschap naar Guyanees recht met een Nederlandse directie en Nederlandse aandeelhouders. De directie is aangesteld door ParTrust Beheer B.V. en de aan haar gelieerde vennootschap EcoGarant Nederlandse Bosbouwgroep S.A. te Costa Rica. De aandelen van FEL zijn in 2006 voor 60% overgedragen aan ParTrust Beheer B.V. en EcoGarant Nederlandse Bosbouwgroep S.A. en voor 40% in bezit van in totaal drie andere Nederlandse natuurlijke rechtspersonen."

3.6 De toezichthouder AFM heeft, in verband met een door Partrust in het najaar van 2008 aan de beleggers gedaan conversievoorstel, een onderzoek verricht naar de naleving van de Wet handhaving consumentenbescherming door Partrust. Paragraaf 6 van de onderzoeksrapportage van 13 maart 2009 luidt:

"(...) De AFM is van oordeel dat Partrust haar beleggers niet de informatie verstrekt, die de beleggers in staat stellen een geïnformeerd besluit te nemen over het uitoefenen van hun contractuele rechten in verband met de obligatieovereenkomsten en het herstructureringsvoorstel, dan wel over het accepteren van het herstructureringsvoorstel. De AFM baseert dit oordeel op het volgende:

- De AFM is van oordeel dat Partrust ten aanzien van haar financiële huishouding niet *in control* is. Partrust heeft daardoor geen betrouwbaar inzicht in haar actuele financiële situatie. De jaarrekening over 2007 is nog in de conceptfase; de gegevens in de conceptjaarrekening 2007 wijken af van de boekhoudgegevens die Partrust heeft overgelegd. Partrust heeft aan de AFM kenbaar gemaakt dat het boekjaar 2008 nog niet is afgesloten en geeft aan dat nog boekingen moeten plaatsvinden. Partrust heeft in het kader van het conversievoorstel vereenvoudigde "geprognosticeerde" balansen van Partrust Beheer B.V., die in dit onderzoeksrapport in paragraaf 4.2 zijn opgenomen, aan de beleggers verstrekt. Deze balansen geven geen inzicht in de actuele financiële positie, zoals liquiditeitspositie, en opbouw en samenstelling van de activa en het eigen vermogen. De balansen geven uitsluitend een beeld van de wijziging in het eigen vermogen in de toekomst na conversie zoals geprognosticeerd door Partrust.

- De AFM heeft vastgesteld dat de gepubliceerde jaarrekening over 2006 op onderdelen in strijd met de wet is opgemaakt. Dit betreft de onderdelen:

- gegevens deelnemingen;
- uitsplitsing eigen vermogen, waaronder de herwaarderingsreserve;
- informatie over langlopende schulden, waaronder rentepercentage en resterende looptijd;
- zekerheden bij langlopende schulden;
- informatie over uitstaande vorderingen.

Bovengenoemde informatie geeft inzicht in de wijze waarop Partrust de aangetrokken gelden uitzet en beheert, welke zekerheden zij heeft verworven en wat de waarde-ontwikkeling van de investeringen is.

- De AFM heeft daarnaast vastgesteld dat de gedeponeerde jaarrekening afwijkt van de gegevens uit haar boekhouding die Partrust aan de AFM heeft verstrekt.

- De beleggers kunnen er niet op vertrouwen dat de gepubliceerde jaarrekening over 2006 een juist en getrouw beeld geeft van de financiële situatie van Partrust over 2006. De jaarrekening over 2006 is de laatst gepubliceerde jaarrekening.

- De tekortkomingen en mogelijke tekortkomingen die de AFM in de jaarrekening over 2006 heeft aangetroffen, heeft de AFM ook in de concept Publicatiestukken 2007 aangetroffen. Dat brengt naar het oordeel van de AFM met zich mee dat Partrust geen zekerheid heeft kunnen bieden over de juistheid van de tot op heden verstrekte financiële informatie. Daarnaast en daardoor heeft Partrust haar beleggers een onjuiste en niet getrouwe jaarrekening over 2006 verstrekt en heeft Partrust haar beleggers over 2007 en 2008 niet, althans, onvolledig

geïnformeerd over de financiële positie van Partrust.

De AFM kwalificeert informatie over de verhouding tussen de inleg en de investeringen, de verhouding tussen de netto inleg en de uitbetalingen aan beleggers, de gerealiseerde kasstromen en de actuele financiële situatie van Partrust, die de beleggers nodig hebben om een geïnformeerd besluit te kunnen nemen over het uitoefenen van hun contractuele rechten in verband met de obligatie-overeenkomsten en het herstructureringsvoorstel, dan wel over het accepteren van het herstructureringsvoorstel, als essentiële informatie in de zin van artikel 6:193d, tweede lid, BW. Gelet op het voorgaande is de AFM van oordeel dat Partrust geen essentiële informatie aan haar beleggers heeft verstrekt."

3.7 Partrust heeft in 2008, naar aanleiding van onrust onder haar beleggers en in verband met conversieplannen van de directie van Partrust, een Raad van Advies (RvA) ingesteld, gevormd uit deze beleggers. De RvA heeft in het voorjaar van 2009 een "Eerste voorlopige rapportage en aanbevelingen" aan Partrust verstrekt. Het rapport behelst onder meer de klacht dat Partrust altijd de indruk heeft gewekt dat de investering in Guyana geheel (100% van de 60%) aan Partrust toebehoorde. Het rapport vermeldt onder meer als aanbeveling:

"Het belang in met name Guyana dient volledig ten gunste van de investeerders te komen. Zij hebben de financiering verschaft. Bij hen is de indruk gewekt dat Guyana volledig (zijnde 60%) toebehoort aan Partrust. De eigendoms- en winstrechten dienen op korte termijn integraal aan Partrust te worden overgedragen."

3.8 Bij brief van 6 april 2009 schrijven Spee, Werensteijn en Peijer in reactie hierop aan de RvA onder meer:

"Toekomst: De AH's [Spee, Werensteijn en Peijer, hof] hebben veel eerder besloten hoe zij in de nabije toekomst haar organisatie wensen in te richten:
Juridisch gezien wensen zij het geheel ineen te smeden en de aandelen, rechten en activiteiten onder te brengen onder één noemer, ParTrusT Beheer BV die onder ParTrusT Holding hangt. Daarmee is de discussie van de rechten in Guyana of waar dan ook niet opportuun en alle conclusies daaromheen voorbarig en niet terecht."

3.9 Bij beschikking van de rechtbank Rotterdam van 20 mei 2009 is de aan Partrust, bij beschikking van 10 april 2009, verleende voorlopige surséance van betaling ingetrokken en is Partrust gelijktijdig in staat van faillissement verklaard, waarbij twee curatoren zijn aangesteld (waaronder curator sub 1). Partrust is van de beschikking van 20 mei 2009 in hoger beroep gegaan bij het hof te 's-Gravenhage. Partrust heeft, omdat zij de crediteuren een voorstel wilde doen, uitstel verzocht en verkregen van de mondelinge behandeling in hoger beroep.

3.10 Mr. Luchtman q.q. mailde op 4 juni 2009 aan Spee:

"Ik begrijp dat u druk doende bent met het formuleren van een voorstel. Voor curatoren is het van het grootste belang dat de diverse posities binnen de groep van vennootschappen niet gaan schuiven. Als dat zo zou zijn, dan is het hoger beroep al helemaal kansloos. In dat verband vroeg ik in het kader van een mogelijke overeenkomst, waarvan ik het concept aan mr. Andriessen op 29 mei 2009 heb toegezonden, om een verklaring zoals hiervoor geciteerd."

3.11 Op 16 juni 2009 heeft een bespreking plaatsgevonden waarbij aanwezig waren Spee, mr. Cremers namens curator Luchtman, mr. Van der Knijff namens (toen nog) curator Kessels, en Frans van Rijn (hierna: Van Rijn).

3.12 Bij e-mail van 16 juni 2009 heeft mr. Cremers aan Spee geschreven (met cc aan onder meer curator Luchtman):

“(...) U heeft aangegeven dat er twee (...) financiers bereid zijn om u in privé (initieel) een bedrag van € 200.000,- te lenen, teneinde daarmee een eerste aanzet te kunnen geven aan het “vlot trekken” van de houtconcessie in Forest Enterprises Limited (...). Alhoewel curatoren in formele zin geen zeggenschap hebben over het door u voorgestelde achten zij het in het belang van de boedel om nauw betrokken te blijven bij deze hele operatie. Dat past ook in de nogmaals door u uitgesproken intentie om in goed en nauw overleg met curatoren te komen tot een uiteindelijke oplossing die neerkomt op bevrediging van de crediteuren van failliet. In dat verband het volgende. (...)

3. Tenslotte wensen wij dat er van uw zijde toch een verklaring wordt ondertekend in verband met de komende “stand still” periode tot aan de uitspraak in hoger beroep omtrent intrekking van de surséance. Wij zijn bereid om in dat verband de door u voorgestelde tekst (uw mail aan mr. Luchtman van 5 juni jl.) te accepteren, indien daaraan wordt toegevoegd dat het “voortijdig informeren van curatoren” inhoudt dat zulks op een dusdanig tijdstip zal geschieden dat curatoren in staat zullen zijn zich omtrent de handelingen een mening te vormen en zo nodig actie te ondernemen. (...)”

3.13 Bij e-mail van 17 juni 2009 antwoordt Spee als volgt op voormeld bericht:

“Geachte heer Cremers en Van der Knijff,
Allereerst dank voor uw onderstaande reactie. Ik mail u alvast de tekst die ik vandaag ondertekend per telefax aan u zal doen toekomen. Mijn medevennoten, de heren Eddie Peijer en Willem Werensteijn, zijn eveneens akkoord met onderstaande tekst en zullen spoedig voor mede-ondertekening zorgdragen.
Ik vertrouw u hiermee van dienst.
Hoogachtend en met vriendelijke groet,
Paul Spee

Ondergetekenden verklaren dat curatoren er van uit mogen gaan dat in de periode vanaf heden tot aan de uitspraak omtrent de intrekking van de surseance in hoger beroep, beschikkingshandelingen en beheersbehandelingen buiten de boedel van ParTrust Beheer B.V., slechts zullen plaatsvinden voor zover deze ten faveure zijn of komen van de crediteuren van ParTrust Beheer B.V.

De curatoren zullen van deze handelingen dusdanig voortijdig op de hoogte gesteld worden zodat zij zich omtrent deze handelingen een mening kunnen vormen en zo nodig actie kunnen ondernemen.

Wij bevestigen onze intentie om in goed en nauw overleg met curatoren te komen tot een uiteindelijke oplossing die neerkomt op bevrediging van de crediteuren en meer specifiek de beleggers in ParTrust Beheer B.V.

Aldus etc.

SWP Holding BV

Spee, Werensteijn en Peijer”

3.14 Op 9 juli 2009 heeft Spee twee Secured Loan Agreements and Partnership Terms (hierna: SLA's) gesloten met twee financiers, SFO Investments Ltd. en Scarlet Carribean Investments N.V. (hierna: SFO en Scarlet). Beide financiers leenden daarbij een bedrag van € 300.000,- aan Spee (met een borgstelling door Werensteijn), ter zekerheid waarvoor zij een pandrecht op alle aandelen in Ecogarant zouden verkrijgen. Van Rijn, sinds 2008 als senior adviseur verbonden aan Vistra Netherlands (hierna: Vistra), is bij de SLA's als

vertegenwoordiger van SFO en Scarlet opgetreden.

In de SLA's is onder meer vermeld:

"As security for the loan amount, interest and costs, the Parties have discussed and agreed the following items:

- fully registered pledge of 100% of the issued shares of Ecogaran Nederlandse Bosbouwgroep SA;
- the immediate appointment of a representative of the Creditor in the Board of directors of ENB [Ecogaran, hof] as well as FEL with full executive powers; (...)"

3.15 In de op 31 juli 2009 gehouden aandeelhoudersvergadering van FEL zijn Spee en Van Rijn ingevolge de SLA's benoemd tot leden van de Board of Directors van FEL.

3.16 Bij overeenkomst van 31 juli 2009 heeft FEL voor € 1,- aan Confianza Management Services BV (hierna: Confianza), waarvan Vistra enig bestuurder was, de alleenverkooprechten verstrekt ten aanzien van haar hout.

3.17 De onder 3.9 vermelde beschikking van de rechtbank Rotterdam van 20 mei 2009 is bij beschikking van 18 augustus 2009 door het hof te 's-Gravenhage bekrachtigd.

3.18 Bij het kort gedingvonnis van 14 januari 2010 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Breda, voor zover hier van belang, de volgende geboden opgelegd:

"De voorzieningenrechter

6.1 gebiedt Spee en Werensteijn:

- a. om binnen 48 uur na betekening van dit vonnis hun functies als bestuurder of anderszins in de vennootschappen FEL en Ecogaran neer te leggen;
 - b. om binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis de heer Van Rijn als bestuurder van FEL te (doen) ontslaan;
 - c. om binnen 7 dagen na betekening van dit vonnis schriftelijk mededeling te doen van de uitvoering van de onder (i) gelaste geboden en om binnen 21 dagen na betekening van dit vonnis schriftelijk mededeling te doen van de uitvoering van de onder (ii) gelaste geboden aan de in Costa Rica daartoe geëigende instanties, zoals het Commercial Register, de "company lawyer" Carlos Pacheco en daarvan binnen 48 uur na die schriftelijke mededeling schriftelijk mededeling te doen aan de curator;
 - d. mee te werken aan de benoeming van c.q. te benoemen een door de curator aan te wijzen persoon tot bestuurder van Ecogaran, zulks binnen 48 uur nadat de curator de naam van die persoon aan Spee en Werensteijn schriftelijk heeft medegedeeld en mee te werken aan de benoeming van c.q. te benoemen een door de curator aan te wijzen persoon tot bestuurder van FEL, zulks binnen 21 dagen nadat de curator de naam van die persoon aan Spee en Werensteijn schriftelijk heeft medegedeeld;
- bepaalt dat gedaagden hoofdelijk een dwangsom verbeuren van € 250.000,- bij niet tijdige voldoening aan elk van de te geven geboden en van € 5.000,- per kalenderdag of gedeelte daarvan dat zij niet aan deze veroordeling voldoen; zulks tot een maximumbedrag aan te verbeuren dwangsommen van € 5.000.000,-;

6.2 gebiedt Van Rijn en Vistra Netherlands BV om binnen 48 uur na betekening van dit vonnis de gevolgen van de uitvoering van het ten behoeve van Spee gesloten financieringsarrangement, zoals opgenomen in de Secured Loan Agreement and Partnership terms van 9 juli 2009, teniet te doen door:

- a. de pandrechten op de aandelen Ecogaran te (doen) opheffen middels de daartoe naar het recht van Costa Rica te nemen maatregelen,
- b. terug te treden c.q. terug te doen treden uit de functie die Van Rijn dan wel een door hem

dan wel Vistra Netherlands BV ingevolge het financieringsarrangement aangestelde andere persoon bekleedt als uitvloeisel van de Secured Loan Agreement;
c. geen (verdere) uitvoering te geven aan de Exclusive Sales Agreement, op 31 juli 2009 gesloten tussen FEL en Confianza Management Services NV, vertegenwoordigd door Vistra (Curaçao) NV;
d. aan de curator schriftelijk mededeling te doen dat aan de sub a, b en c uit te spreken geboden is voldaan c.q. voldaan zal blijven worden;
bepaalt dat Van Rijn en Vistra Netherlands BV hoofdelijk een dwangsom van € 250.000,- verbeuren bij niet tijdige voldoening aan elk van de te geven geboden en van € 5.000,- per kalenderdag of gedeelte daarvan dat zij niet aan deze veroordeling voldoen; zulks tot een maximumbedrag aan te verbeuren dwangsommen van € 1.000.000,-;
6.3 gebiedt Spee, Werensteijn, Van Rijn en Vistra Netherlands BV om binnen 7 dagen na betekening van dit vonnis mee te werken aan de door de curator gewenste levering van de onbezwaarde eigendom van de door de curator van Peijer c.q. de door hem gecontroleerde vennootschap gekochte aandelen in Ecogarant;
bepaalt dat Spee, Werensteijn, Van Rijn en Vistra Netherlands BV hoofdelijk een dwangsom van € 500.000,- verbeuren bij niet tijdige voldoening aan het te geven gebod en van € 5.000,- per kalenderdag dat zij niet aan deze veroordeling voldoen; zulks tot een maximumbedrag aan te verbeuren dwangsommen van € 5.000.000,-.
(...)"

3.19 Spee heeft bij brief van 25 februari 2010 aan FEL, ter attentie van de heren T. Drepaal en B. Scotland (manager en company lawyer van FEL) medegedeeld:

"I herewith confirm that Mr. Peter van der Wiel resigned as manager of Forest Enterprises Limited in January 2010 and that we accepted his resignation. Therefore Mr. Peter van der Wiel is not powered anymore to represent the company. To prevent any misunderstandings and or liabilities for Mr. Peter van der Wiel you are authorised to change all official documents in this respect."

3.20 Ter uitvoering van een op 27 februari 2010 gedateerde overeenkomst tot aflossing van schulden, door Spee en Werensteijn gesloten met M.A. de Boer, de 'ultimate beneficiary owner' van SFO en bij deze overeenkomst tevens handelend als gevolmachtigde van Scarlet, heeft De Boer (namens SFO en Scarlet) op 11 maart 2010 de SLA's opgezegd en zijn op 16 maart 2010 de aandelen die Spee en Werensteijn hielden in hun persoonlijke houdstermaatschappijen overgedragen aan SFO respectievelijk Scarlet.

3.21 Bij e-mail van 23 maart 2010 heeft Spee aan onder meer De Boer, Van Rijn en Werensteijn geschreven:

"(...) Afgelopen maandag hebben wij met Spigthoff gesproken waarbij nu o.a. de vervolgstrategie aan de orde is. Mr. Frank 't Hart is voornemens om zo lang mogelijk uit te stellen aan Luchtman mee te delen dat de aandeelhouders positie is gewijzigd. Ik ben het daar mee eens. (...)"

3.22 Op verzoek van (de advocaten van) de bestuurders van Partrust heeft Deloitte een onderzoek naar de besteding van de ingelegde gelden in Partrust gedaan, waarover zij op 26 maart 2010 heeft gerapporteerd. In dat rapport is onder 'samenvatting' onder meer opgenomen:

"Uit de financiële administratie blijkt dat zowel het totaal van de ingelegde gelden als het totaal van de bestedingen tot en met het jaar 2008 circa € 28,2 miljoen bedraagt. Een bedrag van € 27,7 miljoen is aan ingelegde gelden (per saldo) voor obligatieleningen ontvangen en voor

€ 0,5 miljoen aan overige leningen. De bestedingen bestaan volgens de administratie voor € 11,5 miljoen aan verschuldigde rente, voor € 3,8 miljoen aan exploitatiekosten, voor € 13,3 miljoen aan verstrekte leningen, beleggingen en rekening courantvorderingen, alsmede voor - € 0,4 miljoen aan overlopende passiva posten.”

3.23 BDO Investigations B.V. heeft op verzoek van de curator een onderzoek naar de administratie van Partrust gedaan en heeft op 7 november 2011 een rapport van feitelijke bevindingen inzake het actualiseren en afronden van de inventarisatie van de administratie van Partrust en een rapport inzake Partrust aangaande het voldoen aan de verslaggevings- en deponeringsvoorschriften met betrekking tot de jaarrekening uitgebracht. In laatstgenoemd rapport is onder meer het volgende opgenomen:

“2.5 OORDEEL OF JAARREKENING IS OPGEMAAKT OP BASIS VAN BW2 TITEL 9

Hierna vatten we de bevindingen van de voorgaande paragrafen samen voor wat betreft de effecten op het gepresenteerde resultaat, het gepresenteerde vermogen en de gepresenteerde liquiditeitspositie over de boekjaren 2006 en 2007.

2.5.1 effect op het resultaat

	2006	2007
(...)		
Resultaat volgens jaarrekening	-€ 5.697.520	-€ 1.697.383
a) correctie ongerealiseerde waardeveranderingen van beleggingen	-€ 518.035	-€ 597.293
b) dubieuze vorderingen	-€ 2.507.471	-€ 33.800
Gecorrigeerd resultaat	-€ 8.723.026	-€ 2.328.476
(...)		

2.5.2 effect op het vermogen

	2006	2007
(...)		
Vermogen volgens de jaarrekening	€ 10.322.184	€ 8.624.802
a) correctie ongerealiseerde waardeverandering vruchtgebruik Costa Rica (exclusief aanschafwaarde ad. € 735.000)	-€ 3.169.000	-€ 3.766.174
b1) correctie activering concessie Guyana	-€ 19.163.085	-€ 19.163.085
b2) correctie latente belastingverplichting herwaardering concessie	€ 2.874.473	€ 2.874.473
c) correctie dubieuze vorderingen	-€ 2.507.471	-€ 2.541.271
Gecorrigeerd vermogen	-€ 11.642.899	-€ 13.971.255
(...)		

2.5.3 effect op de liquiditeit

Het netto werkkapitaal volgens de jaarrekeningen kan als volgt worden berekend:

	2006	2007
(...)		
Netto werkkapitaal	€ 1.659.703	€ 3.028.159
(...)		

Indien we het besproken van de paragrafen hierin doorvoeren in de cijfers ontstaat echter een ander beeld.

	2006	2007
(...)		
Gecorrigeerd netto werkkapitaal	-€ 4.847.768	-€ 3.913.112
(...)		

2.5.4 Totaalevaluatie

De jaarrekeningen over 2006 en 2007 bevatten diverse gebreken op het gebied van zowel de inrichting, de rubricering, de waardering van activa en passiva en de opgenomen toelichtingen. Bij gevolg hebben de jaarrekeningen van Partrust Beheer B.V. over 2006 en 2007 niet het vereiste inzicht gegeven in vermogen en resultaat alsmede de solvabiliteit en de liquiditeit zoals bedoeld in artikel 362 lid 1 BW 2. Op grond van onze bevindingen is er sprake van relatief

grote afwijkingen in het gepresenteerde resultaat, maar vooral wat betreft het gepresenteerde vermogen. In 2006 en 2007 was reeds sprake van een sterk negatief eigen vermogen. Uiteraard heeft dit ook zijn gevolgen voor het beeld ten aanzien van de solvabiliteit en de liquiditeit van Partrust Beheer B.V. in de jaarrekeningen 2006 en 2007. Feitelijk moest in 2006 en 2007 al in ernstige mate worden getwijfeld aan de continuïteit van Partrust Beheer B.V. op grond van de gecorrigeerde cijfers. Partrust Beheer B.V. kon alleen maar continueren indien nieuwe obligatiehouders werden gevonden om de rente en aflossingsverplichtingen van bestaande obligatiehouders en de negatieve exploitatie te dekken. Vanwege de aard van de beleggingen (overwegend plantages en winstrechten) was er geen direct perspectief op een positieve operationele kasstroom. De jaarrekening 2006 en 2007 bevatten aldus ernstige fouten en schieten in ernstige mate tekort in het geven van een inzicht in omvang en samenstelling van het resultaat en vermogen van Partrust Beheer B.V. zodanig dat gebruikers daarvan zich geen verantwoord oordeel konden vormen over onder andere de liquiditeit en de solvabiliteit.”

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 De voorzieningenrechter heeft in het vonnis van 14 januari 2010 (voorshands) geoordeeld dat Spee en Werensteijn middels de (hierboven onder 3.8 aangehaalde) passage in de brief van 6 april 2009 een rechtens bindende toezegging hebben gedaan jegens de obligatiehouders om hun aandelen in Ecogarant voor een symbolisch bedrag van € 1,- te verkopen aan Partrust. In dat vonnis heeft de voorzieningenrechter voorts geoordeeld dat de levering van de aandelen, en vooruitlopend daarop de gevraagde voorlopige voorzieningen, een passende vorm van schadevergoeding zijn ter (partiële) ongedaanmaking van het nadeel dat voor beleggers is ontstaan doordat Spee en Werensteijn Partrust onbehoorlijk hebben bestuurd (in de zin van artikel 2:248 BW) en onrechtmatig hebben gehandeld jegens de beleggers. Op al die grondslagen heeft de voorzieningenrechter de voorzieningen als aangehaald onder 3.18 sub 6.1 en 6.3 jegens (onder meer) Spee en Werensteijn toegewezen.

4.2 Spee en Werensteijn komen daar, middels het hoger beroep in de zaak met nummer 200.059.537, tegenop. Zij komen voorts, in de zaken met nummers 200.064.808 en 200.064.248, op tegen het kort gedingvonnis van 12 april 2010, waarin, naar aanleiding van hetgeen is beslist in het vonnis van 14 januari 2010, nadere voorlopige voorzieningen zijn toegewezen.

4.3 In het vonnis van 12 april 2010 heeft de voorzieningenrechter Spee en Werensteijn op straffe van verbeurte van een dwangsom geboden om binnen 48 uur na betekening van het vonnis aan de curator schriftelijk mede te delen dat zij onvoorwaardelijk en onherroepelijk zullen meewerken aan de verkoop en overdracht aan de curator voor het bedrag van € 1,- van de door hen, direct of indirect, gehouden aandelen in Ecogarant, onder meer door te verschijnen ten kantore van de curator, alsmede door te voldoen aan alle benodigde formaliteiten. Voorts heeft de voorzieningenrechter, eveneens op straffe van verbeurte van een dwangsom, Spee veroordeeld om binnen 48 uur na betekening van het vonnis een e-mail aan FEL te verzenden met als bijlage een door hem ondertekende brief aan FEL, Drepaal en Scotland, waarbij hij zijn brief van 25 februari 2010 intrekt, en om binnen 48 uur na betekening van het vonnis aan de curator, althans een door hem aan te wijzen derde, de “company books” van Ecogarant te overhandigen.

4.4 Het hof zal eerst ingaan op de grieven tegen het vonnis van 14 januari 2010, welke grieven zich voor gezamenlijke behandeling lenen.

4.5 Met de voorzieningenrechter is het hof van oordeel dat de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt ten aanzien van de jegens Spee en Werensteijn in het vonnis van 14 januari 2010 toegewezen voorzieningen. Het hof verwijst daartoe naar artikel 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; Spee en Werensteijn hebben immers beiden in Nederland hun woonplaats. Ten overvloede geldt nog het volgende. Zowel Partrust als SWP Holding zijn Nederlandse vennootschappen met Nederlandse bestuurders (die in Nederland wonen en werken). De jegens Spee en Werensteijn gevorderde voorzieningen betreffen – kort gezegd – de wijziging van bestuursposities binnen FEL en Ecogarant en medewerking aan de overdracht van de (indirect gehouden) aandelen van Peijer in Ecogarant aan de curator. Ingevolge de SLA's is Van Rijn (naast Spee) benoemd tot bestuurder van FEL en Ecogarant. Deze SLA's zijn tussen Spee en, de eveneens in Nederland wonende en werkende, Van Rijn in Breda tot stand gebracht. Ook Peijer is woonachtig in Nederland. Gelet op het voorgaande moet het er dan ook voor gehouden worden dat de gevorderde voorzieningen vanuit Nederland kunnen worden getroffen, in die zin dat vanuit Nederland instructies kunnen worden verstrekt.

4.6 Met betrekking tot het verweer van Spee en Werensteijn dat de curator de obligatiehouders noch de beleggers kan vertegenwoordigen, doch slechts de gezamenlijke crediteuren, merkt het hof op dat de curator voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de crediteuren vrijwel uitsluitend beleggers zijn en dat hij het belang van de gezamenlijke crediteuren dient door de onderhavige voorzieningen te vorderen.

4.7 Het door Werensteijn bij pleidooi in hoger beroep gevoerde verweer dat de curator niet-ontvankelijk dient te worden verklaard op basis van de exceptio plurium litis consortium, omdat de curator heeft nagelaten Peijer in rechte te betrekken, wordt verworpen reeds omdat het een nieuwe grief betreft die in strijd met de twee-conclusieregel eerst bij pleidooi in hoger beroep naar voren is gebracht, terwijl de curator niet ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat deze grief alsnog in de rechtsstrijd wordt betrokken, en ook overigens niet gesteld of gebleken is dat er grond is voor een uitzondering op de twee-conclusieregel. Ten overvloede merkt het hof nog op dat niet valt in te zien dat dit kort geding, waarin een aantal concrete voorlopige voorzieningen wordt gevorderd, een processueel ondeelbare rechtsverhouding tot voorwerp heeft.

4.8 Wat de inhoudelijke grieven betreft, zal het hof eerst ingaan op de vraag of Spee en Werensteijn jegens de obligatiehouders van Partrust een bindende toezegging hebben gedaan om de aandelen die zij indirect hielden in Ecogarant voor € 1,- te verkopen aan Partrust. Anders dan de voorzieningenrechter acht het hof dat voorshands onvoldoende aannemelijk. Een toezegging met een dergelijke strekking kan immers niet in de onder 3.8 aangehaalde passage uit de brief van 6 april 2009 worden gelezen, ook niet wanneer die passage wordt beschouwd in het licht van de rapportage van de RvA, waar onder 3.7 naar wordt verwezen. Voor de beoordeling van de vraag wat partijen hebben afgesproken, zijn weliswaar niet enkel de letterlijke bewoordingen van een verklaring bepalend, doch om vast te kunnen stellen of voornoemde passage, gelet op alle verklaringen en gedragingen over en weer, desondanks redelijkerwijs door de obligatiehouders als een toezegging mocht worden opgevat, is bewijslevering nodig, waarvoor deze kort gedingprocedure zich niet leent. Vooralsnog dient het er dan ook voor gehouden te worden dat Spee en Werensteijn niet bindend hebben toegezegd hun (indirect gehouden) aandelen in Ecogarant voor € 1,- te verkopen aan Partrust.

4.9 Daarmee komt het hof toe aan de vraag of er anderszins grond is voor toewijzing van de tegen Spee en Werensteijn gerichte vorderingen, zoals toegewezen in het vonnis van 14

januari 2010. Die vorderingen heeft de curator niet alleen gebaseerd op de stelling dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en/of onrechtmatig handelen door Spee en Werensteijn, maar ook op de stelling dat Spee en Werensteijn hebben gehandeld in strijd met de op 17 juni 2009 gesloten 'stand-still overeenkomst' (zie onder 3.13) door – zonder toestemming van de curator – de SLA's tot stand te brengen en (ingevolge die SLA's) de aandelen in Ecogarant aan SFO en Scarlet te verpanden en aldus de verhaalsmogelijkheden van de curator te verminderen.

4.10 Daarbij zal het hof eerst ingaan op het door Werensteijn gevoerde verweer dat hij slechts tot 1 oktober 2006 als bestuurder van Partrust heeft gefungeerd en ook niet als feitelijk bestuurder (in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW) kan worden beschouwd. Uit de stellingen van partijen, in samenhang gezien met bijlage 1 bij het nadere rapport van Deloitte van 17 november 2010 (overgelegd als productie 21 bij memorie van grieven), begrijpt het hof dat Werensteijn van 1 februari 2005 tot 16 augustus 2007 in het handelsregister van de Kamer van Koophandel stond ingeschreven als bestuurder van Partrust. Bij pleidooi in hoger beroep heeft hij zich, onder overlegging van een overeenkomst van 5 oktober 2006, beroepen op de stelling dat hij reeds op 1 oktober 2006 zijn bestuurswerkzaamheden heeft beëindigd, en sindsdien slechts als adviseur aan de bestuurders van Partrust heeft gefungeerd. Spee en Peijer zouden voor uitschrijving uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel zorg dragen, doch zij hebben dat, in verband met de benodigde aanpassing van de structuur van het concern, pas op 16 augustus 2007 gedaan, aldus Werensteijn. De curator stelt zich daarentegen op het standpunt dat op basis van de informatie uit het handelsregister uitgegaan moet worden van een bestuursfunctie tot 16 augustus 2007. Het hof volgt de curator hierin. Gelet op de betwisting door de curator, kan er voorshands niet, met voorbijgaan aan de inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en Deloitte's 'openbronnen onderzoek' (waaruit ook bleek van een bestuurderschap tot 16 augustus 2007), worden uitgegaan van een eerdere beëindiging van die bestuursfunctie. Nu dit kort geding zich, als gezegd, niet leent voor bewijslevering, moet het er in de onderhavige procedure dan ook voor gehouden worden dat Werensteijn tot 16 augustus 2007, en derhalve in de in artikel 2:248 lid 6 BW genoemde periode van drie jaar voorafgaande aan het (op 20 mei 2009 uitgesproken) faillissement, bestuurder is geweest van Partrust.

4.11 Naar het voorlopig oordeel van het hof maakt de curator Spee en Werensteijn terecht een verwijt betreffende de voorlichting in de prospectus "Partrust Green" van november 2006 (op welk moment Werensteijn – naar voorshands moet worden aangenomen – ook nog bestuurder van Partrust was). De onder 3.5 aangehaalde tekst van die brochure wekt de schijn dat Ecogarant gelieerd is aan Partrust en dat 60% van de aandelen in FEL in handen zijn van Partrust en Ecogarant, terwijl er in werkelijkheid geen vennootschappelijke band bestaat tussen Partrust enerzijds en FEL en Ecogarant anderzijds. Slechts op grond van de in 3.4 genoemde overeenkomst van 19 juli 2006 ontving Partrust 50% van de winstrechten die Ecogarant als gevolg van haar aandelenbelang in FEL (van 60%) toekwamen (terwijl deze overeenkomst eenzijdig door Ecogarant te ontbinden was ingeval van surséance of faillissement van Partrust). Door de beleggers ten onrechte voor te spiegelen dat Partrust een rechtstreeks belang had in FEL, hebben Spee en Werensteijn naar het voorlopig oordeel van het hof onrechtmatig jegens die beleggers gehandeld.

Daarnaast acht het hof aannemelijk dat ook de vermelding in die prospectus dat de vennootschap voldoet aan alle voorwaarden die op grond van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk) worden gesteld aan vrijgestelde financieringsmaatschappijen, niet klopt. Een van de voorwaarden om te voldoen aan de (ten tijde van de uitgifte van de prospectus geldende) Vrijstellingsregeling Wtk was immers dat de beleggingen voor tenminste 95% van het

balanstotaal plaatsvinden binnen het concern. Nu Ecogarant en/of FEL niet behoorden tot het concern van Partrust zijn de beleggingen in die vennootschappen niet te beschouwen als beleggingen binnen het concern (onder 169 van memorie van grieven Spee, waarbij Werensteijn zich aansluit, is ook gesteld dat de gelden voor het grootste deel niet via SWP zijn belegd). Dat om andere redenen toch geconcludeerd zou moeten worden dat de beleggingen voor tenminste 95% van het balanstotaal plaatsvonden binnen het concern, hebben Spee en Werensteijn, gezien de gemotiveerde stellingen van de curator, onvoldoende aannemelijk gemaakt. Ook dit kan, naar het voorlopig oordeel van het hof, als (onrechtmatige) misleiding van de beleggers worden beschouwd.

4.12 Daarnaast verwijt de curator Spee en Werensteijn dat zij de ingelegde gelden zodanig slecht hebben belegd dat dit als onrechtmatig handelen jegens de beleggers is aan te merken. Het hof merkt op dat partijen twisten over de vraag of, en zo ja, hoeveel van het belegde bedrag van circa € 28,2 miljoen is 'verdwenen'. Wel staat, als onbestreden, vast dat het belang dat Spee en Werensteijn hebben verworven in FEL, volledig is gefinancierd met het door de beleggers gefourneerde vermogen. Reeds vanwege het feit dat bij de beleggers de schijn werd gewekt dat 60% van de aandelen in FEL in handen was Partrust en Ecogarant, dient ook dit gegeven voorshands als onrechtmatig te worden aangemerkt.

4.13 Op grond van de inhoud van de onder 3.23 aangehaalde rapporten van BDO Investigations B.V. acht het hof voorts voldoende aannemelijk dat de jaarrekeningen over 2006 en 2007 niet het vereiste inzicht gaven in het vermogen en resultaat alsmede de solvabiliteit en liquiditeit van Partrust, en dat de financiële situatie van Partrust in 2006 en 2007 dusdanig was dat zij alleen maar kon continueren indien nieuwe obligatiehouders werden gevonden om de rente en aflossingsverplichtingen van bestaande obligatiehouders en de negatieve exploitatie te dekken. Dat vormt niet alleen een gemotiveerde onderbouwing van de stelling van de curator dat het bestuur van Partrust niet heeft voldaan aan haar, in artikel 2:10 BW vastgelegde, boekhoudplicht – waarvoor voorts steun kan worden gevonden in de onder 3.6 aangehaalde conclusie van de AFM dat Partrust geen betrouwbaar inzicht in haar actuele financiële situatie heeft, haar beleggers een onjuiste en niet getrouwe jaarrekening over 2006 heeft verstrekt en haar beleggers over 2007 en 2008 niet, althans, onvolledig heeft geïnformeerd over de financiële positie van Partrust –, doch ook voor de stelling van de curator dat sprake lijkt te zijn van onrechtmatig 'piramideren' (het aanwenden van nieuw ingelegde gelden om oude beleggers te voldoen zonder nieuwe beleggingen te doen). Een verdere aanwijzing voor dat 'piramideren' kan worden gevonden in het onder 3.22 aangehaalde rapport van Deloitte, waarin is opgenomen dat van het bedrag van € 27,7 miljoen dat Partrust (per saldo) aan ingelegde gelden voor obligatieleningen heeft ontvangen, een bedrag van € 11,5 miljoen is besteed aan verschuldigde rente (en slechts een deel van € 13,3 miljoen aan verstrekte leningen, beleggingen en rekening courantvorderingen tezamen). Nu Spee en Werensteijn, in het licht van voorgaande onderbouwing, onvoldoende concreet en gemotiveerd hebben betwist dat zij hun boekhoudplicht hebben geschonden (de op verzoek van het bestuur van Partrust opgestelde rapporten van Deloitte zijn daartoe onvoldoende, reeds omdat Deloitte geen onderliggende bescheiden heeft gecontroleerd en geen accountantscontrole heeft toegepast) en zij vooralsnog evenmin de verdenking van 'piramideren' hebben weten weg te nemen, gaat het hof er voorshands vanuit dat Spee en Werensteijn niet alleen aansprakelijk zijn uit hoofde van artikel 6:162 BW, doch ook uit hoofde van artikel 2:248 BW.

4.14 Ook het verwijt dat Spee en Werensteijn hebben gehandeld in strijd met de op 17 juni 2009 gesloten 'stand-still overeenkomst', acht het hof – voorshands oordelend – terecht. In

dat kader is van belang dat die verklaring werd opgemaakt in de periode dat Partrust, na door de rechtbank Rotterdam in staat van faillissement te zijn verklaard, poogde de crediteuren een akkoord aan te bieden teneinde alsnog onder een faillissement uit te komen. Daartoe had Partrust uitstel verzocht en verkregen van de mondelinge behandeling in het door haar ingestelde hoger beroep tegen haar faillietverklaring. Bij zijn (onder 3.10 respectievelijk 3.12 opgenomen) e-mails van 4 juni en 16 juni 2009 heeft de curator aan Spee duidelijk gemaakt dat hij in die periode niets mocht doen dat de boedel zou kunnen schaden. Blijkens de (in 3.13 geciteerde) verklaring van 17 juni 2009, hebben Spee en Werensteijn zich er jegens de curator toe gecommitteerd alleen beschikkings- en beheershandelingen buiten de boedel van Partrust te verrichten voor zover deze ten faveure van de crediteuren van Partrust zouden komen en daarmee niets te doen dat de boedel en/of de verhaalsmogelijkheden van de curator zou kunnen schaden. Door desondanks, zonder expliciete goedkeuring van de curator, de SLA's te tekenen heeft Spee, naar het voorlopig oordeel van het hof, in strijd met die toezegging gehandeld. Door aan de financiers SFO en Scarlet een pandrecht toe te zeggen op de door de houdstermaatschappijen van Spee, Werensteijn en Peijer gehouden aandelen in Ecogarant, verminderden immers de verhaalsmogelijkheden van de curator op Spee, Werensteijn en Peijer. Voorts valt in het, in artikel 4 van de SLA's opgenomen, 'partnership agreement' te lezen dat SFO en Scarlet, zolang de groep die de overige 40% van de aandelen in FEL houdt niet bereid zou zijn die aandelen aan SFO en Scarlet af te staan, gezamenlijk 49% van de aandelen van de tussen te schuiven alleenverkoopmaatschappij (Confianza) zouden verkrijgen, waarnaast Vistra 2% en Spee de overige 49% van die aandelen zouden verkrijgen. Gedurende een periode van tien jaar zouden SFO en Scarlet 50% van de netto winstrechten van Confianza afstaan aan de beleggers in Partrust, tot een jaarlijks maximum van € 4 miljoen. Nadien zouden die beleggers niets meer ontvangen. Dat wijst erop dat de beleggers door de in de SLA's opgenomen constructie slechter af zijn dan wanneer zij, zoals tevoren, 50% van de winstrechten van Ecogarant ontvingen, waaraan geen maximum in tijd en in bedrag was gekoppeld. Aldus is voldoende aannemelijk dat ook door de inhoud van deze 'partnership agreement' de boedel en de verhaalsmogelijkheden van de curator (kunnen) zijn geschaad. Het betoog van Spee en Werensteijn dat de handelingen buiten de boedel van Partrust zijn verricht en niet bezwarend waren omdat zij noodzakelijk waren voor het behoud van de concessie in FEL, kan hen gelet op het voorgaande niet baten. Dat, zoals Spee en Werensteijn hebben gesteld, de curator toestemming zou hebben gegeven tot het sluiten van voormelde SLA's is niet aannemelijk geworden. De curator heeft dat gemotiveerd betwist en Spee en Werensteijn hebben niet gesteld dat de conceptovereenkomsten aan de curator zijn voorgelegd. Dat had, gelet op de inhoud van de verklaring van 17 juni 2009, teneinde zeker te zijn van de goedkeuring van de curator, wel op hun weg gelegen. Ten aanzien van Werensteijn merkt het hof volledigheidshalve nog op dat hij weliswaar geen partij is bij de SLA's (hij heeft zich slechts borg gesteld voor de door Spee geleende bedragen), doch hij was wel van het sluiten ervan op de hoogte en ook hij heeft zich, zo begrijpt het hof, verplicht tot het verpanden van de aandelen die hij (middels zijn houdstermaatschappij) hield in Ecogarant. Naar het voorlopig oordeel van het hof valt ook Werensteijn derhalve, gezien zijn instemming met de verklaring van 17 juni 2009 en daarmee zijn gebondenheid aan de toezegging jegens de curator, een verwijt te maken.

4.15 Gelet op de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden, de aanwijzingen voor aansprakelijkheid van Spee en Werensteijn en de handelwijze van Spee en Werensteijn in de periode tussen de faillietverklaring door de rechtbank Rotterdam en de bekrachtiging daarvan door het hof te 's-Gravenhage, had de curator er een gerechtvaardigd belang bij voorlopige voorzieningen te treffen waarmee hij zijn verhaalsmogelijkheden zoveel mogelijk zou kunnen veiligstellen.

4.16 Daarmee komt het hof toe aan de beoordeling van de grieven tegen de concrete voorzieningen zoals toegewezen in het vonnis van 14 januari 2010.

4.17 Spee heeft geen grief gericht tegen het gebod om zijn functie als bestuurder of anderszins in de vennootschappen FEL en Ecogarant neer te leggen, zodat uit moet worden gegaan van de juistheid van dat gebod. Spee heeft enkel geklaagd, en Werensteijn heeft zich daar kennelijk bij willen aansluiten, over de daarvoor gegunde termijn van 48 uur na betekening van het vonnis. Blijkens de toelichting bij grief 9 is die klacht gebaseerd op het feit dat hij niet binnen die termijn zou kunnen realiseren dat hij formeel geen bestuurder van Ecogarant en FEL meer zou zijn. Spee kon, zo stelt hij, slechts aangeven dat hij wenste af te treden en zijn bestuurstaak niet meer mocht vervullen. Nu het gebod, blijkens het gevoerde debat tussen partijen en de overwegingen van de voorzieningenrechter, is toegewezen om ervoor te zorgen dat Spee en Werensteijn binnen Ecogarant en FEL geen zeggenschap meer zouden uitoefenen, moet het in die zin worden begrepen. Ook de curator legt het gebod in die zin uit. Dat betekent dat het erom ging dat hij geen bestuurstaken of andere taken voor FEL en Ecogarant meer zou vervullen en dat niet van belang is dat het ontslag niet binnen de genoemde termijn van 48 uur geformaliseerd zou kunnen worden.

Werensteijn heeft wel geklaagd over het gebod om zijn functie als bestuurder of anderszins in de vennootschappen FEL en Ecogarant neer te leggen. Hij heeft daartoe aangevoerd dat hij noch bestuurder noch 'anderszins' was, zodat hij in de onmogelijkheid verkeert om aan de veroordeling te voldoen. Nu vaststaat dat Werensteijn het bestuur van Partrust is blijven adviseren, hij zich borg heeft gesteld voor de in het kader van de SLA's geleende bedragen, hij blijkens artikel 3 van de alleenverkoopovereenkomst van 31 juli 2009 tussen FEL en alleenverkoopmaatschappij Confianza een rol had bij de uitvoering van die overeenkomst, en ook hij heeft ingestemd met de 'stand-still verklaring', acht het hof het gerechtvaardigd dat het gebod ook jegens hem in stand blijft. Daarbij dient het gebod, op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, ook jegens hem in die zin te worden begrepen dat het inhoudt dat hij geen zeggenschap binnen Ecogarant en FEL meer zal uitoefenen. Aan een dergelijke inspanningsverplichting kan Werensteijn uiteraard voldoen. Het hof zal dit gebod derhalve zowel jegens Spee als jegens Werensteijn in stand laten.

4.18 Spee en Werensteijn hebben geen (voldoende duidelijke) grief gericht tegen het gebod om Van Rijn als bestuurder van FEL te (doen) ontslaan. Zij hebben niet bestreden dat hun handelen, dat voorshands als onrechtmatig moet worden beschouwd, de verplichting tot het ontslaan van Van Rijn meebrengt. Derhalve moet ook van de juistheid van dit gebod worden uitgegaan. Zij hebben geklaagd over de daartoe gegunde termijn van 14 dagen, waarbij Spee nog heeft aangevoerd dat hij, door het moeten neerleggen van zijn bestuursfunctie in Ecogarant, het er niet meer toe kon leiden dat Van Rijn zou worden ontslagen. Reeds omdat voormeld gebod, blijkens rechtsoverweging 4.8 van de voorzieningenrechter aldus moet worden gelezen dat daaraan wordt toegevoegd 'althans binnen de kortst mogelijke termijn', en de curator het gebod, blijkens zijn stellingen bij memorie van antwoord, ook in die zin opvat, kan de klacht over de termijn niet slagen. Ook de klacht dat Spee niet meer in staat zou zijn voor het (doen) ontslaan van Van Rijn te zorgen, faalt. Niet valt immers in te zien waarom Spee, zolang hij nog formeel bestuurder van Ecogarant was, geen algemene vergadering van aandeelhouders van FEL meer zou kunnen beleggen om Van Rijn als bestuurder te ontslaan, en aldus aan zijn uit het vonnis voortvloeiende verplichtingen te voldoen. Het hiervoor onder 4.17 besproken gebod staat daar niet aan in de weg.

4.19 Ook wat betreft het onder 6.1 sub c van het onderhavige vonnis opgenomen gebod, hebben Spee en Werensteijn enkel geklaagd over de termijnen waarbinnen zij aan die geboden moeten voldoen. Op dit punt hebben Spee en Werensteijn evenmin voldoende gemotiveerd waarom die termijnen te kort zouden zijn.

4.20 Datzelfde geldt voor de klacht over de termijn die is gegeven in het onder 6.1 sub d opgenomen gebod. Dat naar het recht van Costa Rica niet op informele wijze kan worden gekomen tot oproeping van een aandeelhoudersvergadering, neemt niet weg dat Spee en Werensteijn in staat zijn – overeenkomstig het gebod sub d – ‘mee te werken aan de benoeming van c.q. te benoemen een door de curator aan te wijzen persoon tot bestuurder van Ecogarant’ en ‘mee te werken aan de benoeming van c.q. te benoemen een door de curator aan te wijzen persoon tot bestuurder van FEL’. Dat betreft immers een inspanningsverplichting.

4.21 Ook de grief gericht tegen de hoogte van de dwangsommen faalt. Het hof acht de toegewezen dwangsommen, mede gelet op de belangen van de boedel bezien in het licht van de voorshands vaststaande handelwijze van Spee en Werensteijn, niet exorbitant hoog. Dat de dwangsommen niet in verhouding staan tot de draagkracht van Spee en Werensteijn maakt dat niet anders. Het hof ziet dan ook geen aanleiding die dwangsommen te verminderen.

4.22 De stelling dat de voorzieningen naar hun aard een definitief karakter hebben – voor zover die stelling al als juist kan worden aanvaard – kan er, gelet op hetgeen onder 4.15 is overwogen omtrent het gerechtvaardigd belang van de curator bij voorzieningen waarmee hij zijn verhaalsmogelijkheden zoveel mogelijk zou kunnen veiligstellen, evenmin toe leiden dat de toegewezen voorzieningen alsnog moeten worden geweigerd. Voor toewijzing van die voorzieningen is, anders dan Spee en Werensteijn kennelijk menen, ook niet noodzakelijk dat er een gerechtvaardigde vrees voor samenspanning tegen de belangen van de boedel was.

4.23 Volledigheidshalve merkt het hof nog op dat Spee en Werensteijn geen (voldoende duidelijke) grief hebben aangevoerd tegen het onder 6.3 opgenomen gebod om binnen 7 dagen na betekening van het vonnis mee te werken aan de door de curator gewenste levering van de onbezwaarde eigendom van de door de curator van Peijer c.q. de door hem gecontroleerde vennootschap gekochte aandelen in Ecogarant. Verder merkt het hof op dat de onder 6.2 opgenomen geboden aan Van Rijn en Vistra Netherlands B.V. zijn opgelegd. Spee en Werensteijn zijn in die zaken geen partij en kunnen dus niet door middel van dit hoger beroep daartegen opkomen.

4.24 Al het voorgaande leidt ertoe dat de grieven gericht tegen het vonnis van 14 januari 2010 falen en dat dit vonnis, voor zover gewezen jegens Spee en Werensteijn, zal worden bekrachtigd.

4.25 Daarmee komt het hof toe aan beoordeling van de door Spee en Werensteijn aangevoerde grieven tegen het vonnis van 12 april 2010, waarbij – gezien het voorgaande – de juistheid van het vonnis van 14 januari 2010, met inachtneming van hetgeen hiervoor is overwogen, tot uitgangspunt moet worden genomen. Ook deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.26 Het hof zal eerst ingaan op het tegen Spee en Werensteijn gerichte gebod om aan de curator mee te delen dat zij zullen meewerken aan de verkoop en overdracht aan de curator

voor het symbolische bedrag van € 1,- van alle door hen (direct dan wel indirect) gehouden aandelen in Ecogarant. De voorzieningenrechter is er daarbij vanuit gegaan dat Spee en Werensteijn nog steeds (direct of indirect) aandeelhouder waren van Ecogarant. Tussen partijen staat thans echter vast dat Spee en Werensteijn op 16 maart 2010, derhalve nog voor de veroordeling in het vonnis van 12 april 2010, de aandelen die zij middels hun houdstermaatschappijen hielden in Ecogarant hebben overgedragen aan SFO respectievelijk Scarlet (zie onder 3.20). Sinds 16 maart 2010 zijn Spee en Werensteijn dus niet meer bevoegd over die aandelen te beschikken. Omdat het voor Spee en Werensteijn derhalve feitelijk onmogelijk is om de (indirect gehouden) aandelen in Ecogarant aan de curator over te dragen, dient de bij wege van voorlopige voorziening gevorderde (mededeling tot) medewerking aan de verkoop en overdracht te worden afgewezen. Dat het aan Spee en Werensteijn te wijten is dat de voorzieningenrechter er ten onrechte van uitging dat zij die aandelen nog bezaten (waarvoor ondersteuning is te vinden in de onder 3.21 aangehaalde e-mail van 23 maart 2010), maakt dat niet anders. Datzelfde geldt voor het feit dat Spee en Werensteijn op 27 februari 2010 de overeenkomst tot verkoop van die aandelen hebben gesloten, terwijl zij reeds op 23 februari 2010 door de curator waren gesommeerd om de aandelen aan de boedel te leveren, en voor het feit dat de inleidende dagvaarding in dit geding op 11 maart 2010 is betekend. Het feit dat Spee en Werensteijn door de overdracht op 16 maart 2010 niet meer in staat zijn om de aandelen nog aan de curator te verkopen en leveren, maakt dat de gevorderde voorziening niet kan worden toegewezen. De curator heeft nog verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 26 maart 2010 (LJN: BL0004), doch het beroep daarop gaat niet op reeds omdat in die zaak (anders dan in dit geval) een vordering tot opheffing van een opgelegde dwangsom op de voet van artikel 611d Rv ter beoordeling voorlag.

4.27 Ten aanzien van de veroordeling van Spee om de 'company books' van Ecogarant aan de curator te overhandigen, overweegt het hof als volgt. De curator heeft, ter onderbouwing van zijn stelling dat Spee die boeken heeft doen ophalen, enkel gesteld dat C.H. Pacheco, advocaat en notaris in Costa Rica (hierna: Pacheco) dit op 22 maart 2010 telefonisch aan hem heeft meegedeeld. Spee heeft daartegenover verwezen naar een schriftelijke verklaring van 19 april 2010 van Pacheco. Daarin staat onder meer: "The books of the company EcoGarant Nederlandse Bosbouwgroep SA, have been always under our custody and they are still today." Aldus heeft Spee de stelling van de curator gemotiveerd betwist. Nu de curator zijn stelling ter zake niet nader heeft onderbouwd, heeft hij onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Spee de 'company books' van Ecogarant heeft opgehaald dan wel doen ophalen. Ook deze vordering dient derhalve alsnog te worden afgewezen.

4.28 Wel volgt het hof de voorzieningenrechter in zijn voorlopig oordeel dat Spee door de onder 3.19 geciteerde e-mail van 25 februari 2010 aan FEL te verzenden, in strijd heeft gehandeld met het aan hem opgelegde gebod om zijn functies als bestuurder of anderszins in de vennootschappen FEL en Ecogarant neer te leggen. Uit de zinsnede "you are authorised to change all official documents in this respect" kan immers worden afgeleid dat Spee, in strijd met voormeld gebod, nog heeft gepoogd zeggenschap over FEL uit te oefenen en instructies te geven. Spee heeft erkend dat Van der Wiel, anders dan zijn e-mail suggereert, in januari 2010 nog in functie was. Dat Van der Wiel er, zoals Spee stelt, uit angst voor de curator voor koos om niets meer te doen, maakt dat niet anders en gaf, gelet op het onderhavige gebod uit het vonnis van 14 januari 2010, Spee geen vrijbrief om zich met de bedrijfsvoering van FEL en Ecogarant te bemoeien. Spee heeft nog aangevoerd dat hij heeft getracht de continuïteit van FEL veilig te stellen (en daarmee ook de belangen van de investeerders te dienen), doch dit was hem, na het vonnis van 14 januari 2010 niet meer toegestaan. De tegen het gebod tot intrekking van de e-mail van 25 februari 2010 gerichte grief faalt derhalve.

4.29 Spee heeft nog een grief gericht tegen de hoogte van de toegewezen dwangsom van € 250.000,- bij niet tijdige voldoening aan een of meer van de gegeven geboden en van € 5.000,- per kalenderdag of gedeelte daarvan dat hij niet aan deze geboden zal voldoen. Gelet op de aard van het gebod dat resteert en alle overige omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, ziet het hof aanleiding de te verbeuren dwangsom te matigen tot € 50.000,- bij niet tijdige voldoening en € 5.000,- per (gedeelte van een) kalenderdag dat niet aan het gebod wordt voldaan, tot een maximumbedrag van € 100.000,-. In zoverre slaagt die grief. Dat de (resterende) veroordeling tot intrekking van de e-mail van 25 februari 2010 te verstrekking zou zijn, heeft Spee onvoldoende onderbouwd, en valt ook – gelet op de inhoud van het gebod – niet in te zien. De op deze stelling gebaseerde grief faalt derhalve.

4.30 Hetgeen partijen in het kader van hun hoger beroep tegen het vonnis van 12 april 2010 verder nog hebben aangevoerd, kan gelet op het voorgaande onbesproken blijven.

4.31 Het hof gaat voorbij aan de door partijen in de verschillende procedures gedane bewijsaanbiedingen, reeds vanwege het feit dat deze kort gedingprocedure zich naar haar aard niet leent voor bewijslevering.

5. Slotsom

5.1 De slotsom luidt dat de grieven in de procedure met zaaknummer 200.059.537 falen, zodat het bestreden vonnis van 14 januari 2010 moet worden bekrachtigd. Spee en Werensteijn zullen, als de in het ongelijk gestelde partijen, in die procedure worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van de curator worden begroot op € 314,- voor griffierecht en op € 2.682,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief (3 punten x tarief II). Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten toewijzen zoals hierna vermeld.

5.2 De grieven in de procedures met zaaknummers 200.064.248 en 200.064.808 slagen voor zover zij zijn gericht tegen de – op straffe van verbeuren van een dwangsom gegeven – geboden tot overdracht van de aandelen in Ecogarant en tot overhandiging van de “company books” van Ecogarant en tegen de hoogte van de uitgesproken dwangsomveroordeling. In zoverre zal het vonnis van 12 april 2010 worden vernietigd en zullen de gevorderde voorzieningen worden afgewezen, terwijl de dwangsomveroordeling zal worden aangepast. Voor het overige zal het vonnis worden bekrachtigd. Ook de in eerste aanleg gegeven proceskostenveroordeling zal worden bekrachtigd nu Spee en Werensteijn het aan zichzelf te wijten hebben dat zij zijn veroordeeld tot verkoop en overdracht van de aandelen in Ecogarant. Zij hebben immers pas na het vonnis van 12 april 2010 (voldoende) duidelijkheid verschaft over de verkoop en overdracht van die aandelen (blijkens de onder 3.21 aangehaalde e-mail van 23 maart 2010 hebben zij bewust gewacht met het informeren van de curator ter zake), terwijl het, zeker gezien het feit dat de overeenkomst tot verkoop van die aandelen reeds van 27 februari 2010 dateerde, op de weg van Spee en Werensteijn had gelegen hun stelling dat de aandelen reeds waren overgedragen tijdig en deugdelijk te substantiëren. Door dat niet te doen hebben zij het risico genomen dat de voorzieningen-rechter ervan uit zou gaan dat zij nog steeds (indirect) houder waren van die aandelen en dat, in aanmerking genomen hetgeen hen in het vonnis van 14 januari 2010 (terecht) is verweten, het ter zake gevorderde gebod zou worden toegewezen.

5.3 Nu Werensteijn in de procedure met zaaknummer 200.064.248 in het gelijk wordt gesteld, zal de curator worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep in deze

procedure. De kosten voor die procedure in hoger beroep aan de zijde van de Werensteijn worden begroot op € 87,93 voor explootkosten, € 314,- voor griffierecht en op € 2.682,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief (3 punten x tarief II).

5.4 In de procedure met zaaknummer 200.064.808 worden Spee en de curator beiden voor een deel in het ongelijk worden gesteld, zodat de kosten van het hoger beroep in die zaak zullen worden gecompenseerd zoals hierna vermeld.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

in de procedure met zaaknummer 200.059.537

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Breda van 14 januari 2010 zoals verbeterd bij herstellvonnis van 18 januari 2010 en voor zover gewezen tegen Spee en Werensteijn;

veroordeelt Spee en Werensteijn in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de curator vastgesteld op € 314,- voor griffierecht en op € 2.682,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en -voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt- te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in de procedures met zaaknummers 200.064.248 en 200.064.808

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Breda van 12 april 2010 voor zover Spee daarbij is geboden om binnen 48 uur na betekening van dit vonnis een e-mail aan FEL te verzenden, met als bijlage een door hem ondertekende brief aan FEL en de daarbij betrokken personen Drepaul en Scotland waarbij hij intrekt de brief van Spee aan FEL van 25 februari 2010, zulks onder gelijktijdige verzending van die e-mail en bijlagen aan de curator, en voor zover Spee en Werensteijn zijn veroordeeld in de proceskosten en het vonnis uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, vernietigt het vonnis voor het overige en opnieuw rechtdoende:

bepaalt dat Spee een dwangsom van € 50.000,- verbeurt bij niet tijdige voldoening aan het bekrachtigde gebod, en van € 5.000,- per kalenderdag of gedeelte daarvan dat hij niet aan het gebod voldoet, tot een maximum van € 100.000,-, welke voorziening heeft te gelden totdat de bodemrechter bij onherroepelijke uitspraak heeft beslist;

veroordeelt de curator in de kosten van het hoger beroep in de procedure met zaaknummer 200.064.248, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Werensteijn vastgesteld op € 87,93 voor explootkosten, € 314,- voor griffierecht en op € 2.682,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

compenseert de kosten van het hoger beroep in de procedure met zaaknummer 200.064.808 aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. L.J. de Kerpel-van de Poel, W.H.F.M. Cortenraad en H.L. Wattel, is bij afwezigheid van de voorzitter ondertekend door de jongste raadsheer en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 29 mei 2012.



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHEID

Afgegeven aan: adv. app./geïntim. mr. B.J.M.P. Cremers

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: 29-05-2012
K. Marechal

TUSSENTIJD'S FINANCIËEL VERSLAG

DATUM: 12 december 2012

in het faillissement van:

faillissementsnummer

datum uitspraak

rechter-commissaris

curator

betrekking hebbend op verslag nrs.

Partrust Beheer B.V.

F 09 / 330

20-5-2009

Mr. C. van Steenderen-Koornneef

mr L.J.M. Luchtman en mr B.F. Louwerier

7

A.	BATEN	subtot. incl. BTW	mutaties	totaal	Af te dragen BTW
1.	aangetroffen middelen				
	kas	€ -		€ -	
	bank	€ 190,73		€ 190,73	
2.	opbrengsten verkopen				
	opbrengsten verkopen	€ -		€ -	€ -
	af: directe kosten	€ -		€ -	€ -
3.	debiteuren				
	prefaillissement debiteuren	€ -		€ -	
	boedeldebiteuren	€ -		€ -	€ -
4.	overige baten				
	Deelneming DCF	€ 18.750,00		€ 18.750,00	
	Div. vergoedingen van de Kasbank	€ 2.749,93		€ 2.749,93	
	OB Teruggaaf	€ 210.503,00	€ 42.360,00	€ 252.863,00	€ -252.863,00
	overige baten	€ 3.548,10		€ 3.548,10	
	Proceskostenveroordeling	€ 3.452,97		€ 3.452,97	
	Rente Bankier	€ 225,59	€ 39,04	€ 264,63	
	SFO	€ 15.000,00		€ 15.000,00	
	VPB Teruggaaf	€ 4.572,00		€ 4.572,00	
5.	totaal	€ 258.992,32		€ 301.391,36	€ -252.863,00
B.	REEDS BETAALDE VERSCHOTTEN / BOEDELSCHULDEN	totaal		totaal	Terug te ontvangen BTW
	Honorarium curator	€ 60.431,65	€ 83.000,00	€ 143.431,65	€ 22.899,91
	Verschotten	€ 19.331,60	€ 215,93	€ 19.547,53	€ 2.691,39
	Uittreksel	€ 60,86		€ 60,86	€ -
	Diensten Derden	€ 113.167,12	€ 6.960,57	€ 120.127,69	€ 17.146,09
	Reis/Verblijfkosten	€ 15.375,09		€ 15.375,09	€ 54,20
	Diversen	€ 109,61	€ 277,67	€ 387,28	€ 32,56
	Bankkosten/rente	€ 24,84	€ 13,00	€ 37,84	
	Proceskostenveroordeling	€ 1.283,89		€ 1.283,89	
6.	totaal	€ 209.784,66		€ 300.251,83	€ 42.824,15
C.	THANS NOG BESCHIKBAAR				
	totaal A	€ 258.992,32		€ 301.391,36	
	totaal B	€ 209.784,66		€ 300.251,83	
7.	saldo boedelrekening	€ 49.207,66		€ 1.139,53	

D. 1	Kasbank - garantieregeling				
	Honorarium curator	€ 1.063.744,28	€ 210.852,01	€ 1.274.596,29	€ 201.519,02
	Verschotten	€ 9.271,68	€ 164,91	€ 9.436,59	267,61
	Uittreksel	€ 11,00		€ 11,00	
	Diensten Derden	€ 407.914,24	€ 34.356,81	€ 442.271,05	€ 67.421,35
	Reis/Verblijfkosten	€ 9.012,99		€ 9.012,99	
	Proceskostenveroordeling	€ 7.464,00		€ 7.464,00	pm
	totaal	€ 1.497.418,19		€ 1.742.791,92	€ 269.207,98
D. 2	Kasbank - rentekosten				
	Bankkosten/rente	€ 32.656,87	€ 21.620,05	€ 54.276,92	
	totaal	€ 32.656,87		€ 54.276,92	€ -
D. 3	Nog te betalen boedelschulden				
	salaris curator mr Luchtman	€ 14.170,72		€ 14.170,72	€ 2.262,55
	Kessels Hanssen	€ 34.375,65		€ 34.375,65	€ 5.488,55
	totaal	€ 48.546,37		€ 48.546,37	€ 7.751,10
E.	CREDITEUREN				
	preferente crediteuren				
	fiscus	€ 17.703,00		€ 17.703,00	
	totaal	€ 17.703,00		€ 17.703,00	
	concurrente crediteuren				
	concurrente crediteuren	€ 33.078.135,07		€ 33.078.135,07	
	aantal	286		286	
	concurrente crediteuren betwist	€ 224.500,00		€ 224.500,00	
	aantal	2		2	