

ZESTIENDE VERSLAG

OVER DE TOESTAND VAN DE BOEDEL (ex 73a Fw)

In het faillissement van:

Partrust Beheer B.V.

Stadionstraat 13-4, 4815 NC Breda

Rechter-Commissaris : mr V.M. de Winkel
Curatoren : mr L.J.M. Luchtman te Breda
: mr B.F. Louwerier te Breda

Faillissement uitgesproken op 20 mei 2009

Rechtbank Rotterdam

Faillissementsnummer: F.10/09/330 F

Breda, 5 oktober 2017



INHOUDSOPGAVE

- 1 Inleiding**
- 2 Aansprakelijkheid bestuurders**
- 3 De overige aanhangige procedures**
- 4 Concessie Guyana**
- 5 Triodos Bank**
- 6 Vooruitzichten voor crediteuren**
- 7 Het financiële verslag**



1 INLEIDING

- 1.1 In de verslagperiode maart 2017 – september 2017 hebben curatoren met name tijd besteed aan de mogelijke claim van de beleggers tegen Triodos. Verder is op .. augustus door het gerechtshof 's-Hertogenbosch arrest gewezen in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure.

2 AANSPRAKELIJKHEID BESTUURDERS

- 2.1 Bij (eind)arresten van 8 augustus 2017 heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch de vonnissen van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 3 juni 2015, vernietigd, maar *slechts voor zover het daarin door de curatoren gevorderde voorschot is afgewezen*. Dit betekent dat Spee en Peijer door het hof ook aansprakelijk zijn gehouden voor het boedeldeficit. Daarop vooruitlopend zijn zij beiden hoofdelijk veroordeeld om bij wijze van voorschot op dit boedeldeficit aan de boedel een bedrag van € 3 miljoen te betalen. De door het hof gewezen arresten ten aanzien van Spee (**bijlage 1**) en Peijer (**bijlage 2**) zijn aan dit verslag gehecht.
- 2.2 Bij eindarrest van 8 augustus 2017 heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch ook het vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 3 juni 2015 met betrekking tot de heer Werensteijn vernietigd en opnieuw rechtdoende ook Werensteijn (naast Spee en Peijer) aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort, maar slechts voor 10% vanwege de betrekkelijk korte tijd in de relevante periode van 3 jaar voorafgaand aan faillissement waarin Werensteijn formeel bestuurder was. Daarnaast is Werensteijn ook veroordeeld bij wijze van voorschot een bedrag te voldoen van € 300.000. Het door het hof gewezen arrest ten aanzien van Werensteijn (**bijlage 3**) is aan dit verslag gehecht.

3 DE OVERIGE AANHANGIGE PROCEDURES

Er zijn geen andere procedures meer.

4 CONCESSIE GUYANA

- 4.1 In vorige verslagen is gemeld dat er tegenslagen waren die nog bepaald niet zijn overwonnen. Een oplossing in welke zin dan ook heeft zich niet aangediend. De boedel heeft in overleg met de rechter-commissaris besloten geen nieuwe financieringen meer te verstrekken zoals overigens al eerder was gecommuniceerd met alle betrokken partijen.



- 4.2 Ook andere financiers hebben zich niet gemeld. De boedel is nog (indirect) belanghebbende, maar verwacht niet dat de concessie in Guyana tot baten voor de boedel zal leiden. De inspanningen van de boedel ten aanzien van deze concessie zullen zich dan ook tot een uiterst minimum beperken.

5 TRIODOS

- 5.1 Het voorlopig getuigenverhoor tegen Triodos Bank is afgerond. De boedel is van mening dat Triodos Bank schadeplichtig is jegens beleggers/obligatiehouders omdat Triodos bekend was of had moeten zijn met de illegale praktijken van Partrust. De boedel heeft in de afgelopen verslagperiode nog geen beslissing kunnen nemen over verdere juridische stappen tegen Triodos Bank N.V., maar hoopt in de komende periode duidelijkheid hierover te krijgen.

6 VOORUITZICHTEN VOOR CREDITEUREN

- 6.1 De uitgangspunten zoals in de vorige verslagen vermeld blijven onverminderd van kracht.

7 HET FINANCIIEEL VERSLAG

- 7.1 Als **bijlage 4** 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, 5 oktober 2017

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

IN NAAM VAN DE KONING

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer 200.179.483/01

arrest van 8 augustus 2017

in de zaak van

Paulus Johannes Maria Spee,
wonende te Etten-Leur,
appellant in principaal hoger beroep,
geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als Spee,
advocaat: mr. M.A.J. Kemps te Eindhoven,

tegen

1. **Leonard Jozef Marie Luchtman**, in zijn hoedanigheid van **curator in het faillissement van Partrust Beheer B.V.**,
wonende te Breda,
2. **Bart Floris Louwerier**, in zijn hoedanigheid van **curator in het faillissement van Partrust Beheer B.V.**,
wonende te Breda,
geïntimeerden in principaal hoger beroep,
appellanten in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als curatoren,
advocaat: mr. B.J.M.P. Cremers te Breda,

op het bij exploit van dagvaarding van 25 augustus 2015 ingeleide hoger beroep van het eindvonnis van 3 juni 2015, door de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda gewezen tussen Spee als gedaagde en curatoren als eisers.

1. Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/02/262911/HAZA 13-288)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2. Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven met producties;
- de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep tevens akte vermindering van eis met producties;
- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep
- het pleidooi, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd en ter gelegenheid waarvan Spee bij akte producties in het geding heeft gebracht.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3. De beoordeling

in principaal en incidenteel hoger beroep

3.1.1. In rov 3.1. a tot en met t heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. Met grief I wordt deze vaststelling bestreden. Voor zover Spee met die grief klaagt over de opsomming van de door de rechtbank als vaststaand aangenomen feiten, faalt de grief omdat de rechtbank vrij is in de keuze van de feiten die zij als relevant in de weergave van de vaststaande feiten vermeldt. Een dergelijke weergave laat bovendien het wegen van overige niet in de feitenweergave genoemde feiten, voor zover relevant, onverlet. Anderzijds, voor zover Spee met de grief klaagt over onjuistheden in de vastgestelde feiten, slaagt de grief. De curatoren hebben de door Spee opgemerkte onjuistheden als zodanig ook niet bestreden. Het hof zal een nieuw overzicht geven van de feiten. Het enkele feit dat de grief in zoverre slaagt, leidt echter nog niet tot vernietiging van het bestreden vonnis.

3.1.2. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.

- a) Spee was van 16 augustus 2007 tot 20 mei 2009 (datum faillissement) bestuurder van de besloten vennootschap Partrust Beheer B.V. (hierna: Partrust). W.E.H. Peijer (hierna: Peijer) was gedurende hetzelfde tijdvak bestuurder. W. Werensteijn (hierna: Werensteijn) was bestuurder van Partrust van 1 februari 2005 tot 1 oktober 2006.
- b) Partrust is opgericht op 26 oktober 1999. Partrust hield zich bezig met het aantrekken van gelden op de openbare markt door uitgave van obligaties, welke gelden volgens de uitgegeven prospectussen en toelichtingen van de directie werden belegd in geselecteerde ondernemingen, waaronder een houtplantage in Costa Rica en een bosbouwconcessie in Guyana.
 - c1) Partrust (en de aan haar gelieerde entiteiten) investeerde(n) rechtstreeks in de door haar (hen) geselecteerde ondernemingen.
 - c2) De grootmoedermaatschappij van Partrust was SWP Holding BV, waarvan Spee, Peijer en Werensteijn directeur/groootaandeelhouder waren en welke vennootschap ook in staat van faillissement verkeert.
- d) De vennootschap naar het recht van Brits Guyana, Forest Enterprises Ltd. (hierna: FEL) is houder van voormelde bosbouwconcessie in Guyana. De aandelen van FEL zijn voor 60% in handen van Ecogarant Nederlandse Bosbouwmaatschappij SA, gevestigd te Costa Rica (hierna: Ecogarant). De aandelen in Ecogarant werden in drie gelijke porties gehouden door de persoonlijke houdstermaatschappijen van Spee, Peijer en Werensteijn. Partrust heeft geen vennootschappelijke relatie met Ecogarant. Ecogarant heeft een houtplantage in Costa Rica.
- e) Op 3 januari 2006 heeft Fortis Bank NV (hierna: Fortis) 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 hier naar het oordeel van Fortis niet aan. Partrust heeft in kort geding gevorderd om deze opzegging ongedaan te maken. Bij vonnis van 6 april 2006 is deze vordering door de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam afgewezen.
- f) Ecogarant en Partrust zijn op 19 juli 2006 schriftelijk overeengekomen dat Partrust als tegenprestatie voor het door Partrust ter beschikking stellen van haar marketingcapaciteit ten behoeve van het aantrekken van funding voor Ecogarant een royalty zou krijgen gelijk

aan 50% van de (60%) winstrechten die Ecogarant als gevolg van haar aandelenbelang in FEL zouden toekomen.

g) Bij brief van 20 augustus 2008 heeft Partrust de obligatiehouders ervan in kennis gesteld dat men niet in staat was de maandelijkse rente-uitkering te doen.

h) In 2008 heeft Partrust, naar aanleiding van onrust onder haar obligatiehouders en in verband met conversieplannen van de directie van Partrust, een Raad van Advies ingesteld, gevormd uit deze obligatiehouders. De Raad van Advies heeft op 25 maart 2009 een "Eerste voorlopige rapportage en aanbevelingen" uitgebracht. 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.

i1) In de periode 18 november 2008 tot en met 2 maart 2009 heeft de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) een onderzoek verricht naar de naleving van de Wet handhaving consumentenbescherming door Partrust. AFM heeft een rapport van 13 maart 2009 uitgebracht. Volgens AFM handelt Partrust onrechtmatig jegens haar obligatiehouders door een (in het bijzonder) oneerlijke handelspraktijk te verrichten, namelijk een misleidende handelspraktijk als genoemd in artikel 6:193d, eerste lid, BW, de misleidende omissie. AFM heeft geoordeeld dat Partrust (in elk geval) essentiële informatie heeft weggelaten over de verhouding tussen de inleg en de investeringen, de verhouding tussen de netto-inleg en de uitbetalingen aan obligatiehouders, de gerealiseerde kasstromen en de actuele financiële situatie van Partrust, welke informatie obligatiehouders nodig hebben om een geïnformeerd besluit te nemen over het uitoefenen van hun contractuele rechten in verband met de obligatieovereenkomsten en het conversievoorstel, dan wel over het accepteren van het conversievoorstel. AFM heeft haar bevindingen bij brief van 22 april 2009 onder de aandacht gebracht van het Openbaar Ministerie/Functioneel Parket en daarbij een strafrechtelijke aangifte gedaan tegen Partrust. In haar aangifte sprak AFM het vermoeden uit dat Partrust een rentecarrousel onderhield en in feite haar beleggers oplichtte.

i2) FIOD-ECD (hierna: FIOD) heeft een strafrechtelijk onderzoek uitgevoerd tegen Spee, Peijer en Werensteijn. Bij het onderzoek is FIOD tot de bevinding gekomen dat slechts een gering deel van de inleg voor investeringsdoeleinden werd gebruikt en dat dit een rentecarrousel deed vermoeden. Bij nader onderzoek kwam FIOD tot het oordeel dat er geen aanwijzingen zijn dat er bij Partrust is gepiramideerd.

j1) De jaarrekening van Partrust over 2007 is op 3 april 2009 gepubliceerd.

j2) Bij beschikking van de rechtbank Rotterdam van 10 april 2009 is aan Partrust voorlopige surseance van betaling verleend, met benoeming van mr. F. Kessels te Breda tot bewindvoerder. Bij beschikking van 20 mei 2009 is de surseance ingetrokken en is Partrust in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van mr. F. Kessels en mr. Luchtman als curatoren. Mr. F. Kessels is later teruggetreden als curator, in zijn plaats is bij beschikking van 1 december 2010 mr. Louwerier als curator aangesteld.

k) In opdracht van mr. Luchtman heeft Ernst & Young Security en Integrity Services B.V. (hierna: Ernst & Young) een onderzoek verricht naar de financiële administratie en daartoe strekkende (administratieve) bescheiden van Partrust, voor zover deze ter beschikking van de curator stonden. Ernst & Young heeft op 23 september 2009 een rapport uitgebracht waarin wordt aangegeven dat met een redelijke mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat delen van de administratie en/of administratieve bescheiden/gegevens ontbreken bij de curator alsmede dat de (administratieve) onderbouwing van de individuele mutaties, in het bijzonder voor zover deze ziet op de individuele rekening-courant mutaties, ontbreekt bij de curator en/of niet het vereiste inzicht geeft.

l) Bij vonnis in kort geding van 14 januari 2010 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda in een door mr. Luchtman aanhangig gemaakte procedure tegen Spee, Werensteijn, F.M.J. van Rijn en Vistra Netherlands BV het volgende beslist:

"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 Ecogarant 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 schriftelijke 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 Ecogarant, 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 de 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,--;

bepaalt dat de hiervoor toegewezen voorzieningen hebben te gelden totdat zij hun zin of kracht hebben verloren als gevolg van een beslissing van een bodemrechter, hetzij bij vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, hetzij door een onherroepelijk vonnis;

6.2. gebiedt Van Rijn en Vistra Netherlands BV (...)

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,--;

6.4. veroordeelt gedaagden hoofdelijk in de kosten van dit geding, aan de zijde van de curator tot op heden begroot op EUR 1.163,97;

bepaalt dat de proceskosten voldaan dienen te worden binnen 14 dagen na dagtekening van dit vonnis en, voor het geval voldoening binnen deze termijn niet plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

6.5. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad."

m) Bij vonnis van 12 april 2010 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda verdere door mr. Luchtman tegen Spee en Werensteijn gevorderde ordemaatregelen toegewezen.

- n) Mr. Luchtman heeft zich (onder andere) jegens Spee en Werensteijn op het standpunt gesteld dat zij vanwege de overtreding van de in de vonnissen van 14 januari 2010 en 12 april 2010 uitgesproken geboden dwangsommen hebben verbeurd. De curator heeft verschillende executoriale beslagen laten leggen ter incassering van de dwangsommen. Door Spee en Werensteijn zijn vervolgens afzonderlijke kort gedingen tegen de curator aanhangig gemaakt ter opheffing van dwangsommen en ter voorkoming van (verdere) executie. De daartoe strekkende vorderingen van Spee en Werensteijn zijn bij (onherroepelijke) vonnissen van 16 juni 2010 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda en 5 juli 2010 van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage afgewezen. In beide zaken is – kort gezegd – geoordeeld dat sprake is van overtredingen van de veroordelingen als gevolg waarvan dwangsommen zijn verschuldigd.
- o) Op verzoek van (de advocaten van) de bestuurders van Partrust heeft Deloitte een onderzoek gedaan naar de besteding van de ingelegde gelden in Partrust, waarover Deloitte op 26 maart 2010 heeft gerapporteerd. Vervolgens heeft Deloitte nog een (aanvullend) onderzoek gedaan naar de administratieverplichting en de besteding van de ingelegde gelden en daarover op 17 november 2010 gerapporteerd.
- p1) Prof. drs. J.C.E. van Kollenburg RA (hierna: Van Kollenburg) verbonden aan BDO Investigations BV (hierna: BDO) heeft op verzoek van de curatoren een onderzoek naar de administratie van Partrust gedaan. Op 7 november 2011 heeft Van Kollenburg een rapport van feitelijke bevindingen inzake het actualiseren en afronden van de inventarisatie van de administratie van Partrust uitgebracht en een rapport inzake Partrust aangaande het voldoen aan de verslaggevings- en deponeringsvoorschriften met betrekking tot de jaarrekening.
- p2) De zus van Van Kollenburg bezit twee obligaties in Partrust van ieder € 50.000,00.
- q) Op 29 november 2011 heeft een verificatievergadering plaatsgevonden. In dat kader zijn in totaal 290 obligatiehouders (crediteuren) geverifieerd tot een totaalbedrag van € 33.138.865,83.
- r) Op 29 mei 2012 heeft dit hof arrest gewezen in de gevoegde hoger beroep procedures tegen de vonnissen van 14 januari 2010 en 12 april 2010. Het hof heeft het vonnis van 14 januari 2010 geheel bekrachtigd ten aanzien van Spee en Werensteijn en het vonnis van 12 april 2010 deels, ten aanzien van Spee, bekrachtigd. Ten aanzien van Werensteijn heeft het hof het vonnis van 12 april 2010 deels bekrachtigd namelijk voor zover Werensteijn daarbij, uitvoerbaar bij voorraad, is veroordeeld in de proceskosten. Dit arrest is onherroepelijk.
- s) Van Kollenburg heeft op verzoek van curatoren nog een derde rapport van 31 juli 2012 uitgebracht aangaande het voldoen aan de administratieplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW.
- t) De curatoren voeren de onderhavige procedure op basis van de Garantiergeling curatoren 2011.

3.2.1. Curatoren hebben Spee, Peijer en Werensteijn in eerste aanleg in rechte betrokken en gevorderd om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht dat Spee, Peijer en Werensteijn jegens de boedel van Partrust hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van de artikelen 2:248 BW en/of 6:162 BW en/of 2:9 BW, alsmede dat zij uit dien hoofde jegens de boedel van Partrust hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het gehele boedeldeficit;
2. Spee, Peijer en Werensteijn hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan de boedel van het gehele boedeldeficit van Partrust, welk deficit zo nodig nader opgemaakt zal dienen te worden bij staat en vereffend dient te worden volgens de wet;
3. Spee, Peijer en Werensteijn hoofdelijk te veroordelen om aan de curatoren van Partrust te voldoen een bedrag van € 30.000.000,00, te vermeerderen met de wettelijke rente

over dat bedrag vanaf de datum van de dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening, bij wijze van voorschot op het door Spee, Peijer en Werensteijn te betalen boedeldeficit;

4. Spee, Peijer en Werensteijn hoofdelijk te veroordelen in de kosten van de procedure onder bepaling dat de proceskosten voldaan dienen te worden binnen 14 dagen na dagtekening van het te wijzen vonnis en, voor het geval voldoening binnen deze termijn niet plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

3.2.2. Werensteijn heeft een vordering in reconventie ingediend.

3.2.3. Curatoren leggen aan hun vorderingen ten grondslag dat Spee en Peijer als bestuurders en Werensteijn als bestuurder/feitelijk bestuurder hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedeldeficit op grond van de artikelen 2:248 BW en/of 2:9 BW en/of 6:162 BW.

Spee, Peijer en Werensteijn betwisten aansprakelijk te zijn op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en/of onrechtmatige daad. Spee, Peijer en Werensteijn beroepen zich subsidiair op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk zijn.

3.2.4. De rechtbank heeft bij het thans beroepen vonnis de vorderingen van curatoren tegen Werensteijn afgewezen.

Ten aanzien van de vorderingen tegen Spee en Peijer heeft de rechtbank (voor zover van belang in dit hoger beroep van Spee) voor recht verklaard dat Spee en Peijer jegens de boedel van Partrust hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW voor het gehele boedeldeficit, hen hoofdelijk veroordeeld tot betaling hiervan aan de boedel, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, en hen hoofdelijk veroordeeld in de proceskosten, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na het vonnis. Het meer of anders gevorderde - de uitvoerbaarverklaring bij voorraad en het voorschot van € 30 mln - werd afgewezen.

3.2.5. Deze beslissing was gestoeld op het oordeel van de rechtbank dat de termijnoverschrijding met betrekking tot de publicatie van de jaarrekening 2007 niet kon worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim in de taakvervulling van Spee en Peijer als bestuurder. De boekhoudverplichting van artikel 2:10 BW behoefde daarom geen bespreking.

De rechtbank oordeelde verder dat ex artikel 2:248 BW wordt vermoed dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling van Spee en Peijer een belangrijke oorzaak van het faillissement was. Spee en Peijer hebben dit wettelijk vermoeden niet ontkracht. De toekenning van het door curatoren gevraagde voorschot op het boedeltekort werd afgewezen aangezien de curatoren nog bezig waren met het uitwinnen van activa, zodat de omvang van het tekort nog niet bij benadering bekend was.

3.2.6. Spee is tegen het vonnis opgekomen met 6 grieven.

3.2.7. In incidenteel appel hebben curatoren één grief aangevoerd. Zij hebben daarbij tevens hun vordering ter zake het door Spee hoofdelijk met (slechts nog) Peijer te betalen voorschot verminderd tot een bedrag van € 3.000.000,00.

in principaal hoger beroep

3.3.1. In rov 3.7. heeft de rechtbank geoordeeld over de bewijskracht van de rapporten van Van Kollenburg. Vaststaat dat de zus van Van Kollenburg een van de door (het faillissement van) Partrust gedupeerde obligatiehouders is. De rechtbank oordeelde dat de hierdoor ontstane schijn van partijdigheid bij Van Kollenburg met zich brengt dat aan zijn rapporten geen doorslaggevend bewijs kan worden ontleend, maar dat deze rapporten moeten worden beschouwd als partijdeskundigen-rapporten, die kunnen dienen als onderbouwing van de stellingen van curatoren (voor zover door curatoren bepaalde onderdelen van de rapporten tot hun eigen stellingen zijn gemaakt). Spee stelt in grief II dat aan de rapportages van Van Kollenburg geen enkele bewijskracht kan worden toegekend, omdat - geparafraseerd - hij

gezien de omstandigheden nooit op onafhankelijke en onpartijdige wijze heeft kunnen rapporteren.

3.3.2. De grief faalt.

Zoals curatoren terecht opmerken in de memorie van antwoord zijn de rapporten van Van Kollenburg van meet af aan niet meer geweest dan rapporten die op verzoek van één partij zijn opgesteld, en hebben zij niet meer bewijskracht dan partij(deskundigen-)rapporten. Artikel 152 lid 2 Rv bepaalt dat het aan de rechter is om te beoordelen welke waarde daaraan moet worden toegekend. Gelet hierop staat het de rechter ook vrij om bij zijn beoordeling van het geschil een dergelijk rapport tot uitgangspunt te nemen, ook als in het partijdebat bezwaren zijn geuit tegen de wijze van totstandkoming of de inhoud daarvan.

3.4.1. De termijn voor de openbaarmaking van de jaarrekening van Partrust over 2007 is in strijd met artikel 2:394 lid 3 BW met 2 maanden en 3 dagen overschreden. De vraag is of deze termijnoverschrijding een onbelangrijk verzuim oplevert als bedoeld in de slotzin van artikel 2:248 lid 2 BW. Van een onbelangrijk verzuim is sprake indien het niet voldoen aan de verplichtingen als bedoeld in genoemd artikellid in de omstandigheden van het geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Indien het, zoals in dit geval, gaat om een overschrijding van de termijn van art. 2:394 lid 3 BW voor openbaarmaking van de jaarrekening, geldt dat het antwoord op de vraag of een overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten.

De rechtbank oordeelde in rov 3.33-3.35 dat geen sprake was van een onbelangrijk verzuim. Grief III is gericht tegen dit oordeel.

3.4.2. Stelplicht en bewijslast rusten op de aangesproken bestuurder. Voor zover Spee aanvoert dat de rechtbank gezien de - geringe - duur van de overschrijding te hoge eisen heeft gesteld aan de redenen voor die overschrijding heeft te gelden dat een termijnoverschrijding van 2 maanden en 3 dagen geen termijnoverschrijding is van slechts enkele dagen en er dus geen sprake is van een onbelangrijke termijnoverschrijding. De termijn is zodanig lang dat hogere eisen moeten worden gesteld aan de verklaring die Spee geeft voor de termijnoverschrijding om deze overschrijding aan te merken als een onbelangrijk verzuim.

3.4.3. Spee heeft met betrekking tot de termijnoverschrijding het volgende aangevoerd.

(i) De schuldeisers van Partrust zijn steeds adequaat geïnformeerd en zij waren ruim voor de uiteindelijke (te late) publicatiedatum op de hoogte van de financiële toestand; na 1 februari 2009 (de uiterlijke datum van deponering van de jaarstukken) is er ook niet meer in Partrust geïnvesteerd door obligatiehouders; en de nalatigheid om tijdig te publiceren vond niet haar oorzaak in malafiditeit van het bestuur, integendeel, de administratie was steeds op orde.

(ii) Het concept van de jaarrekening was tijdig gereed: het directieverslag was op 22 januari 2009 opgesteld;

(iii) De Belastingdienst treuzelde met haar onderzoek en Spee heeft haar vele malen aangespoord; de uitkomst van dit onderzoek was relevant omdat de vraag was of een belastingschuld ter zake omzetbelasting bestond;

(iv) Er was nog een lopende discussie met de AFM over de waardering van de houtkapconcessie in Guyana en de plantages in Costa Rica en de AFM stelde sancties in het vooruitzicht als de jaarrekening met de waardering zoals die Spee voor ogen stond zou worden gepubliceerd.

3.4.4. Curatoren hebben gemotiveerd betwist dat er sprake was van slechts een onbelangrijk verzuim. Zij wijzen er verder op dat onjuist is de stelling dat er na 1 februari 2009 - de datum waarop gepubliceerd had moeten zijn - niet meer zou zijn geïnvesteerd: in februari 2009 is door 6 obligatiehouders nog ruim € 158.000,00 gestort (prod. 16 incl. dagv.). Zij betwisten gemotiveerd dat obligatiehouders op de hoogte waren, integendeel, de onjuiste en onvolledige informatie van obligatiehouders is een van de grote verwijten aan de bestuurders van Partrust.

3.4.5. Allereerst valt op dat in hoger beroep, anders dan in eerste aanleg, niet meer wordt aangevoerd dat het niet tijdig vaststellen van de jaarrekening van FEL ertoe heeft geleid dat Partrust haar jaarrekening niet tijdig kon publiceren, noch dat de reden daarvan was gelegen in het niet kunnen betalen van de accountant.

3.4.6. Ten aanzien van het onderzoek van de Belastingdienst is het hof van oordeel dat dit Spee (en zijn medebestuurder(s)) er niet van had mogen weerhouden om de jaarrekening tijdig te deponeren. Zelf stelt Spee ook dat dit achteraf gezien verstandiger was geweest. De jaarrekening had gepubliceerd kunnen worden met een opmerking over het belastingonderzoek, of men had daarvoor een voorziening kunnen treffen. Dat de crediteuren niets hebben aan een jaarrekening met opmerkingen, zoals Spee in feite stelt, is niet aan hem om te beoordelen. Zonder nadere, niet gegeven, toelichting valt niet in te zien waarom dit onderzoek een struikelblok zou zijn geweest voor het tijdig publiceren van de jaarrekening over 2007, temeer daar bij pleidooi door Spee is gesteld dat de conceptjaarrekening over 2007 reeds in de zomer van 2006 gereed was. Dat er in 2006 geen, en in 2007 wel uitzicht was op het rapport van de Belastingdienst is geen afdoende verklaring. Het gedane bewijsaanbod met betrekking tot de aansporing van de belastingambtenaren wordt daarom als niet relevant gepasseerd.

3.4.7. Ook de lopende discussie met AFM levert naar het oordeel van het hof geen aanvaardbare verklaring op voor het niet tijdig publiceren van de jaarrekening. Door curatoren is onder verwijzing naar de AFM-rapportage overtuigend gesteld dat Partrust steeds te laat en/of onvolledig was met het aanleveren van de door AFM gevraagde informatie, die onder meer aan Partrust werd gevraagd vanwege het door haar gekozen businessmodel en de over haar verschenen publicaties. Daardoor hebben de bestuurders van Partrust het zelf mede in de hand gewerkt dat een AFM onderzoek werd gestart en dat de AFM-rapportage eerst na 1 februari 2009 gereed was. Daarnaast geldt dat in de gepubliceerde jaarrekening niets is vermeld omtrent de discussie met AFM, noch daarin een voorziening is opgenomen voor de aangekondigde sancties. Het door Spee gedane bewijsaanbod dat Partrust gezien de aangekondigde sancties niet kon publiceren in de vorm die voorlag, is niet relevant en wordt gepasseerd want Partrust had – nu de jaarrekening reeds in concept gereed was in de zomer van 2006 - wel kunnen publiceren met opmerkingen en/of voorzieningen. Uiteindelijk heeft Partrust bovendien in de gepubliceerde jaarrekening de reeds in het concept opgenomen waarderingen – ondanks het rapport van AFM – ongewijzigd gelaten. Daarnaast geldt dat, juist in een periode dat een beleggingsbedrijf als Partrust negatief in de pers verschijnt - zoals hier het geval was en waarnaar Spee ook verwijst -, het van belang is dat de jaarrekening tijdig wordt gepubliceerd. Dat dit niet gebeurd is bij een bedrijf als dit, is, in het bijzonder in de in rov 3.1.2. onder g-h-i genoemde omstandigheden, des te laakbaarder. Dat de administratie intern op orde zou zijn, zoals door Spee gesteld maar door curatoren is betwist, doet daar niet aan af en bovendien heeft dit met de verplichting tot tijdige deponering van de jaarrekening niets van doen.

3.4.8. De conclusie is dat in de omstandigheden van dit geval door Spee geen aanvaardbare verklaring is gegeven voor de termijnoverschrijding van de publicatie van de jaarrekening die meebrengt dat die overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan worden aangemerkt.

Dit betekent dat krachtens artikel 2:248 lid 2 BW vaststaat dat Spee zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld, en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Partrust. Grief III faalt.

3.5. Terecht heeft de rechtbank overwogen dat de vraag of door Partrust was voldaan aan artikel 2:10 BW geen bespreking meer behoeft, nu zij – naar het oordeel van het hof op goede gronden – van oordeel was dat de termijnoverschrijding bij de publicatie van de jaarrekening niet kwalificeert als een onbelangrijk verzuim en daarmee het kennelijk onbehoorlijk bestuur door Spee onweerlegbaar vast is komen te staan. Grief IV faalt hiermee. De stelling van Spee dat het toch altijd belangrijk is om vast te stellen dat aan de administratieplicht is voldaan, omdat in dat geval de lat lager ligt voor het leveren van tegenbewijs tegen het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, komt in rov 3.6.7. aan de orde.

3.6.1. Tegenover het vermoeden dat het faillissement van Partrust is veroorzaakt door het onbehoorlijk bestuur van (onder andere) Spee, staat dat (in dit geding:) Spee dit vermoeden kan ontzenuwen, waarvoor volstaat dat hij aannemelijk maakt dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling – in het algemeen, dus niet beperkt tot schending van de publicatieplicht – een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Met grief V klaagt Spee erover dat de rechtbank het criterium “aannemelijk maken” te stringent heeft gehanteerd. Spee stelt dat hij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het faillissement van Partrust is veroorzaakt door de door hem geschetste cascade van gebeurtenissen. Hierbij hecht het hof eraan om te herhalen dat aannemelijk gemaakt moet worden dat andere feiten en omstandigheden *dan het kennelijk onbehoorlijk bestuur* (dat door de te late publicatie onweerlegbaar vast staat) de oorzaken van het faillissement waren en niet, zoals Spee onder meer bij pleidooi heeft aangevoerd (bijvoorbeeld door te verwijzen naar de andere groepsvennootschappen waar wel tijdig was gepubliceerd, maar die toch ook failliet zijn gegaan) andere feiten of omstandigheden dan de te late publicatie zelf.

3.6.2. In hoger beroep heeft Spee als oorzaken voor het faillissement van Partrust aangegeven de niet aflatende stroom van negatieve publiciteit, waardoor Partrust niet voldoende gelden uit de markt kon aantrekken, met als gevolg dat de waardevolle concessie in Guyana niet winstgevend geëxploiteerd kon worden (mvg 43). Daarnaast is gewezen op de kredietcrisis als oorzaak. Voorts heeft Spee gesteld dat Partrust eind 2006 en 2007 een aanzienlijk eigen vermogen had (te weten resp. ruim € 10 mln en € 8,5 mln) en dat zij ook eind 2005 – anders dan de rechtbank oordeelde – geen aanzienlijk negatief eigen vermogen had. Zowel in 2006 als in 2007 bestond er een gezonde verhouding tussen het bedrag dat aan obligatieleningen werd aangetrokken en het deel dat aan obligatiehouders werd uitbetaald (te weten 39% en 37%). Het percentage in 2008 – 74% – was alleen maar te wijten aan de enorme terugval van nieuwe obligatieleningen (die door de hetze tegen Partrust werd veroorzaakt). Er was inderdaad geen positieve kasstroom, zoals de rechtbank terecht overwoog, maar op de tegenslagen die Partrust ondervond kon niet worden geanticipeerd, aldus nog steeds Spee.

3.6.3. Curatoren betwisten, met een beroep op het rapport van BDO, gemotiveerd dat het eigen vermogen van Partrust in 2005-2007 er voorstond zoals Spee stelt. Volgens curatoren dient een correctie te worden toegepast die maakt dat er over genoemde jaren zelfs sprake was van een zeer fors negatief eigen vermogen. Het hof zal deze discussie laten rusten, nu in ieder geval tussen partijen wel vaststaat dat er bij Partrust geen sprake was van een positieve operationele kasstroom. Door Spee is ook niet betwist de vaststelling van de rechtbank (in rov 3.39) dat de aangegane projecten onvoldoende opbrengsten genereerden om aan de aangegane financieringsverplichtingen jegens de obligatiehouders te voldoen. De door Spee

genoemde "gezonde verhouding" was ook alleen maar "gezond", omdat in de jaren 2006 en 2007 zeer veel nieuwe obligatieleningen werden aangegaan, niet omdat de beleggingen zelf zo floreerden (in deze voor dit soort beleggingen zeer korte periode). Maar wat daar ook van zij, bij het vaststaande percentage dat in 2008 niet werd geïnvesteerd - 74% - dringen de begrippen "piramideren", "rentecarrousel" en "het ene gat met het andere vullen" zich nadrukkelijk op. Ook al zou, zoals Spee nadrukkelijk stelt, iets dergelijks nooit de opzet zijn geweest van Partrust, dan doet dat er niet aan af dat in toenemende mate en in ieder geval vanaf 2008 het uiteindelijke bedrijfsmodel daar voor de nieuw aangetrokken obligatiehouders wel op neer kwam. Het hof wijst in dit verband bijvoorbeeld op de notulen van Partrust van 13 mei 2008 (prod. 46 inl. dagv.) waarin valt te lezen:

"2. Funding

MH geeft aan dat de heer F[...] heeft aangegeven voor een bedrag van € 800.000,- te willen deelnemen

(..)

3. Vrijval

(..)

Indien de € 800.000,- van de heer F[...] binnen is wordt de volgende verdeling afgesproken:

Rente juni: € 250.000,-

Afdracht bv: € 40.000,-

Vrijval: € 200.000,-

Blijft over € 300.000,- voor SWP. Indien wat meer nodig is kan eventueel € 200.000,- voor de rente worden gereserveerd."

Het hof is van oordeel dat het werken met een dergelijk bedrijfsmodel tegenover de obligatiehouders (de schuldeisers) heeft te gelden als onbehoorlijk bestuur en dat dit dus niet als verontschuldiging voor het faillissement kan worden gebruikt, zoals Spee lijkt te doen.

3.6.4. Het hof betreft hierbij dat de obligatiehouders onjuist, althans onvolledig werden geïnformeerd over de werkelijke financiële verhoudingen binnen Partrust. De in rov 3.1.2. weergegeven werkelijke financiële verhouding komt niet overeen met de vermelding in de door Partrust uitgegeven stukken. Zo staat in het prospectus van Partrust ter zake de bosbouwconcessie in Guyana (prod 5 inl. dagv.) op bladzijde 14:

"(FEL) 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 gelicerde vennootschap EcoGarant

(..)

De aandelen van FEL zijn in 2006 voor 60% overgedragen aan ParTrust Beheer B.V. en EcoGarant (...) en voor 40% in bezit van in totaal drie andere Nederlandse natuurlijke personen."

Anders dan in het prospectus staat vermeld, was Partrust echter geen aandeelhouder van FEL. Partrust had dan ook – anders dan wordt gesuggereerd – geen eigen winstrecht op grond van een rechtstreekse aandeelhoudersrelatie tussen haar en FEL, de houdster van de bosbouwconcessie, laat staan een winstrecht van 60%. Evenmin bestond er een vennootschapsrechtelijke relatie tussen Partrust en Ecogarant. De aandelen in FEL werden voor 60% gehouden door Ecogarant (en voor 40% door andere partijen, niet zijnde Partrust), terwijl de aandelen in Ecogarant niet door Partrust werden gehouden maar door de persoonlijke houdstermaatschappijen van Spee, Peijer en Werensteijn (zie rov 3.1 onder d). Partrust had slechts (op grond van de overeenkomst van 19 juli 2006 tussen Partrust en Ecogarant, zie rov 3.1 onder f) een contractuele aanspraak op 50% van de door Ecogarant te behalen winsten waartegenover een prestatie van Partrust diende te staan (het aantrekken van nieuwe gelden) en de contractuele aanspraak van Partrust zou komen te vervallen als zij niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen (zoals uiteindelijk het geval bleek). Hierbij dient nog in aanmerking te worden genomen dat Ecogarant 60% van de aandelen in FEL hield, zodat Partrust per saldo een (indirect) contractueel winstrecht van $(50\% \times 60\%) = 30\%$ op de met de bosbouwconcessie te behalen winst had. Bovendien bleef de ander 30% van de winst achter in Ecogarant waarvan Spee, Peijer en Werensteijn de indirecte aandeelhouders waren.

Dat de obligatiehouders zich inderdaad verkeerd geïnformeerd achtten, blijkt onder meer uit het in rov 3.1.2. onder h vermelde rapport van de Raad van Advies.

Gesteld noch gebleken is verder dat de crediteuren geïnformeerd zijn over de discussies die Partrust eind 2008/begin 2009 voerde met de fiscus.

Het niet en/of verkeerd informeren van de obligatiehouders is op zichzelf al onbehoorlijk.

3.6.5. De negatieve berichtgeving in de pers, die Spee aanwijst als belangrijkste oorzaak van het faillissement, is naar het oordeel van het hof het gevolg van het (in ieder geval vanaf 2008) gehanteerde bedrijfsmodel van Partrust, gecombineerd met het onjuist c.q. onvolledig informeren van obligatiehouders. Deze kwesties riepen vragen op, waarover in de pers is bericht. Die berichtgeving is dus geen oorzaak, maar een gevolg. Gegeven het feit dat steeds, in ieder geval sinds 2008, nieuwe investeerders nodig waren om de oude te betalen is het ook onvoldoende aannemelijk dat er een reël perspectief was op een positieve kasstroom uit het bedrijf zelf en het is onvoldoende aannemelijk geworden dat, als er meer investeerders waren geweest, het bedrijf wel voldoende opbrengst zou hebben kunnen genereren om alle investeerders daaruit te voldoen. Nergens is ook gesteld dat de investeerders vóór de negatieve publiciteit wel betaald werden uit opbrengsten uit de bedrijfsvoering of dat bijvoorbeeld gezorgd was voor zekerheid die als garantie voor de investeringen van de obligatiehouders kon dienen.

3.6.6. Naar het oordeel van het hof is de aan de bestuurders van Partrust, waaronder Spee, te verwijten tekortkoming erin gelegen dat er gelden werden aangetrokken die - in ieder geval vanaf 2008 - niet of maar voor een zeer klein deel werden geïnvesteerd en dat de verplichtingen vooruit werden geschoven. Uit niets is gebleken dat de aan de obligatiehouders voorgespiegelde percentages (uiteindelijk) zouden kunnen worden uitbetaald uit de bedrijfsvoering en dat ook alle inleg daaruit terugbetaald kon worden. Hierin ligt naar het oordeel van het hof de belangrijkste oorzaak van het faillissement.

3.6.7. Ten aanzien van het verweer van Spee dat de rechtbank de lat te hoog heeft gelegd voor het beoordelen van het door hem te leveren tegenbewijs tegen het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, heeft het hof hiervoor al overwogen dat dit berust op een rehtens onjuiste gedachte.

Grief V faalt.

3.7.1. Grief VI is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de gevraagde matiging eerst in de schadestaat aan de orde dient te komen, omdat dan pas de hoogte van het tekort bekend is. Hiermee miskent de rechtbank het karakter van de schadestaatprocedure, aldus Spee.

3.7.2. Het hof stelt voorop dat artikel 2:248 lid 4 BW bepaalt dat de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn kan verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. Lid 5 van dit artikel bepaalt dat als de omvang van het tekort nog niet bekend is de rechter *al dan niet met toepassing van het vierde lid* (curs. hof) kan bepalen dat het tekort in een schadestaatprocedure zal worden begroot.

In zijn arrest van 20 juni 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BC8974) heeft de Hoge Raad overwogen dat het tekort in het faillissement "*ook bij toepassing van art. 2:248 lid 5*" moet worden begroot op het bedrag van de schulden voor zover die niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. De begroting van dat tekort wordt niet beïnvloed door de mate waarin de curator erin slaagt de door de aansprakelijke bestuurder gemaakte aanmerkingen op het boedelbeheer te weerleggen. De wijze waarop een faillissement is afgewikkeld, kan ingevolge artikel 2:248 lid 4 BW wel bijdragen tot het oordeel van de

rechter dat hem het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, hem bovenmatig voorkomt.

Uit de parlementaire geschiedenis tenslotte blijkt dat een beroep op matiging niet steeds behoeft te worden gedaan, maar dat de rechter de discretionaire bevoegdheid heeft om hierover eventueel ambtshalve te oordelen, indien hem dat geraden voorkomt.

3.7.3. Het hof leidt hieruit af dat een oordeel op een gedaan beroep op matiging, dan wel een ambtshalve oordeel omtrent matiging, door de rechter reeds in de aansprakelijkheidsprocedure kan worden gegeven, voordat het tekort is vastgesteld.

Weliswaar kan een geslaagd beroep op matiging niet van invloed zijn op de hoogte van het tekort (dat wordt bijvoorbeeld niet kleiner indien de rechter zou oordelen dat het kleiner had moeten zijn indien de curator zijn taak naar behoren had vervuld), maar wel op de vraag naar de mate waarin het vastgestelde tekort aan het onbehoorlijk bestuur kan worden toegerekend. Ten aanzien van een dergelijk beroep op matiging kunnen omstandigheden of proceseconomische argumenten meebrengen dat dit in de schadestaatprocedure dient te worden beoordeeld.

3.7.4. Spee heeft ter onderbouwing van zijn beroep op matiging aangevoerd dat hij onvoldoende inkomen en vermogen heeft om aan een - c.q. enige - veroordeling ten gunste van de boedel te voldoen. Hierin is evenwel geen grond voor matiging gelegen. Matiging op grond van artikel 2:248 lid 4 BW is slechts mogelijk op de in dat artikel genoemde gronden. Nu matiging ook ambtshalve kan geschieden, geeft het hof als zijn oordeel dat hij in de feiten en omstandigheden van dit geval daarvoor geen aanleiding ziet. Spee is wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk voor het boedeltekort en matiging daarvan is een uitzondering. De gestelde persoonlijke (financiële) omstandigheden van Spee doen niet af aan de aard en de ernst van de geconstateerde onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur van Partrust. Er is niet gebleken van andere oorzaken van het faillissement van Partrust dan de onbehoorlijke taakvervulling.

3.7.5. De stelling van Spee (mva inc app onder 3) - in het kader van zijn verweer tegen het gevorderde voorschot- dat (een deel van) het boedeltekort is veroorzaakt door de wijze waarop de curatoren het boedelbeheer hebben uitgevoerd, wordt door het hof - gezien het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 2008 - mede opgevat als een beroep op matiging. De feiten en omstandigheden die Spee ter onderbouwing van zijn beroep op matiging in dit verband aanvoert zijn evenwel zeer algemeen gesteld. Zo schrijft Spee dat curatoren "een veelvoud van miljoenen" hebben uitgegeven om waardevolle bestanddelen te gelde te maken, maar dat zij dit "op uitermate onzorgvuldige en onjuiste wijze" hebben gedaan. Deze stellingen zijn op geen enkele wijze door Spee onderbouwd en bij pleidooi door curatoren bestreden. Het hof is van oordeel dat in deze procedure onvoldoende concrete feiten en omstandigheden zijn gesteld op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat curatoren ten onrechte een deel van het boedeltekort hebben veroorzaakt en dat een redelijk handelend curator niet zou hebben gehandeld zo als curatoren in deze hebben gedaan. Reeds daarom kan daarvan in deze procedure niet worden uitgegaan. Dat betekent dat het hof niet toekomt aan het bewijsaanbod van Spee.

3.7.6. De slotsom is dat ook grief VI faalt.

in incidenteel hoger beroep

3.8.1. In eerste aanleg hebben curatoren een veroordeling gevorderd van Spee (hoofdelijk met Peijer en Werensteijn) tot het betalen van een voorschot van € 30 miljoen op het uiteindelijk te betalen boedeldeficit van naar verwachting € 33 miljoen. Tegen de afwijzing van deze vordering door de rechtbank hebben curatoren in hoger beroep ingebracht dat per 14 december 2012 het saldo op de boedelrekening € 2.139,16 bedroeg en dat het

boedeltekort vrijwel gelijk is aan het bedrag van de ingediende vorderingen (zijnde € 33 miljoen). Per 4 februari 2016 is het saldo op de boedelrekening € 42.090,94. Zij stellen verder dat er waarschijnlijk uit de exploitatie van de concessie in Guyana geen serieuze opbrengst zal komen. Het voorschot van € 30 miljoen ligt daarom voor toewijzing gereed, nu het boedeltekort rond de € 33 miljoen zal blijven. Om hen moverende redenen verlagen curatoren evenwel het van Spee (hoofdelijk met Peijer) gevorderde voorschot tot € 3 miljoen. Zij stellen dat de boedel een groot belang heeft bij het verkrijgen van een voorschot van die omvang om daarmee in de eerste plaats aan het Ministerie van Justitie de ontvangen gelden uit hoofde van de Garantieregeling Curatoren te kunnen terugbetalen en het resterende te kunnen aanwenden om het faillissement af te wikkelen (waaronder valt het voeren van een schadestaatprocedure).

3.8.2. Spee verweert zich tegen het gevorderde voorschot met (naast de reeds verworpen stelling dat geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid) allereerst met de stelling dat curatoren zelf de hoogte van het boedeltekort (mede) hebben veroorzaakt. In de schadestaatprocedure zal volgens hem beoordeeld moeten worden welke invloed de gedragingen van curatoren hebben gehad op de omvang van het tekort, zodat daarover thans nog niet gecoördineerd kan worden. Daarnaast stelt hij dat gesteld noch gebleken is dat het Ministerie van (Veiligheid en) Justitie thans op terugbetaling aandringt, noch dat c.q. tot in hoeverre het ontvangen bedrag van € 3 miljoen reeds door curatoren is verbruikt, en waarom met die ontvangen gelden (eventueel gecombineerd met het bedrag van de boedelrekening) het faillissement niet zou kunnen worden afgewikkeld.

3.8.3. Zoals reeds hiervoor in rov. 3.7.2. is weergegeven, is de door Spee gelegde koppeling tussen het boedelbeheer en het uiteindelijke faillissementstekort rechtens onjuist. Dit in aanmerking genomen is door Spee niet gemotiveerd betwist dat er een boedeldeficit zal zijn van een omvang als door curatoren gesteld. Dat de uiteindelijke aansprakelijkheid van Spee (en zijn mede-bestuurder(s)) op een veel lager bedrag zal komen te liggen acht het hof vooralsnog onvoldoende aannemelijk.

In aanmerking genomen het feit dat door curatoren thans een aanmerkelijk lager voorschot wordt gevorderd, acht het hof in het feit dat het uiteindelijke boedeltekort nog niet is vastgesteld, en in het feit dat in de schadestaatprocedure nog over een beroep op matiging kan worden beslist, onvoldoende grond gelegen om het gevorderde voorschot niet toe te wijzen. Hetzelfde geldt voor de andere door Spee aangevoerde argumenten.

Op grond van het bovenstaande is het hof van oordeel dat het bedrag van 10% van het gestelde en onvoldoende betwiste boedeltekort als voorschot zal kunnen worden toegewezen. Het hof acht het voldoende aannemelijk dat de bestuurders van Partrust minimaal voor een bedrag van die grootte aansprakelijk zullen zijn. Een restitutierisico wordt daarom niet aanwezig geacht en er is geen reden om dit arrest niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. De grief slaagt en het hof zal het gevorderde – verlaagde – voorschot van € 3 miljoen alsnog toewijzen.

3.8.4. De gevorderde hoofdelijke veroordeling (met die van Peijer als gevorderd in de zaak in hoger beroep met nrs.200.178.281/01 tussen curatoren en voormelde geïntimeerde) zal met de gevorderde wettelijke rente worden toegewezen.

in principaal en incidenteel hoger beroep

3.9.1. In principaal hoger beroep falen de grieven. Aan de gedane bewijsaanbiedingen door Spee gaat het hof voorbij, nu geen feiten zijn gesteld die, indien bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden.

3.9.2. Het beroepen vonnis zal worden vernietigd voor zover daarin het gevorderde voorschot geheel is afgewezen, en Spee zal worden veroordeeld als in het dictum te melden.

Voor het overige zal het vonnis worden bekrachtigd.

3.9.3. Spee zal worden veroordeeld in de kosten van het principaal hoger beroep, met de wettelijke rente hierover als in het dictum te melden. Het hof zal hierbij rekening houden met het feit dat curatoren in deze procedure en die tegen Peijer (zaaknummer 200.178.281/01) steeds één en hetzelfde processtuk hebben overgelegd, en ook in beide zaken tegelijk hebben gepleit (dit laatste samen met het pleidooi in de zaak tegen W. Werensteijn, zaaknummer 200.182.256/01) op die wijze, dat het hof de helft van de aan curatoren toe te wijzen kosten in deze procedure tegen Spee zal toewijzen, en de andere helft in de procedure tegen Peijer.

3.9.4. In incidenteel hoger beroep zal Spee in de proceskosten worden verwezen, op overeenkomstige wijze als in het principaal hoger beroep.

3.9.5. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

4. De beslissing

Het hof:

op het principaal en incidenteel hoger beroep

vernietigt het beroepen vonnis gewezen tussen Spee en curatoren doch slechts voor zover daarin het gevorderde voorschot is afgewezen en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Spee, hoofdelijk met Peijer, des dat indien en voor zover na te noemen bedrag geheel of ten dele door Peijer is voldaan, Spee in zoverre zal zijn bevrijd, tot betaling aan de boedel van Partrust Beheer B.V. van een bedrag van € 3.000.000,00 (drie miljoen euro) bij wijze van voorschot op het boedeldeficit tot betaling waarvan Spee zal worden veroordeeld, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van dagvaarding in eerste aanleg tot aan de dag der voldoening;

wijst het door curatoren meer of anders gevorderde af;

bekrachtigt het beroepen vonnis voor al het overige;

veroordeelt Spee in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden in principaal hoger beroep aan de zijde van curatoren op € 1.615,00 aan griffierecht en op € 6.870,00 aan salaris advocaat, en in incidenteel hoger beroep op € 3.435,00 aan salaris advocaat,

en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan over deze bedragen de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW is verschuldigd vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.A.M. van Schaik-Veltman, H.A.G. Fikkers en D.A.E.M. Hulskes en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 8 augustus 2017.

griffier

rolraadsheer

2.0.2.

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer 200.178.281/01

arrest van 8 augustus 2017

in de zaak van

Wilhelmus Elbertus Hendrikus Peijer,
wonende te Randwijk,
appellant in principaal hoger beroep,
geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als Peijer,
advocaat: mr. B.G. Arends te Eindhoven,

tegen

1. **Leonard Jozef Marie Luchtman**, in zijn hoedanigheid van **curator in het faillissement van Partrust Beheer B.V.**,
wonende te Breda,
2. **Bart Floris Louwerier**, in zijn hoedanigheid van **curator in het faillissement van Partrust Beheer B.V.**,
wonende te Breda,
geïntimeerden in principaal hoger beroep,
appellanten in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als curatoren,
advocaat: mr. B.J.M.P. Cremers te Breda,

op het bij exploit van dagvaarding van 18 augustus 2015 ingeleide hoger beroep van het eindvonnis van 3 juni 2015, door de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda gewezen tussen Peijer als gedaagde en curatoren als eisers.

1. Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/02/262911/HA ZA 13-288)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormelde vonnissen.

2. Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven met producties;
- de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep tevens akte vermindering van eis met producties;
- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep
- het pleidooi, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd en ter gelegenheid waarvan Peijer bij akte producties in het geding heeft gebracht.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3. De beoordeling in beide zaken

in principaal en incidenteel hoger beroep

3.1.1. In rov 3.1. a tot en met t heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. Met grief I wordt deze vaststelling bestreden. Voor zover Peijer met die grief klaagt over de opsomming van de door de rechtbank als vaststaand aangenomen feiten, faalt de grief omdat de rechtbank vrij is in de keuze van de feiten die zij als relevant in de weergave van de vaststaande feiten vermeldt. Een dergelijke weergave laat bovendien het wegen van overige niet in de feitenweergave genoemde feiten, voor zover relevant, onverlet. Anderzijds, voor zover Peijer met de grief klaagt over onjuistheden in de vastgestelde feiten, slaagt de grief. De curatoren hebben de door Peijer opgemerkte onjuistheden als zodanig ook niet bestreden. Het hof zal een nieuw overzicht geven van de feiten. Het enkele feit dat de grief in zoverre slaagt, leidt echter nog niet tot vernietiging van het bestreden vonnis.

3.1.2. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.

- a) Peijer was van 16 augustus 2007 tot 20 mei 2009 (datum faillissement) bestuurder van de besloten vennootschap Partrust Beheer BV (hierna: Partrust). P.J.M. Spee (hierna: Spee) was gedurende hetzelfde tijdvak bestuurder. W. Werensteijn (hierna: Werensteijn) was bestuurder van Partrust van 1 februari 2005 tot 1 oktober 2006.
- b) Partrust is opgericht op 26 oktober 1999. Partrust hield zich bezig met het aantrekken van gelden op de openbare markt door uitgave van obligaties, welke gelden volgens de uitgegeven prospectussen en toelichtingen van de directie werden belegd in geselecteerde ondernemingen, waaronder een houtplantage in Costa Rica en een bosbouwconcessie in Guyana.
- c1) Partrust (en de aan haar gelieerde entiteiten) investeerde(n) rechtstreeks in de door haar (hen) geselecteerde ondernemingen.
- c2) De grootmoedermaatschappij van Partrust was SWP Holding BV, waarvan Spee, Peijer en Werensteijn directeur/groootaandeelhouder waren en welke vennootschap ook in staat van faillissement verkeert.
- d) De vennootschap naar het recht van Brits Guyana, Forest Enterprises Ltd. (hierna: FEL) is houder van voormelde bosbouwconcessie in Guyana. De aandelen van FEL zijn voor 60% in handen van Ecogarant Nederlandse Bosbouwmaatschappij SA, gevestigd te Costa Rica (hierna: Ecogarant). De aandelen in Ecogarant werden in drie gelijke porties gehouden door de persoonlijke houdstermaatschappijen van Spee, Peijer en Werensteijn. Partrust heeft geen vennootschappelijke relatie met Ecogarant. Ecogarant heeft een houtplantage in Costa Rica.
- e) Op 3 januari 2006 heeft Fortis Bank NV (hierna: Fortis) 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 hier naar het oordeel van Fortis niet aan. Partrust heeft in kort geding gevorderd om deze opzegging ongedaan te maken. Bij vonnis van 6 april 2006 is deze vordering door de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam afgewezen.
- f) Ecogarant en Partrust zijn op 19 juli 2006 schriftelijk overeengekomen dat Partrust als tegenprestatie voor het door Partrust ter beschikking stellen van haar marketingcapaciteit ten behoeve van het aantrekken van funding voor Ecogarant een royalty zou krijgen gelijk

aan 50% van de (60%) winstrechten die Ecogarant als gevolg van haar aandelenbelang in FEL zouden toekomen.

g) Bij brief van 20 augustus 2008 heeft Partrust de obligatiehouders ervan in kennis gesteld dat men niet in staat was de maandelijkse rente-uitkering te doen.

h) In 2008 heeft Partrust, naar aanleiding van onrust onder haar obligatiehouders en in verband met conversieplannen van de directie van Partrust, een Raad van Advies ingesteld, gevormd uit deze obligatiehouders. De Raad van Advies heeft op 25 maart 2009 een "Eerste voorlopige rapportage en aanbevelingen" uitgebracht. 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.

il) In de periode 18 november 2008 tot en met 2 maart 2009 heeft de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) een onderzoek verricht naar de naleving van de Wet handhaving consumentenbescherming door Partrust. AFM heeft een rapport van 13 maart 2009 uitgebracht. Volgens AFM handelt Partrust onrechtmatig jegens haar obligatiehouders door een (in het bijzonder) oneerlijke handelspraktijk te verrichten, namelijk een misleidende handelspraktijk als genoemd in artikel 6:193d, eerste lid, BW, de misleidende omissie. AFM heeft geoordeeld dat Partrust (in elk geval) essentiële informatie heeft weggelaten over de verhouding tussen de inleg en de investeringen, de verhouding tussen de netto-inleg en de uitbetalingen aan obligatiehouders, de gerealiseerde kasstromen en de actuele financiële situatie van Partrust, welke informatie obligatiehouders nodig hebben om een geïnformeerd besluit te nemen over het uitoefenen van hun contractuele rechten in verband met de obligatieovereenkomsten en het conversievoorstel, dan wel over het accepteren van het conversievoorstel. AFM heeft haar bevindingen bij brief van 22 april 2009 onder de aandacht gebracht van het Openbaar Ministerie/Functioneel Parket en daarbij een strafrechtelijke aangifte gedaan tegen Partrust. In haar aangifte sprak AFM het vermoeden uit dat Partrust een rentecarrousel onderhield en in feite haar beleggers oplichtte.

i2) FIOD-ECD (hierna: FIOD) heeft een strafrechtelijk onderzoek uitgevoerd tegen Spee, Peijer en Werensteijn. Bij het onderzoek is FIOD tot de bevinding gekomen dat slechts een gering deel van de inleg voor investeringsdoeleinden werd gebruikt en dat dit een rentecarrousel deed vermoeden. Bij nader onderzoek kwam FIOD tot het oordeel dat er geen aanwijzingen zijn dat er bij Partrust is gepiramideerd.

i3) Dit hof heeft op 4 augustus 2015 het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk verklaard in de strafvervolgning van Peijer in dit verband, omdat het met de strafvervolgning te realiseren doel, te weten veroordeling, niet meer gehaald kan worden in verband met de naderende verjaring van de ten laste gelegde feiten.

ji) De jaarrekening van Partrust over 2007 is op 3 april 2009 gepubliceerd.

j2) Bij beschikking van de rechtbank Rotterdam van 10 april 2009 is aan Partrust voorlopige surseance van betaling verleend, met benoeming van mr. F. Kessels te Breda tot bewindvoerder. Bij beschikking van 20 mei 2009 is de surseance ingetrokken en is Partrust in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van mr. F. Kessels en mr. Luchtman als curatoren. Mr. F. Kessels is later teruggetreden als curator, in zijn plaats is bij beschikking van 1 december 2010 mr. Louwerier als curator aangesteld.

k) In opdracht van mr. Luchtman heeft Ernst & Young Security en Integrity Services B.V. (hierna: Ernst & Young) een onderzoek verricht naar de financiële administratie en daartoe strekkende (administratieve) bescheiden van Partrust, voor zover deze ter beschikking van de curator stonden. Ernst & Young heeft op 23 september 2009 een rapport uitgebracht waarin wordt aangegeven dat met een redelijke mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat delen van de administratie en/of administratieve bescheiden/gegevens ontbreken bij de curator alsmede dat de (administratieve) onderbouwing van de individuele mutaties, in het bijzonder voor zover deze ziet op de individuele rekening-courant mutaties,

ontbreekt bij de curator en/of niet het vereiste inzicht geeft.

(l.m.n.) (..)

o) Op verzoek van (de advocaten van) de bestuurders van Partrust heeft Deloitte een onderzoek gedaan naar de besteding van de ingelegde gelden in Partrust, waarover Deloitte op 26 maart 2010 heeft gerapporteerd. Vervolgens heeft Deloitte nog een (aanvullend) onderzoek gedaan naar de administratieverplichting en de besteding van de ingelegde gelden en daarover op 17 november 2010 gerapporteerd.

p1) Prof. drs. J.C.E. van Kollenburg RA (hierna: Van Kollenburg) verbonden aan BDO Investigations BV (hierna: BDO) heeft op verzoek van de curatoren een onderzoek naar de administratie van Partrust gedaan. Op 7 november 2011 heeft Van Kollenburg een rapport van feitelijke bevindingen inzake het actualiseren en afronden van de inventarisatie van de administratie van Partrust uitgebracht en een rapport inzake Partrust aangaande het voldoen aan de verslaggevings- en deponeringsvoorschriften met betrekking tot de jaarrekening.

p2) De zus van Van Kollenburg bezit twee obligaties in Partrust van ieder € 50.000,00.

q) Op 29 november 2011 heeft een verificatievergadering plaatsgevonden. In dat kader zijn in totaal 290 obligatiehouders (crediteuren) geverifieerd tot een totaalbedrag van € 33.138.865,83.

r) (..)

s) Van Kollenburg heeft op verzoek van curatoren nog een derde rapport van 31 juli 2012 uitgebracht aangaande het voldoen aan de administratieplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW.

t) De curatoren voeren de onderhavige procedure op basis van de Garantieregeling curatoren 2011.

3.2.1. Curatoren hebben Spee, Peijer en Werensteijn in eerste aanleg in rechte betrokken en gevorderd om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht dat Spee, Peijer en Werensteijn jegens de boedel van Partrust hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van de artikelen 2:248 BW en/of 6:162 BW en/of 2:9 BW, alsmede dat zij uit dien hoofde jegens de boedel van Partrust hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het gehele boedeldeficit;

2. Spee, Peijer en Werensteijn hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan de boedel van het gehele boedeldeficit van Partrust, welk deficit zo nodig nader opgemaakt zal dienen te worden bij staat en vereffend dient te worden volgens de wet;

3. Spee, Peijer en Werensteijn hoofdelijk te veroordelen om aan de curatoren van Partrust te voldoen een bedrag van € 30.000.000,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf de datum van de dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening, bij wijze van voorschot op het door Spee, Peijer en Werensteijn te betalen boedeldeficit;

4. Spee, Peijer en Werensteijn hoofdelijk te veroordelen in de kosten van de procedure onder bepaling dat de proceskosten voldaan dienen te worden binnen 14 dagen na dagtekening van het te wijzen vonnis en, voor het geval voldoening binnen deze termijn niet plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

3.2.2. Werensteijn heeft een vordering in reconventie ingediend.

Peijer heeft een incident opgeworpen, waarin hij vorderde dat de rechtbank zich onbevoegd verklaarde. Dit is bij vonnis van 30 april 2014 afgewezen.

3.2.3. Curatoren leggen aan hun vorderingen ten grondslag dat Spee en Peijer als bestuurders en Werensteijn als bestuurder/feitelijk bestuurder hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedeldeficit op grond van de artikelen 2:248 BW en/of 2:9 BW en/of 6:162 BW. Spee, Peijer en Werensteijn betwisten aansprakelijk te zijn op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en/of onrechtmatige daad. Spee, Peijer en Werensteijn beroepen zich subsidiair op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk zijn.

3.2.4. De rechtbank heeft bij het thans beroepen vonnis de vorderingen van curatoren tegen Werensteijn afgewezen.

Ten aanzien van de vorderingen tegen Spee en Peijer heeft de rechtbank (voor zover van belang in dit hoger beroep van Peijer) voor recht verklaard dat Spee en Peijer jegens de boedel van Partrust hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW voor het gehele boedeldeficit en hen hoofdelijk veroordeeld tot betaling hiervan aan de boedel, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, en hen hoofdelijk veroordeeld in de proceskosten in de hoofdzaak, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na het vonnis. Het meer of anders gevorderde - de uitvoerbaarverklaring bij voorraad en het voorschot van € 30 mln - werd afgewezen.

In het incident is Peijer veroordeeld in de kosten van curatoren.

3.2.5. Deze beslissing was gestoeld op het oordeel van de rechtbank dat de termijnoverschrijding met betrekking tot de publicatie van de jaarrekening 2007 niet kon worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim in de taakvervulling van Spee en Peijer als bestuurder. De boekhoudverplichting van artikel 2:10 BW behoeft daarom geen bespreking. De rechtbank oordeelde verder dat ex artikel 2:248 BW wordt vermoed dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling van Spee en Peijer een belangrijke oorzaak van het faillissement was. Spee en Peijer hebben dit wettelijk vermoeden niet ontkracht. De toekenning van het door curatoren gevraagde voorschot op het boedeltekort wordt afgewezen aangezien de curatoren nog bezig waren met het uitwinnen van activa, zodat de omvang van het tekort nog niet bij benadering bekend was.

3.2.6. Peijer is tegen het vonnis opgekomen met 6 grieven.

3.2.7. In incidenteel appel hebben curatoren één grief aangevoerd. Zij hebben daarbij tevens hun vordering ter zake het door Peijer hoofdelijk met (slechts nog) Spee te betalen voorschot verminderd tot een bedrag van € 3.000.000,00.

in principaal hoger beroep

3.3.1. In rov 3.7. heeft de rechtbank geoordeeld over de bewijskracht van de rapporten van Van Kollenburg. Vaststaat dat de zus van Van Kollenburg een van de door (het faillissement van) Partrust gedupeerde obligatiehouders is. De rechtbank oordeelde dat de hierdoor ontstane schijn van partijdigheid bij Van Kollenburg met zich brengt dat aan zijn rapporten geen doorslaggevend bewijs kan worden ontleend, maar dat deze rapporten moeten worden beschouwd als partijdeskundigen-rapporten, die kunnen dienen als onderbouwing van de stellingen van curatoren (voor zover door curatoren bepaalde onderdelen van de rapporten tot hun eigen stellingen zijn gemaakt). Peijer stelt in grief II dat aan de rapportages van Van Kollenburg geen enkele bewijskracht kan worden toegekend, omdat - geparafraseerd - hij gezien de omstandigheden nooit op onafhankelijke en onpartijdige wijze heeft kunnen rapporteren.

3.3.2. De grief faalt.

Zoals curatoren terecht opmerken in de memorie van antwoord zijn de rapporten van Van Kollenburg van meet af aan niet meer geweest dan rapporten die op verzoek van één partij zijn opgesteld, en hebben zij niet meer bewijskracht dan partij(deskundigen-)rapporten. Artikel 152 lid 2 Rv bepaalt dat het aan de rechter is om te beoordelen welke waarde daaraan moet worden toegekend. Gelet hierop staat het de rechter ook vrij om bij zijn beoordeling van het geschil een dergelijk rapport tot uitgangspunt te nemen, ook als in het partijdebat bezwaren zijn geuit tegen de wijze van totstandkoming of de inhoud daarvan.

3.4.1. De termijn voor de openbaarmaking van de jaarrekening van Partrust over 2007 is in strijd met artikel 2:394 lid 3 BW met 2 maanden en 3 dagen overschreden. De vraag is of

deze termijnoverschrijding een onbelangrijk verzuim oplevert als bedoeld in de slotzin van artikel 2:248 lid 2 BW. Van een onbelangrijk verzuim is sprake indien het niet voldoen aan de verplichtingen als bedoeld in genoemd artikellid in de omstandigheden van het geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Indien het, zoals in dit geval, gaat om een overschrijding van de termijn van art. 2:394 lid 3 BW voor openbaarmaking van de jaarrekening, geldt dat het antwoord op de vraag of een overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten.

De rechtbank oordeelde in rov 3.33-3.35 dat geen sprake was van een onbelangrijk verzuim. Grief III is gericht tegen dit oordeel.

3.4.2. Stelplicht en bewijslast rusten op de aangesproken bestuurder. Voor zover Peijer aanvoert dat de rechtbank gezien de - geringe - duur van de overschrijding te hoge eisen heeft gesteld aan de redenen voor die overschrijding heeft te gelden dat een termijnoverschrijding van 2 maanden en 3 dagen geen termijnoverschrijding is van slechts enkele dagen en er dus geen sprake is van een onbelangrijke termijnoverschrijding. De termijn is zodanig lang dat hogere eisen moeten worden gesteld aan de verklaring die Peijer geeft voor de termijnoverschrijding om deze overschrijding aan te merken als een onbelangrijk verzuim.

3.4.3. Peijer heeft met betrekking tot de termijnoverschrijding het volgende aangevoerd.

- (i) De schuldeisers van Partrust zijn steeds adequaat geïnformeerd en zij waren ruim voor de uiteindelijke (te late) publicatiedatum op de hoogte van de financiële toestand; na 1 februari 2009 (de uiterlijke datum van deponering van de jaarstukken) is er ook niet meer in Partrust geïnvesteerd door obligatiehouders; en de nalatigheid om tijdig te publiceren vond niet haar oorzaak in malafiditeit van het bestuur, integendeel, de administratie was steeds op orde.
- (ii) Het concept van de jaarrekening was tijdig gereed: het directieverslag was op 22 januari 2009 opgesteld;

- (iii) De Belastingdienst treuzelde met haar onderzoek en Peijer heeft haar vele malen aangespoord; de uitkomst van dit onderzoek was relevant omdat de vraag was of een belastingschuld ter zake omzetbelasting bestond;

- (iv) Er was nog een lopende discussie met de AFM over de waardering van de houtkapconcessie in Guyana en de plantages in Costa Rica en de AFM stelde sancties in het vooruitzicht als de jaarrekening met de waardering zoals die Peijer voor ogen stond zou worden gepubliceerd.

3.4.4. Curatoren hebben gemotiveerd betwist dat er sprake was van slechts een onbelangrijk verzuim. Zij wijzen er verder op dat onjuist is de stelling dat er na 1 februari 2009 - de datum waarop gepubliceerd had moeten zijn - niet meer zou zijn geïnvesteerd: in februari 2009 is door 6 obligatiehouders nog ruim € 158.000,00 gestort (prod. 16 int. dagv.). Peijer heeft deze stelling bij pleidooi betwist: het bedrag van € 158.000,00 zou in een andere groepsvennootschap zijn geïnvesteerd. Curatoren betwisten gemotiveerd dat obligatiehouders op de hoogte waren, integendeel, de onjuiste en onvolledige informatie van obligatiehouders is een van de grote verwijten aan de bestuurders van Partrust.

3.4.5. Allereerst valt op dat in hoger beroep, anders dan in eerste aanleg, niet meer wordt aangevoerd dat het niet tijdig vaststellen van de jaarrekening van FEL ertoe heeft geleid dat Partrust haar jaarrekening niet tijdig kon publiceren, noch dat de reden daarvan was gelegen in het niet kunnen betalen van de accountant.

3.4.6. Ten aanzien van het onderzoek van de Belastingdienst is het hof van oordeel dat dit Peijer (en zijn medebestuurder(s)) er niet van had mogen weerhouden om de jaarrekening

tijdig te deponeren. De jaarrekening had gepubliceerd kunnen worden met een opmerking over het belastingonderzoek, of men had daarvoor een voorziening kunnen treffen. Dat de crediteuren niets hebben aan een jaarrekening met opmerkingen, zoals Peijer in feite stelt, is niet aan hem om te beoordelen. Zonder nadere, niet gegeven, toelichting valt niet in te zien waarom dit onderzoek een struikelblok zou zijn geweest voor het tijdig publiceren van de jaarrekening over 2007, temeer daar bij pleidooi door Spee is gesteld dat de conceptjaarrekening over 2007 reeds in de zomer van 2006 gereed was, hetgeen vervolgens niet door Peijer is betwist. Het gedane bewijsaanbod met betrekking tot de aansporing van de belastingambtenaren wordt daarom als niet relevant gepasseerd.

3.4.7. Ook de lopende discussie met AFM levert naar het oordeel van het hof geen aanvaardbare verklaring op voor het niet tijdig publiceren van de jaarrekening. Door curatoren is onder verwijzing naar de AFM-rapportage overtuigend gesteld dat Partrust steeds te laat en/of onvolledig was met het aanleveren van de door AFM gevraagde informatie, die onder meer aan Partrust werd gevraagd vanwege het door haar gekozen businessmodel en de over haar verschenen publicaties. Daardoor hebben de bestuurders van Partrust het zelf mede in de hand gewerkt dat een AFM onderzoek werd gestart en dat de AFM-rapportage eerst na 1 februari 2009 gereed was. Daarnaast geldt dat in de gepubliceerde jaarrekening niets is vermeld omtrent de discussie met AFM, noch daarin een voorziening is opgenomen voor de aangekondigde sancties. Het door Peijer gedane bewijsaanbod dat Partrust gezien de aangekondigde sancties niet kon publiceren in de vorm die voorlag, is niet relevant en wordt gepasseerd want Partrust had – nu de jaarrekening reeds in concept gereed was in de zomer van 2006 – wel kunnen publiceren met opmerkingen en/of voorzieningen. Uiteindelijk heeft Partrust bovendien in de gepubliceerde jaarrekening de reeds in het concept opgenomen waarderingen – ondanks het rapport van AFM – ongewijzigd gelaten. Daarnaast geldt dat, juist in een periode dat een beleggingsbedrijf als Partrust negatief in de pers verschijnt – zoals hier het geval was en waarnaar Peijer ook verwijst –, het van belang is dat de jaarrekening tijdig wordt gepubliceerd. Dat dit niet gebeurd is bij een bedrijf als dit, is, in het bijzonder in de in rov 3.1.2. onder g-h-i genoemde omstandigheden, des te laakbaarder. Dat de administratie intern op orde zou zijn, zoals door Peijer gesteld maar door curatoren is betwist, doet daar niet aan af en bovendien heeft dit met de verplichting tot tijdige deponering van de jaarrekening niets van doen.

3.4.8. De conclusie is dat in de omstandigheden van dit geval door Peijer geen aanvaardbare verklaring is gegeven voor de termijnoverschrijding van de publicatie van de jaarrekening die meebrengt dat die overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan worden aangemerkt. Dit betekent dat krachtens artikel 2:248 lid 2 BW vaststaat dat Peijer zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld, en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Partrust. Grief III faalt.

3.5. Terecht heeft de rechtbank overwogen dat de vraag of door Partrust was voldaan aan artikel 2:10 BW geen bespreking meer behoeft, nu zij – naar het oordeel van het hof op goede gronden – van oordeel was dat de termijnoverschrijding bij de publicatie van de jaarrekening niet kwalificeert als een onbelangrijk verzuim en daarmee het kennelijk onbehoorlijk bestuur door Peijer onweerlegbaar vast is komen te staan. Grief 4 faalt hiermee.

3.6.1. Tegenover het vermoeden dat het faillissement van Partrust is veroorzaakt door het onbehoorlijk bestuur van (onder andere) Peijer, staat dat (in dit geding:) Peijer dit vermoeden kan ontzenuwen, waarvoor volstaat dat hij aannemelijk maakt dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling – in het algemeen, dus niet beperkt tot schending van de publicatieplicht – een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn

geweest. Met grief V klaagt Peijer erover dat de rechtbank het criterium "aannemelijk maken" te stringent heeft gehanteerd. Peijer stelt dat hij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het faillissement van Partrust is veroorzaakt door de door hem geschetste cascade van gebeurtenissen. Hierbij hecht het hof eraan om te herhalen dat aannemelijk gemaakt moet worden dat andere feiten en omstandigheden *dan het kennelijk onbehoorlijk bestuur* (dat door de te late publicatie onweerlegbaar vast staat) de oorzaken van het faillissement waren en niet de te late publicatie zelf.

3.6.2. In hoger beroep heeft Peijer als oorzaken voor het faillissement van Partrust aangegeven de niet aflatende stroom van negatieve publiciteit, waardoor Partrust niet voldoende gelden uit de markt kon aantrekken, met als gevolg dat de waardevolle concessie in Guyana niet winstgevend geëxploiteerd kon worden (mvg 43). Daarnaast is gewezen op de kredietcrisis als oorzaak. Voorts heeft Peijer gesteld dat Partrust eind 2006 en 2007 een aanzienlijk eigen vermogen had (te weten resp. ruim € 10 mln en € 8,5 mln) en dat zij ook eind 2005 – anders dan de rechtbank oordeelde – geen aanzienlijk negatief eigen vermogen had. Zowel in 2006 als in 2007 bestond er een gezonde verhouding tussen het bedrag dat aan obligatieleningen werd aangetrokken en het deel dat aan obligatiehouders werd uitbetaald (te weten 39% en 37%). Het percentage in 2008 - 74% - was alleen maar te wijten aan de enorme terugval van nieuwe obligatieleningen (die door de hetze tegen Partrust werd veroorzaakt). Er was inderdaad geen positieve kasstroom, zoals de rechtbank terecht overwoog, maar op de tegenslagen die Partrust ondervond kon niet worden geanticipeerd, aldus nog steeds Peijer.

3.6.3. Curatoren betwisten, met een beroep op het rapport van BDO, gemotiveerd dat het eigen vermogen van Partrust in 2005-2007 er voorstond zoals Peijer stelt. Volgens curatoren dient een correctie te worden toegepast die maakt dat er over genoemde jaren zelfs sprake was van een zeer fors negatief eigen vermogen. Het hof zal deze discussie laten rusten, nu in ieder geval tussen partijen wel vaststaat dat er bij Partrust geen sprake was van een positieve operationele kasstroom. Door Peijer is ook niet betwist de vaststelling van de rechtbank (in rov 3.39) dat de aangegane projecten onvoldoende opbrengsten genereerden om aan de aangegane financieringsverplichtingen jegens de obligatiehouders te voldoen. In de jaren 2006 en 2007 werden zeer veel nieuwe obligatieleningen aangegaan, die maakten dat het de in die jaren gehaalde percentages verwezenlijkt konden worden. Dat kwam niet doordat de beleggingen zelf nu zo floreerden (in deze voor dit soort beleggingen zeer korte periode). Maar wat daar ook van zij, bij het vaststaande percentage dat in 2008 niet werd geïnvesteerd - 74% - dringen de begrippen "piramideren", "rentecarrousel" en "het ene gat met het andere vullen" zich nadrukkelijk op. Ook al zou, zoals Peijer nadrukkelijk stelt, iets dergelijks nooit de opzet zijn geweest van Partrust, dan doet dat er niet aan af dat in toenemende mate en in ieder geval vanaf 2008 het uiteindelijke bedrijfsmodel daar voor de nieuw aangetrokken obligatiehouders wel op neer kwam. Het hof wijst in dit verband bijvoorbeeld op de notulen van Partrust van 13 mei 2008 (prod. 46 inl. dagv.) waarin valt te lezen:

"2. Funding

MH geeft aan dat de heer F[...] heeft aangegeven voor een bedrag van € 800.000,- te willen deelnemen
(..)

3. Vrijval

(..)

Indien de € 800.000,- van de heer F[...] binnen is wordt de volgende verdeling afgesproken:

Rente juni: € 250.000,-

Afdracht bv: € 40.000,-

Vrijval: € 200.000,-

Blijft over € 300.000,- voor SWP. Indien wat meer nodig is kan eventueel € 200.000,- voor de rente worden gereserveerd."

Het hof is van oordeel dat het werken met een dergelijk bedrijfsmodel tegenover de obligatiehouders (de schuldeisers) heeft te gelden als onbehoorlijk bestuur en dat dit dus niet als verontschuldiging voor het faillissement kan worden gebruikt, zoals Peijer lijkt te doen.

3.6.4. Het hof betreft hierbij dat de obligatiehouders onjuist, althans onvolledig werden geïnformeerd over de werkelijke financiële verhoudingen binnen Partrust. De in rov 3.1.2. weergegeven werkelijke financiële verhouding komt niet overeen met de vermelding in de door Partrust uitgegeven stukken. Zo staat in het prospectus van Partrust ter zake de bosbouwconcessie in Guyana (prod 5 incl. dagv.) op bladzijde 14:

“(FEL) 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 (..)

De aandelen van FEL zijn in 2006 voor 60% overgedragen aan ParTrust Beheer B.V. en EcoGarant (..) en voor 40% in bezit van in totaal drie andere Nederlandse natuurlijke personen.”

Anders dan in het prospectus staat vermeld, was Partrust echter geen aandeelhouder van FEL. Partrust had dan ook – anders dan wordt gesuggereerd – geen eigen winstrecht op grond van een rechtstreekse aandeelhoudersrelatie tussen haar en FEL, de houdster van de bosbouwconcessie, laat staan een winstrecht van 60%. Evenmin bestond er een vennootschapsrechtelijke relatie tussen Partrust en Ecogarant. De aandelen in FEL werden voor 60% gehouden door Ecogarant (en voor 40% door andere partijen, niet zijnde Partrust), terwijl de aandelen in Ecogarant niet door Partrust werden gehouden maar door de persoonlijke houdstermaatschappijen van Peijer, Peijer en Werensteijn (zie rov 3.1 onder d). Partrust had slechts (op grond van de overeenkomst van 19 juli 2006 tussen Partrust en Ecogarant, zie rov 3.1 onder f) een contractuele aanspraak op 50% van de door Ecogarant te behalen winsten waartegenover een prestatie van Partrust diende te staan (het aantrekken van nieuwe gelden) en de contractuele aanspraak van Partrust zou komen te vervallen als zij niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen (zoals uiteindelijk het geval bleek). Hierbij dient nog in aanmerking te worden genomen dat Ecogarant 60% van de aandelen in FEL hield, zodat Partrust per saldo een (indirect) contractueel winstrecht van $(50\% \times 60\%) = 30\%$ op de met de bosbouwconcessie te behalen winst had. Bovendien bleef de ander 30% van de winst achter in Ecogarant waarvan Spee, Peijer en Werensteijn de indirecte aandeelhouders waren.

Dat de obligatiehouders zich inderdaad verkeerd geïnformeerd achtten, blijkt onder meer uit het in rov 3.1.2. onder h vermelde rapport van de Raad van Advies.

Gesteld noch gebleken is verder dat de crediteuren geïnformeerd zijn over de discussies die Partrust eind 2008/begin 2009 voerde met de fiscus.

Het niet en/of verkeerd informeren van de obligatiehouders is op zichzelf al onbehoorlijk.

3.6.5. De negatieve berichtgeving in de pers, die Peijer aanwijst als belangrijkste oorzaak van het faillissement, is naar het oordeel van het hof het gevolg van het (in ieder geval vanaf 2008) gehanteerde bedrijfsmodel van Partrust, gecombineerd met het onjuist c.q. onvolledig informeren van obligatiehouders. Deze kwesties riepen vragen op, waarover in de pers is bericht. Die berichtgeving is dus geen oorzaak, maar een gevolg. Gegeven het feit dat steeds, in ieder geval sinds 2008, nieuwe investeerders nodig waren om de oude te betalen is het ook onvoldoende aannemelijk dat er een reëel perspectief was op een positieve kasstroom uit het bedrijf zelf en het is onvoldoende aannemelijk geworden dat, als er meer investeerders waren geweest, het bedrijf wel voldoende opbrengst zou hebben kunnen genereren om alle investeerders daaruit te voldoen. Nergens is ook gesteld dat de investeerders vóór de negatieve publiciteit wel betaald werden uit opbrengsten uit de bedrijfsvoering of dat bijvoorbeeld gezorgd was voor zekerheid die als garantie voor de investeringen van de obligatiehouders kon dienen.

3.6.6. Naar het oordeel van het hof is de aan de bestuurders van Partrust, waaronder Peijer, te verwijten tekortkoming erin gelegen dat er gelden werden aangetrokken die - in ieder geval vanaf 2008 - niet of maar voor een zeer klein deel werden geïnvesteerd en dat de verplichtingen vooruit werden geschoven. Uit niets is gebleken dat de aan de obligatiehouders voorgespiegelde percentages (uiteindelijk) zouden kunnen worden uitbetaald uit de bedrijfsvoering en dat ook alle inleg daaruit terugbetaald kon worden. Hierin ligt naar het oordeel van het hof de belangrijkste oorzaak van het faillissement. Grief V faalt.

3.7.1. Grief VI is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de gevraagde matiging eerst in de schadestaat aan de orde dient te komen, omdat dan pas de hoogte van het tekort bekend is. Hiermee miskent de rechtbank het karakter van de schadestaatprocedure, aldus Peijer.

3.7.2. Het hof stelt voorop dat artikel 2:248 lid 4 BW bepaalt dat de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn kan verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. Lid 5 van dit artikel bepaalt dat als de omvang van het tekort nog niet bekend is de rechter *al dan niet met toepassing van het vierde lid* (curs. hof) kan bepalen dat het tekort in een schadestaatprocedure zal worden begroot.

In zijn arrest van 20 juni 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BC8974) heeft de Hoge Raad overwogen dat het tekort in het faillissement "*ook bij toepassing van art. 2:248 lid 5*" moet worden begroot op het bedrag van de schulden voor zover die niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. De begroting van dat tekort wordt niet beïnvloed door de mate waarin de curator erin slaagt de door de aansprakelijke bestuurder gemaakte aanmerkingen op het boedelbeheer te weerleggen. De wijze waarop een faillissement is afgewikkeld, kan ingevolge artikel 2:248 lid 4 BW wel bijdragen tot het oordeel van de rechter dat hem het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, hem bovenmatig voorkomt.

Uit de parlementaire geschiedenis tenslotte blijkt dat een beroep op matiging niet steeds behoeft te worden gedaan, maar dat de rechter de discretionaire bevoegdheid heeft om hierover eventueel ambtshalve te oordelen, indien hem dat geraden voorkomt.

3.7.3. Het hof leidt hieruit af dat een oordeel op een gedaan beroep op matiging, dan wel een ambtshalve oordeel omtrent matiging, door de rechter reeds in de aansprakelijkheidsprocedure kan worden gegeven, voordat het tekort is vastgesteld.

Weliswaar kan een geslaagd beroep op matiging niet van invloed zijn op de hoogte van het tekort (dat wordt bijvoorbeeld niet kleiner indien de rechter zou oordelen dat het kleiner had moeten zijn indien de curator zijn taak naar behoren had vervuld), maar wel op de vraag naar de mate waarin het vastgestelde tekort aan het onbehoorlijk bestuur kan worden toegerekend. Ten aanzien van een dergelijk beroep op matiging kunnen omstandigheden of proceseconomische argumenten meebrengen dat dit in de schadestaatprocedure dient te worden beoordeeld.

3.7.4. Peijer heeft ter onderbouwing van zijn beroep op matiging aangevoerd dat hij onvoldoende inkomen en vermogen heeft om aan een - c.q. enige - veroordeling ten gunste van de boedel te voldoen. Hierin is evenwel geen grond voor matiging gelegen. Matiging op grond van artikel 2:248 lid 4 BW is slechts mogelijk op de in dat artikel genoemde gronden. Nu matiging ook ambtshalve kan geschieden, geeft het hof als zijn oordeel dat hij in de feiten en omstandigheden van dit geval daarvoor geen aanleiding ziet. Peijer is wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk voor het boedeltekort en matiging daarvan is een uitzondering. De gestelde persoonlijke (financiële) omstandigheden van Peijer doen niet af

aan de aard en de ernst van de geconstateerde onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur van Partrust. Er is niet gebleken van andere oorzaken van het faillissement van Partrust dan de onbehoorlijke taakvervulling.

3.7.5. De stelling van Peijer (mva inc app onder 5) - in het kader van zijn verweer tegen het gevorderde voorschot - dat curatoren actief hebben laten liggen, terwijl Peijer nog steeds mogelijkheden ziet om in Guyana geld te genereren impliceert dat volgens hem (een deel van) het boedeltekort is veroorzaakt door de wijze waarop de curatoren het boedelbeheer hebben uitgevoerd. Dit wordt door het hof – gezien het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 2008 - mede opgevat als een beroep op matiging. Door Peijer zijn echter geen concrete feiten en omstandigheden zijn gesteld op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat curatoren ten onrechte een deel van het boedeltekort hebben veroorzaakt en dat een redelijk handelend curator niet zou hebben gehandeld zo als curatoren in deze hebben gedaan. Reeds daarom kan daarvan in deze procedure niet worden uitgegaan.

3.7.6. De slotsom is dat ook grief VI faalt.

in incidenteel hoger beroep

3.8.1. In eerste aanleg hebben curatoren een veroordeling gevorderd van Peijer (hoofdelijk met Spee en Werensteijn) tot het betalen van een voorschot van € 30 miljoen op het uiteindelijk te betalen boedeldeficit van naar verwachting € 33 miljoen. Tegen de afwijzing van deze vordering door de rechtbank hebben curatoren in hoger beroep ingebracht dat per 14 december 2012 het saldo op de boedelrekening € 2.139,16 bedroeg en dat het boedeltekort vrijwel gelijk is aan het bedrag van de ingediende vorderingen (zijnde € 33 miljoen). Per 4 februari 2016 is het saldo op de boedelrekening € 42.090,94. Zij stellen verder dat er waarschijnlijk uit de exploitatie van de concessie in Guyana geen serieuze opbrengst zal komen. Het voorschot van € 30 miljoen ligt daarom voor toewijzing gereed, nu het boedeltekort rond de € 33 miljoen zal blijven. Om hen moverende redenen verlagen curatoren evenwel het van Peijer (hoofdelijk met Spee) gevorderde voorschot tot € 3 miljoen. Zij stellen dat de boedel een groot belang heeft bij het verkrijgen van een voorschot van die omvang om daarmee in de eerste plaats aan het Ministerie van Justitie de ontvangen gelden uit hoofde van de Garantieregeling Curatoren te kunnen terugbetalen en het resterende te kunnen aanwenden om het faillissement af te wikkelen (waaronder valt het voeren van een schadestaatprocedure).

3.8.2. Peijer verweert zich tegen het gevorderde voorschot met (naast de reeds verworpen stelling dat geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid) allereerst met de stelling dat curatoren zelf de hoogte van het boedeltekort (mede) hebben veroorzaakt. In de schadestaatprocedure zal volgens hem beoordeeld moeten worden welke invloed de gedragingen van curatoren hebben gehad op de omvang van het tekort, zodat daarover thans nog niet geoordeeld kan worden. Daarnaast stelt hij dat gesteld noch gebleken is dat het Ministerie van (Veiligheid en) Justitie thans op terugbetaling aandringt, noch dat c.q. tot in hoeverre het ontvangen bedrag van € 3 miljoen reeds door curatoren is verbruikt, en waarom met die ontvangen gelden (eventueel gecombineerd met het bedrag van de boedelrekening) het faillissement niet zou kunnen worden afgewikkeld.

3.8.3. Door Peijer is niet gemotiveerd betwist dat er een boedeldeficit zal zijn van een omvang als door curatoren gesteld. Dat de uiteindelijke aansprakelijkheid van Peijer (en zijn mede-bestuurder(s)) op een veel lager bedrag zal komen te liggen acht het hof vooralsnog onvoldoende aannemelijk.

In aanmerking genomen het feit dat door curatoren thans een aanmerkelijk lager voorschot wordt gevorderd, acht het hof in het feit dat het uiteindelijke boedeltekort nog niet is vastgesteld, en in het feit dat in de schadestaatprocedure nog over een beroep op matiging

kan worden beslist, onvoldoende grond gelegen om het gevorderde voorschot niet toe te wijzen. Hetzelfde geldt voor de andere door Peijer aangevoerde argumenten, waarbij tevens in aanmerking genomen wordt dat voorzover deze zijn gestoeld op een mogelijk aanstaand privé-faillissement van Peijer, er nog slechts sprake is van speculatie.

Op grond van het bovenstaande is het hof van oordeel dat het bedrag van 10% van het gestelde en onvoldoende betwiste boedeltekort, als voorschot zal kunnen worden toegewezen. Het hof acht het voldoende aannemelijk dat de bestuurders van Partrust minimaal voor een bedrag van die grootte aansprakelijk zullen zijn. Een restitutierisico wordt daarom niet aanwezig geacht en er is geen reden om dit arrest niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

De grief slaagt en het hof zal het gevorderde – verlaagde – voorschot van € 3 miljoen alsnog toewijzen.

3.8.4. De gevorderde hoofdelijke veroordeling (met die van Spee als gevorderd in de zaak in hoger beroep met nrs.200.179.483/01 tussen curatoren en voormelde geïntimeerde) zal met de gevorderde wettelijke rente worden toegewezen.

in principaal en incidenteel hoger beroep

3.9.1. In principaal hoger beroep falen de grieven. Aan de gedane bewijsaanbiedingen door Peijer gaat het hof voorbij, nu geen feiten zijn gesteld die, indien bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden.

3.9.2. Het beroepen vonnis zal worden vernietigd voor zover daarin het gevorderde voorschot geheel is afgewezen, en Peijer zal worden veroordeeld als in het dictum te melden. Voor het overige zal het vonnis worden bekrachtigd.

3.9.3. Peijer zal worden veroordeeld in de kosten van het principaal hoger beroep, met de wettelijke rente hierover als in het dictum te melden. Het hof zal hierbij rekening houden met het feit dat curatoren in deze procedure en die tegen Spee (zaaknummer 200.179.483/01) steeds één en hetzelfde processtuk hebben overgelegd, en ook in beide zaken tegelijk hebben gepleit (dit laatste samen met het pleidooi in de zaak tegen W. Werensteijn, zaaknummer 200.182.256/01) op die wijze, dat het hof de helft van de aan curatoren toe te wijzen kosten in deze procedure tegen Peijer zal toewijzen, en de andere helft in de procedure tegen Spee.

3.9.4. In incidenteel hoger beroep zal Peijer in de proceskosten worden verwezen, op overeenkomstige wijze als in het principaal hoger beroep.

3.9.5. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

4. De beslissing

Het hof:

op het principaal en incidenteel hoger beroep

vernietigt het beroepen vonnis gewezen tussen Peijer en curatoren doch slechts voor zover daarin het gevorderde voorschot is afgewezen en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Peijer, hoofdelijk met Spee, des dat indien en voor zover na te noemen bedrag geheel of ten dele door Spee is voldaan, Peijer in zoverre zal zijn bevrijd, tot betaling aan de boedel van Partrust Beheer B.V. van een bedrag van € 3.000.000,00 (drie miljoen euro) bij wijze van voorschot op het boedeldeficit tot betaling waarvan Peijer zal worden veroordeeld,

te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van dagvaarding in eerste aanleg tot aan die der algehele voldoening;

wijst het door curatoren meer of anders gevorderde af;

bekrachtigt het beroepen vonnis voor al het overige;
veroordeelt Peijer in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden in principaal hoger beroep aan de zijde van curatoren op € 1.615,00 aan griffierecht en op € 6.870,00 aan salaris advocaat, en in incidenteel hoger beroep op € 3.435,00 aan salaris advocaat,
en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan over deze bedragen de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW is verschuldigd vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.A.M. van Schaik-Veltman, H.A.G. Fikkers en D.A.E.M. Hulskes en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 8 augustus 2017.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

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

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: 8-8-2017

A large, stylized handwritten signature in black ink, likely belonging to the griffier or rolraadsheer.

IN NAAM VAN DE KONING

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer 200.182.256/01

arrest van 8 augustus 2017

in de zaak van

Willem Werensteijn,
wonende te Zoetermeer,
appellant in principaal hoger beroep,
geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als Werensteijn,
advocaat: mr. J.E.C. Reuser te Pijnacker,

tegen

1. **Leonard Jozef Marie Luchtman**, in zijn hoedanigheid van **curator in het faillissement van Partrust Beheer B.V.**,
wonende te Breda,
2. **Bart Floris Louwcrier**, in zijn hoedanigheid van **curator in het faillissement van Partrust Beheer B.V.**,
wonende te Breda,
geïntimeerden in principaal hoger beroep,
appellanten in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als curatoren,
advocaat: mr. B.J.M.P. Cremers te Breda,

op het bij exploit van dagvaarding van 1 september 2015 en het herstelexploit van 7 december 2015 ingeleide hoger beroep van het eindvonnis van 3 juni 2015 en het aanvullend eindvonnis van 8 juli 2015, door de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda gewezen tussen Werensteijn als gedaagde en curatoren als eisers.

1. **Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/02/262911/HAZA 13-288)**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormelde vonnissen.

2. **Het geding in hoger beroep**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- het herstelexploit;
- het exploit van anticipatie van curatoren;
- de memorie van grieven met producties;
- de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep tevens akte vermindering van eis met producties;
- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep

- het pleidooi, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd en ter gelegenheid waarvan Werensteijn bij akte producties in het geding heeft gebracht.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3. De beoordeling

in principaal en incidenteel hoger beroep

- 3.1.1. In rov 3.1. a tot en met t heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan.
- 3.1.2. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.
- a) Werensteijn was bestuurder van de besloten vennootschap Partrust Beheer BV (hierna: Partrust) van 1 februari 2005 tot 1 oktober 2006. P.J.M. Spee (hierna: Spee) was van 16 augustus 2007 tot 20 mei 2009 (datum faillissement) bestuurder. W.E.H. Peijer (hierna: Peijer) was gedurende hetzelfde tijdvak als Spee bestuurder van Partrust.
 - b) Partrust is opgericht op 26 oktober 1999. Partrust hield zich bezig met het aantrekken van gelden op de openbare markt door uitgave van obligaties, welke gelden volgens de uitgegeven prospectussen en toelichtingen van de directie werden belegd in geselecteerde ondernemingen, waaronder een houtplantage in Costa Rica en een bosbouwconcessie in Guyana.
 - c1) Partrust (en de aan haar gelieerde entiteiten) investeerde(n) rechtstreeks in de door haar (hen) geselecteerde ondernemingen.
 - c2) De grootmoedermaatschappij van Partrust was SWP Holding BV, waarvan Spee, Peijer en Werensteijn directeur/groootaandeelhouder waren en welke vennootschap ook in staat van faillissement verkeert.
 - d) De vennootschap naar het recht van Brits Guyana, Forest Enterprises Ltd. (hierna: FEL) is houder van voormelde bosbouwconcessie in Guyana. De aandelen van FEL zijn voor 60% in handen van Ecogarant Nederlandse Bosbouwmaatschappij SA, gevestigd te Costa Rica (hierna: Ecogarant). De aandelen in Ecogarant werden in drie gelijke porties gehouden door de persoonlijke houdstermaatschappijen van Spee, Peijer en Werensteijn. Partrust heeft geen vennootschappelijke relatie met Ecogarant. Ecogarant heeft een houtplantage in Costa Rica.
 - e) Op 3 januari 2006 heeft Fortis Bank NV (hierna: 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 hier naar het oordeel van Fortis niet aan. Partrust heeft in kort geding gevorderd om deze opzegging ongedaan te maken. Bij vonnis van 6 april 2006 is deze vordering door de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam afgewezen.
 - f) Ecogarant en Partrust zijn op 19 juli 2006 schriftelijk overeengekomen dat Partrust als tegenprestatie voor het door Partrust ter beschikking stellen van haar marketingcapaciteit ten behoeve van het aantrekken van funding voor Ecogarant een royalty zou krijgen gelijk aan 50% van de (60%) winstrechten die Ecogarant als gevolg van haar aandelenbelang in FEL zouden toekomen.
 - g) Bij brief van 20 augustus 2008 heeft Partrust de obligatiehouders ervan in kennis gesteld dat men niet in staat is de maandelijkse rente-uitkering te doen.
 - h) In 2008 heeft Partrust, naar aanleiding van onrust onder haar obligatiehouders en in

verband met conversieplannen van de directie van Partrust, een Raad van Advies ingesteld, gevormd uit deze obligatiehouders. De Raad van Advies heeft op 25 maart 2009 een "Eerste voorlopige rapportage en aanbevelingen" uitgebracht. 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.

i1) In de periode 18 november 2008 tot en met 2 maart 2009 heeft de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) een onderzoek verricht naar de naleving van de Wet handhaving consumentenbescherming door Partrust. AFM heeft een rapport van 13 maart 2009 uitgebracht. Volgens AFM handelt Partrust onrechtmatig jegens haar obligatiehouders door een (in het bijzonder) oneerlijke handelspraktijk te verrichten, namelijk een misleidende handelspraktijk als genoemd in artikel 6:193d, eerste lid, BW, de misleidende omissie. AFM heeft geoordeeld dat Partrust (in elk geval) essentiële informatie heeft weggelaten over de verhouding tussen de inleg en de investeringen, de verhouding tussen de netto-inleg en de uitbetalingen aan obligatiehouders, de gerealiseerde kasstromen en de actuele financiële situatie van Partrust, welke informatie obligatiehouders nodig hebben om een geïnformeerd besluit te nemen over het uitoefenen van hun contractuele rechten in verband met de obligatieovereenkomsten en het conversievoorstel, dan wel over het accepteren van het conversievoorstel. AFM heeft haar bevindingen bij brief van 22 april 2009 onder de aandacht gebracht van het Openbaar Ministerie/Functioneel Parket en daarbij een strafrechtelijke aangifte gedaan tegen Partrust. In haar aangifte sprak AFM het vermoeden uit dat Partrust een rentecarrousel onderhield en in feite haar beleggers oplichtte. .

i2) FIOD-ECD (hierna: FIOD) heeft een strafrechtelijk onderzoek uitgevoerd tegen Spee, Peijer en Werensteijn. Bij het onderzoek is FIOD tot de bevinding gekomen dat slechts een gering deel van de inleg voor investeringsdoeleinden werd gebruikt en dat dit een rentecarrousel deed vermoeden. Bij nader onderzoek kwam FIOD tot het oordeel dat er geen aanwijzingen zijn dat er bij Partrust is gepiramideerd.

ji) De jaarrekening van Partrust over 2007 is op 3 april 2009 gepubliceerd.

j2) Bij beschikking van de rechtbank Rotterdam van 10 april 2009 is aan Partrust voorlopige surseance van betaling verleend, met benoeming van mr. F. Kessels te Breda tot bewindvoerder. Bij beschikking van 20 mei 2009 is de surseance ingetrokken en is Partrust in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van mr. F. Kessels en mr. Luchtman als curatoren. Mr. F. Kessels is later teruggetreden als curator, in zijn plaats is bij beschikking van 1 december 2010 mr. Louwerier als curator aangesteld.

k) In opdracht van mr. Luchtman heeft Ernst & Young Security en Integrity Services B.V. (hierna: Ernst & Young) een onderzoek verricht naar de financiële administratie en daartoe strekkende (administratieve) bescheiden van Partrust, voor zover deze ter beschikking van de curator stonden. Ernst & Young heeft op 23 september 2009 een rapport uitgebracht waarin wordt aangegeven dat met een redelijke mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat delen van de administratie en/of administratieve bescheiden/gegevens ontbreken bij de curator alsmede dat de (administratieve) onderbouwing van de individuele mutaties, in het bijzonder voor zover deze ziet op de individuele rekening-courant mutaties, ontbreekt bij de curator en/of niet het vereiste inzicht geeft.

l) Bij vonnis in kort geding van 14 januari 2010 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda in een door mr. Luchtman aanhangig gemaakte procedure tegen Spee, Werensteijn, F.M.J. van Rijn en Vistra Netherlands BV het volgende beslist:

"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 Ecogarant 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 schriftelijke 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 Ecogarant, 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 de 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,--;

bepaalt dat de hiervoor toegewezen voorzieningen hebben te gelden totdat zij hun zin of kracht hebben verloren als gevolg van een beslissing van een hodemrechter, hetzij bij vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, hetzij door een onherroepelijk vonnis;

6.2. gebiedt Van Rijn en Vistra Netherlands BV (...)

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,--;

6.4. veroordeelt gedaagden hoofdelijk in de kosten van dit geding, aan de zijde van de curator tot op heden begroot op EUR 1.163,97;

bepaalt dat de proceskosten voldaan dienen te worden binnen 14 dagen na dagtekening van dit vonnis en, voor het geval voldoening binnen deze termijn niet plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

6.5. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad."

m) Bij vonnis van 12 april 2010 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda verdere door mr. Luchtman tegen Spee en Werensteijn gevorderde ordemaatregelen toegewezen.

n) Mr. Luchtman heeft zich (onder andere) jegens Spee en Werensteijn op het standpunt gesteld dat zij vanwege de overtreding van de in de vonnissen van 14 januari 2010 en 12 april 2010 uitgesproken geboden dwangsommen hebben verbeurd. De curator heeft verschillende executoriale beslagen laten leggen ter incassering van de dwangsommen. Door Spee en Werensteijn zijn vervolgens afzonderlijke kort gedingen tegen de curator aanhangig

gemaakt ter opheffing van dwangsommen en ter voorkoming van (verdere) executie. De daartoe strekkende vorderingen van Spee en Werensteijn zijn bij (onherroepelijke) vonnissen van 16 juni 2010 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda en 5 juli 2010 van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage afgewezen. In beide zaken is – kort gezegd – geoordeeld dat sprake is van overtredingen van de veroordelingen als gevolg waarvan dwangsommen zijn verschuldigd.

o) Op verzoek van (de advocaten van) de bestuurders van Partrust heeft Deloitte een onderzoek gedaan naar de besteding van de ingelegde gelden in Partrust, waarover Deloitte op 26 maart 2010 heeft gerapporteerd. Vervolgens heeft Deloitte nog een (aanvullend) onderzoek gedaan naar de administratieverplichting en de besteding van de ingelegde gelden en daarover op 17 november 2010 gerapporteerd.

p1) Prof. drs. J.C.E. van Kollenburg RA (hierna: Van Kollenburg) verbonden aan BDO Investigations BV (hierna: BDO) heeft op verzoek van de curatoren een onderzoek naar de administratie van Partrust gedaan. Op 7 november 2011 heeft Van Kollenburg 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.

p2) De zus van Van Kollenburg bezit twee obligaties in Partrust van ieder € 50.000,00. De zus van Van Kollenburg bezit twee obligaties in Partrust van € 50.000,00.

q) Op 29 november 2011 heeft een verificatievergadering plaatsgevonden en in dat kader zijn in totaal 290 obligatiehouders (crediteuren) geverifieerd tot een totaalbedrag van € 33.138.865,83.

r1) Op 29 mei 2012 heeft dit hof arrest gewezen in de gevoegde hoger beroep procedures tegen de vonnissen van 14 januari 2010 en 12 april 2010. Het hof heeft het vonnis van 14 januari 2010 geheel bekrachtigd ten aanzien van Spee en Werensteijn en het vonnis van 12 april 2010 deels, ten aanzien van Spee, bekrachtigd. Ten aanzien van Werensteijn heeft het hof het vonnis van 12 april 2010 deels bekrachtigd namelijk voor zover Werensteijn daarbij, uitvoerbaar bij voorraad, is veroordeeld in de proceskosten. Dit arrest is onherroepelijk.

r2) Op onder meer 21 juli 2011, 17 januari 2012 en 15 januari 2013 zijn door curatoren aan Werensteijn brieven verzonden - en door Werensteijn ontvangen -, die een mededeling bevatten dat curatoren de verjaring van de verbeurde dwangsommen (wederom) stuiten.

r3) De advocaat van curatoren heeft op 27 juni 2012 aan de advocaat van Werensteijn per fax geschreven:

"(..) Dat neemt evenwel niet weg dat curatoren zich (..) beroepen op verrekening met de omvangrijke dwangsommen die uw cliënt wel degelijk verschuldigd is. (..) Curatoren behouden zich onverminderd en ondubbelzinnig jegens uw cliënt het recht voor om tot incasso van de verbeurde dwangsommen over te gaan. In die zin kunt u deze mededeling als een hernieuwde mededeling opvatten tot stuiting van mogelijke verjaring van verbeurde dwangsommen (..).

r4) Op 17 februari 2012 is bij exploit de openbare verkoop aangezegd van een aan Werensteijn toebehorende Volvo. Deze executie is daarna op verzoek van Werensteijn opgeschort. Na een aanzegging daartoe bij exploit van 16 november 2012 is op 30 november 2012 de Volvo executoriaal verkocht. Dat executoriaal is verkocht is op 7 december 2012 aan Werensteijn betekend.

s) Van Kollenburg heeft op verzoek van curatoren nog een derde rapport van 31 juli 2012 uitgebracht aangaande het voldoen aan de administratieplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW.

t) De curatoren voeren de onderhavige procedure op basis van de Garantieregeling curatoren 2011.

3.2.1. Curatoren hebben Spee, Peijer en Werensteijn in eerste aanleg in rechte betrokken en gevorderd om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht dat Spee, Peijer en Werensteijn jegens de boedel van Partrust hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van de artikelen 2:248 BW en/of 6:162 BW en/of 2:9 BW, alsmede dat zij uit dien hoofde jegens de boedel van Partrust hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het gehele boedeldeficit;
2. Spee, Peijer en Werensteijn hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan de boedel van het gehele boedeldeficit van Partrust, welk deficit zo nodig nader opgemaakt zal dienen te worden bij staat en vereffend dient te worden volgens de wet;
3. Spee, Peijer en Werensteijn hoofdelijk te veroordelen om aan de curatoren van Partrust te voldoen een bedrag van € 30.000.000,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf de datum van de dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening, bij wijze van voorschot op het door Spee, Peijer en Werensteijn te betalen boedeldeficit;
4. Spee, Peijer en Werensteijn hoofdelijk te veroordelen in de kosten van deze procedure onder bepaling dat de proceskosten voldoen dienen te worden binnen 14 dagen na dagtekening van het in deze te wijzen vonnis en, voor het geval voldoening binnen deze termijn niet plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

3.2.2. Werensteijn heeft in reconventie, na vermindering van eis, gevorderd om bij vonnis:

- primair:
1. te verklaren voor recht dat eventueel op grond van het vonnis van 14 januari 2010 van de rechtbank Breda verbeurde dwangsommen ten opzichte van Werensteijn zijn verjaard;
- subsidiair:
2. te verklaren voor recht dat Werensteijn, terzake de bij het vonnis van 14 januari 2010 van de rechtbank Breda onder 6.1 sub a tot en met 6.1 sub d en 6.3, uitgesproken veroordelingen ieder afzonderlijk, geen dwangsommen heeft verbeurd, althans deze op grond van artikel 611d Rv op te heffen,
- in alle gevallen:
3. de curatoren te gebieden om binnen 7 dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis alle ten laste van Werensteijn gelegde beslagen op te heffen, zulks op straffe van een dwangsom van € 50.000,00 ineens en € 2.500,00 per dag dat de curatoren daarmee in gebreke blijven;
 4. de curatoren te veroordelen in de proceskosten in reconventie.

3.2.3.1. Curatoren leggen aan hun vorderingen ten grondslag dat Spee en Peijer als bestuurders en Werensteijn als bestuurder/feitelijk bestuurder hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedeldeficit op grond van de artikelen 2:248 BW en/of 2:9 BW en/of 6:162 BW. Spee, Peijer en Werensteijn betwisten aansprakelijk te zijn op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en/of onrechtmatige daad. Spee, Peijer en Werensteijn beroepen zich subsidiair op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk zijn.

3.2.3.2. Werensteijn heeft daarnaast aangevoerd dat hij na 1 oktober 2006 geen formeel of feitelijk bestuurder was van Partrust. Werensteijn voert verder onder meer aan dat de vorderingen op grond van artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW zijn verjaard.

3.2.3.3. Werensteijn legt aan zijn reconventionele vorderingen primair ten grondslag dat de bij vonnis van 14 januari 2010 door rechtbank Breda ten aanzien van de geboden onder 6.1 sub a tot en met sub d en onder 6.3. opgelegde dwangsommen zijn verjaard op grond van artikel 611g Rv.

Werensteijn stelt verder dat de dwangsommen op 17 juli 2012 zijn verjaard omdat vanaf 17 januari 2012 tot 15 januari 2013 geen stuitingshandelingen hebben plaatsgevonden.

Subsidiair stelt Werensteijn dat hij ter zake voormelde geboden geen dwangsommen heeft verbeurd.

3.2.3.4. Curatoren hebben aangevoerd dat Werensteijn tot 16 augustus 2007 bestuurder was van Partrust. In ieder geval was hij tot 1 oktober 2006 formeel bestuurder en vanaf 1 oktober 2006 feitelijk bestuurder. In reconventie hebben curatoren betwist dat de dwangsommen zijn verjaard. De curatoren voeren aan dat de verjaring is gestuit door een faxbericht van 27 juni 2012 aan de advocaat van Werensteijn en door de executieverkoop op 30 november 2012 van de aan Werensteijn in eigendom toebehorende Volvo. Daarnaast betwisten curatoren dat Werensteijn geen dwangsommen heeft verbeurd.

3.2.4. De rechtbank heeft bij het thans beroepen vonnis ten aanzien van de vorderingen tegen Spee en Peijer voor recht verklaard dat Spee en Peijer jegens de boedel van Partrust hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW voor het gehele boedeldeficit en hen hoofdelijk veroordeeld tot betaling hiervan aan de boedel, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, en hen hoofdelijk veroordeeld in de proceskosten, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na het vonnis. Het meer of anders gevorderde - de uitvoerbaarverklaring bij voorraad en het voorschot van € 30 mln - werd afgewezen.

3.2.5. De rechtbank heeft de vorderingen in conventie van curatoren tegen Werensteijn afgewezen.

Deze beslissing was gestoeld op het oordeel van de rechtbank dat curatoren, tegenover het verweer van Werensteijn dat hij tot 1 oktober 2006 formeel bestuurder was, hun stelling dat hij tot 16 augustus 2007 formeel bestuurder was niet nader hebben onderbouwd. Op grond van de door de curatoren gestelde feiten of omstandigheden is verder niet gebleken dat Werensteijn na 1 oktober 2006 nog bestuurshandelingen heeft verricht, zodat hij vanaf die datum ook geen feitelijk bestuurder van Partrust was. De rechtbank is er daarom van uitgegaan dat Werensteijn slechts (formeel) bestuurder was van 20 mei 2006 (drie jaar voorafgaande aan het faillissement) tot 1 oktober 2006. Nu de door de curatoren gestelde te late publicatie van de jaarrekening 2007 als bedoeld in artikel 2:394 BW niet de bestuursperiode van Werensteijn betreft, kan hij hiervoor niet aansprakelijk worden gehouden, aldus de rechtbank. De stellingen van de curatoren dat Werensteijn aansprakelijk is op grond van artikel 2:10 BW en/of dat het bestuur in de periode van 20 mei 2006 tot 1 oktober 2006 onrechtmatig dan wel onbehoorlijk heeft gehandeld zijn als onvoldoende feitelijk onderbouwd gepasseerd.

3.2.6. In reconventie zijn de vorderingen van Werensteijn afgewezen omdat de rechtbank van oordeel was dat de opgelegde dwangsommen niet zijn verjaard en de rechtbank verder om in het vonnis uiteengezette redenen van oordeel was dat de door Werensteijn gevorderde verklaring voor recht dat ten aanzien van de opgelegde geboden geen dwangsommen zijn verbeurd, dient te worden worden afgewezen.

3.2.7. Werensteijn is tegen het vonnis opgekomen met 17 grieven. In het petitum van zijn memorie van grieven vordert Werensteijn grotendeels hetzelfde als in eerste aanleg, met dien verstande dat hij niet langer subsidiair opheffing van dwangsommen vordert (zie rov. 3.2.2, slot van reconventionele vordering onder 2).

3.2.8. In incidenteel appel hebben curatoren 3 grieven aangevoerd. Zij hebben daarbij tevens hun vordering ter zake het door Werensteijn (hoofdelijk, met Spee en Peijer) te betalen voorschot verminderd tot een bedrag van € 3.000.000,00.

in incidenteel hoger beroep

3.3.1. Het hof zal eerst het incidentele hoger beroep van curatoren behandelen. Zij hebben geen grief gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Werensteijn na 1 oktober 2006 geen formeel bestuurder meer was van Partrust. Hun derde grief in incidenteel hoger beroep is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Werensteijn na die datum evenmin kon

worden aangemerkt als “feitelijk bestuurder” (ook wel genoemd: “feitelijk beleidsbepaler”) in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.

Dit artikellid bepaalt dat met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt onder meer dat de enkele omstandigheid dat iemand het beleid mede heeft bepaald niet reeds grond is voor aansprakelijkheid, maar dat die aansprakelijkheid erop berust dat men zich daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen. Hierbij wordt niet bedoeld op adviseurs of anderen die op het beleid van het bestuur een sterke of zelfs beslissende invloed kunnen hebben, doch die niet daadwerkelijk een bestuursstaak uitoefenen. Er moet zowel directe bemoeienis zijn, als een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur: indien iemand in de vennootschap de lakens uitdeelt, de bestuursmacht naar zich toetrekt en de formele bestuurders zijn wil oplegt, kan hij worden aangemerkt als feitelijk bestuurder (Kamer II, 1980-1981, 16530 nr 3 en 16631 nrs 3 en 6). In de rechtspraak wordt wel aangenomen dat het overigens niet steeds van belang is of het formele bestuur feitelijk terzijde is gesteld: het gaat erom of de aangesprokene zélf daadwerkelijk bestuurshandelingen heeft verricht.

3.3.2. De rechtbank was van oordeel dat curatoren de weerlegging van Werensteijn van een aantal verwijten dat zij in dit verband hadden gemaakt, onvoldoende hadden betwist. In hoger beroep hebben curatoren niet meer aan de orde gesteld de verklaringen van Werensteijn over een stand still periode, de reizen naar Costa Rica met Spee, de aanwezigheid van Werensteijn bij vergaderingen, de overeenkomst van 5 oktober 2006 en de Exclusive Sales Agreement. Zij hebben vooral gewezen op het adviseurschap van Werensteijn, het feit dat hij er vaak (en steeds vaker) “bij werd gehaald” als de stemmen van Spee en Peijer staakten en in het bijzonder op de verklaring van Puriël bij de FIOD. Hiertegen heeft Werensteijn erop gewezen dat niet betwist is de vaststelling van de FIOD dat hij in 2006 en 2007 in verband met zijn gezondheidstoestand “vermoedelijk een geringe rol heeft gespeeld”, dat hij geen stemrecht had en dat geen bestuursbesluiten zijn gesteld die door hem zouden zijn genomen.

3.3.3. Het hof is van oordeel dat in hoger beroep, mede gezien de betwisting door Werensteijn, door curatoren onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat Werensteijn na 1 oktober 2006 daadwerkelijke bestuurshandelingen heeft verricht in de hierboven bedoelde zin en dus is opgetreden als feitelijk bestuurder. De grief faalt daarom.

3.4.1. In rov 3.29 heeft de rechtbank geoordeeld dat curatoren niet feitelijk hebben onderbouwd welk handelen of nalaten van het bestuur van Partrust in de periode van 20 mei tot 1 oktober 2006 onrechtmatig (artikel 6:162 BW) dan wel onbehoorlijk (artikel 2:9 BW) was, zodat hun stellingen worden gepasseerd. Grief 2 in incidenteel appel is gericht tegen dit oordeel.

3.4.2. Curatoren hebben gesteld dat Werensteijn jegens de boedel (hoofdelijk met Spee en Peijer) aansprakelijk is uit onrechtmatige daad omdat hij (samengevat) wist of behoorde te weten dat Partrust haar verplichtingen jegens de obligatiehouders die bij haar hadden ingelegd niet zou kunnen nakomen maar desalniettemin jegens de obligatiehouders verplichtingen tot betaling van aflossingen en rente is aangegaan (een zgn. Beklamelvordering) en dat Partrust de obligatiehouders ernstig misleid met onder meer misleidende jaarrekeningen over 2006 en 2007 en misleidende prospectussen.

3.4.3. Partrust is op 20 mei 2009 failliet gegaan. De relevante periode voor artikel 2:248 BW loopt zowel voor (feitelijk) bestuurderschap als voor de verweten handelingen van 20 mei 2006 tot 20 mei 2009. Werensteijn was reeds sinds 1 februari 2005 formeel bestuurder van Partrust. Dat zou van belang kunnen zijn voor de op onrechtmatige daad gebaseerde

vordering jegens Werensteijn, nu de relevante periode bij die vordering inderdaad ruimer is dan bij artikel 2:248 BW, zoals curatoren terecht aanvoeren (in de toelichting bij hun eerste grief). In deze zaak is dat evenwel niet van belang, nu Werensteijn terecht het verweer heeft opgeworpen dat curatoren niet bevoegd zijn een op artikel 6:162 BW gestoelde vordering in te stellen, zoals hierna zal blijken.

3.4.4. Uit de stellingen van curatoren blijkt namelijk niet dat de gezamenlijke crediteuren van Partrust door deze verweten onrechtmatige handelingen van het bestuur, waaronder Werensteijn, zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Ten aanzien van de jaarrekeningen 2006 en 2007 heeft Werensteijn er bijvoorbeeld onbetwist op gewezen dat het overgrote deel van de ingelegde, niet terugbetaalde gelden was ingelegd voordat de jaarrekening over 2006 was vastgesteld en gedeponereerd. Belangrijker is dat curatoren niet althans onvoldoende onderbouwd hebben gesteld dat in casu sprake is van een onrechtmatige daad die jegens de gezamenlijke schuldeisers gepleegd is, nu de door hen gestelde grondslagen alleen zien op tekortkomingen jegens nieuwe individuele obligatiehouders en niet jegens de gezamenlijke schuldeisers van Partrust, waarvan onbetwist vaststaat dat er andere schuldeisers dan de obligatiehouders zijn, waaronder preferente belastingschulden.

3.4.5. Curatoren kunnen geen op onrechtmatige daad gebaseerde vordering instellen namens een beperkte groep crediteuren, zij kunnen slechts een zgn. Peeters/Gatzen-vordering (NJ 1983, 597) instellen namens de gezamenlijke crediteuren. Aan de stellingen die curatoren ten grondslag leggen aan hun onrechtmatige daad-vordering kan, indien juist, niet de conclusie verbonden worden dat die vordering is te kwalificeren als een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers van Partrust met als gevolg dat die gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld (vgl. HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016: 201). Curatoren hadden gemotiveerd moeten stellen op grond waarvan zij in de gegeven omstandigheden bevoegd zijn tot het instellen van die zgn. Peeters/Gatzen-vordering, hetgeen zij hebben nagelaten.

3.4.6. Voor zover curatoren hun vordering hebben gebaseerd op artikel 2:9 BW heeft te gelden dat zij deze vordering ook in hoger beroep onvoldoende hebben onderbouwd. Artikel 2:9 BW ziet op een vordering van Partrust zelf tegen haar bestuurders, in casu tegen Werensteijn. Curatoren hebben niet gesteld waarom Partrust zelf schade heeft geleden als gevolg van het handelen van (in dit geval:) Werensteijn, en welke schade dat is (de gestelde hoofdelijke aansprakelijkheid voor het boedeltekort is daarvoor onvoldoende), hetgeen wel van hen had mogen worden verwacht, gezien de aangevoerde verweren.

3.4.7. Grief 2 in incidenteel hoger beroep faalt daarom.

3.5.1. Tenslotte heeft de rechtbank volgens curatoren ten onrechte geoordeeld dat zij onvoldoende feitelijk hebben onderbouwd dat Werensteijn in de periode van 20 mei 2006 tot 1 oktober 2006 als formeel bestuurder een verwijt te maken is. Zij stellen dat aan Werensteijn over die periode wel degelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 lid 1 jo artikel 2:10 BW te verwijten valt. Bij Partrust was sprake van een onjuist bedrijfsmodel, het ontbreken aan financieel beleid en inzicht in de financiële situatie en de benodigde bestuurlijke informatie, aldus curatoren.

3.5.2. In rov 3.28 heeft de rechtbank overwogen dat het, mede gelet op het verweer van Werensteijn, op de weg van curatoren had gelegen om hun verwijt dat het bestuur van Partrust de verplichting van artikel 2:10 BW heeft verzaakt, feitelijk te onderbouwen voor de periode 20 mei-1 oktober 2006. Zij dienden volgens de rechtbank te stellen welke beslissingen en/of handelingen van het bestuur in die periode hebben geleid tot de volgens curatoren onjuiste jaarrekeningen. Een dergelijke opgave ontbreekt ook in hoger beroep. Terecht merkt Werensteijn op dat de meeste van de door curatoren gestelde feiten – zoals onder meer het deponeren van de gewraakte jaarrekeningen – in dit verband alle zien op een

periode ná het formele bestuurderschap van Werensteijn en dat ten aanzien van de overige gestelde feiten een duidelijke koppeling met het bestuurderschap van Werensteijn in de periode 20 mei-1 oktober 2006 ontbreekt.

3.5.3. Dit geldt evenwel niet voor de als prod. I bij memorie van grieven in incidenteel appel in het geding gebrachte notitie van een faillissementsmedewerker van curatoren van 8 september 2015 waarin de geldstromen binnen Partrust in de periode 20 mei-30 september 2006 in kaart zijn gebracht. Hieruit blijkt dat door wat curatoren noemen “beleggers” in die periode € 2.052.815,- is gestort, dat € 1.017.306,- daarvan is doorgestort naar aan Partrust gelieerde bedrijven, dat € 363.308,- is betaald aan aflossingen en € 717.097,- aan rente aan de obligatiehouders is betaald.

Curatoren verbinden hieraan de conclusie dat al in die periode de helft van de totale inleg werd uitgegeven aan aflossing en rente in plaats van aan beleggingen, waarvoor de obligatiehouders hun geld juist hadden ingelegd. Ten aanzien van de andere helft van de inleg stellen curatoren dat “niet duidelijk” is of de aan de gelieerde vennootschappen doorgestorte bedragen daadwerkelijk zijn belegd. Werensteijn stelt dat dit is gebeurd en dat curatoren dat heel goed weten, nu mr. Luchtman (inmiddels) in bijna al die gelieerde vennootschappen ook als curator is benoemd. Tijdens het pleidooi heeft mr. Luchtman aangegeven dat na het verkrijgen van de Guyana-concessie (zij het met een andere juridische constructie dan voorgespiegeld leek) door Partrust hierin wel is geïnvesteerd, maar dat dit niet tot opbrengsten heeft geleid.

Werensteijn heeft verder tegen die notitie aangevoerd dat hierin niets staat over de vraag ten titel waarvan de betaling of ontvangst heeft plaatsgevonden, het gaat alleen maar over de geldstromen. De rente en aflossing van dit overzicht zien alle op verplichtingen die eerder zijn aangegaan, en kunnen niet zien op overeenkomsten die na 1 mei 2006 gesloten zijn.

3.5.4. Naar het oordeel van het hof mochten de obligatiehouders verwachten dat de door hen ingelegde gelden – behoudens de normale kosten – ook daadwerkelijk zouden worden gebruikt om te beleggen. Werensteijn heeft de in kaart gebrachte geldstromen inhoudelijk verder niet betwist en evenmin betwist dat bijna de helft van de ingelegde gelden in die periode niet is gebruikt om te beleggen (maar voor aflossingen en rente), noch een (afdoende) verklaring hiervoor gegeven. Tegenover obligatiehouders is dit naar het oordeel van het hof in beginsel onbehoorlijk en het feit dat een deel van de geldstromen zien op rentebetalingen over overeenkomsten die eerder dan in de thans te beoordelen periode zijn afgesloten, doet daar niet aan af. Het hof betreft bij dit oordeel voorts dat de obligatiehouders onjuist, althans onvolledig werden geïnformeerd over de werkelijke financiële verhoudingen binnen Partrust. De in rov 3.1.2. weergegeven werkelijke financiële verhouding komt niet overeen met de vermelding in de door Partrust uitgegeven stukken. Zo staat in de brochure van Partrust (prod 5 inl. dagv.) op bladzijde 14:

“(FEL) 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 (...)

De aandelen van FEL zijn in 2006 voor 60% overgedragen aan ParTrust Beheer B.V. en EcoGarant (...) en voor 40% in bezit van in totaal drie andere Nederlandse natuurlijke personen.”

Anders dan in het prospectus staat vermeld, was Partrust echter geen aandeelhouder van FEL. Partrust had dan ook – anders dan wordt gesuggereerd – geen eigen winstrecht op grond van een rechtstreekse aandeelhoudersrelatie tussen haar en FEL, de houdster van de bosbouwconcessie, laat staan een winstrecht van 60%. Evenmin bestond er een vennootschapsrechtelijke relatie tussen Partrust en Ecogarant. De aandelen in FEL werden voor 60% gehouden door Ecogarant (en voor 40% door andere partijen, niet zijnde Partrust), terwijl de aandelen in Ecogarant niet door Partrust werden gehouden maar door de persoonlijke houdstermaatschappijen van Spec, Peijer en Werensteijn (zie rov 3.1 onder d).

Partrust had slechts (op grond van de overeenkomst van 19 juli 2006 tussen Partrust en Ecogarant, zie rov 3.1 onder f) een contractuele aanspraak op 50% van de door Ecogarant te behalen winsten waartegenover een prestatie van Partrust diende te staan (het aantrekken van nieuwe gelden) en de contractuele aanspraak van Partrust zou komen te vervallen als zij niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen (zoals uiteindelijk het geval bleek). Hierbij dient nog in aanmerking te worden genomen dat Ecogarant 60% van de aandelen in FEL hield, zodat Partrust per saldo een (indirect) contractueel winstrecht van $(50\% \times 60\%) = 30\%$ op de met de bosbouwconcessie te behalen winst had. Bovendien bleef de ander 30% van de winst achter in Ecogarant waarvan Spee, Peijer en Werensteijn de indirecte aandeelhouders waren.

De overeenkomst met Ecogarant, waarop deze – slechts – contractuele aanspraak was gebaseerd, is gesloten op 19 juli 2006, derhalve in de voor Werensteijn relevante periode.

3.5.5. De vraag resteert of curatoren voldoende feitelijk hebben onderbouwd dat dit onbehoorlijk bestuur van Werensteijn in genoemde periode een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Werensteijn stelt in dit verband dat in de relevante periode van zijn bestuurstijd de vooruitzichten nog rooskleurig waren. Deze stelling is evenwel niet met concrete feiten onderbouwd, hetgeen temeer van Werensteijn verwacht had mogen worden, nu hij toegeeft dat Partrust aan het eind van 2005 nog een (aanzienlijk) negatief eigen vermogen had. In 2006 had Partrust een onjuist en onbehoorlijk bedrijfsmodel. Een dergelijk bedrijfsmodel zou vroeg of laat tot een faillissement moeten leiden, temeer omdat het nogal opportunistisch (en naar achteraf is gebleken: onjuist) zou zijn om te verwachten dat de inleg door obligatiehouders – waarmee Partrust overeind werd gehouden – onbeperkt zou blijven aanhouden. Het hof is van oordeel dat aannemelijk is dat het faillissement 2,5 jaar na het einde van het bestuurderschap van Werensteijn een direct gevolg is van het reeds tijdens (de relevante periode van) het bestuurderschap van Werensteijn gehanteerde (en daarna voortgezette) onjuiste bedrijfsmodel en dit moet in 2006 voor Werensteijn te voorzien zijn geweest. Als bestuurder is Werensteijn hiervoor aansprakelijk.

3.5.6. Artikel 2:248 lid 4 BW bepaalt dat de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn kan verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. De tweede zin van dit artikel geeft aan dat het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder door de rechter kan worden verminderd indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond. Uit de parlementaire geschiedenis tenslotte blijkt dat een beroep op matiging niet steeds behoeft te worden gedaan, maar dat de rechter de discretionaire bevoegdheid heeft om hierover eventueel ambtshalve te oordelen, indien hem dat geraden voorkomt.

Gedurende de relevante periode van 3 jaar voorafgaand aan het faillissement is Werensteijn gedurende iets meer dan vier maanden (formeel) bestuurder van Partrust geweest. Gelet op deze korte periode is het hof van oordeel dat de aansprakelijkheid van Werensteijn dient te worden bepaald op 10% van het uiteindelijke boedeltekort.

De gevorderde verklaring voor recht zal derhalve worden gegeven als in het dictum te melden.

Het meer gevorderde zal worden afgewezen.

3.6.1. Hiermee ligt thans de vordering van curatoren tot betaling van een voorschot op het boedeltekort ter beoordeling voor. In eerste aanleg hadden curatoren een veroordeling gevorderd van Werensteijn (hoofdelijk met Peijer en Spee) tot het betalen van een voorschot van € 30 miljoen op het uiteindelijk te betalen boedeldeficit van naar verwachting € 33

miljoen. Tegen de afwijzing van deze vordering door de rechtbank hebben curatoren in hoger beroep ingebracht dat per 14 december 2012 het saldo op de boedelrekening € 2.139,16 bedroeg en dat het boedeltekort vrijwel gelijk is aan het bedrag van de ingediende vorderingen (zijnde € 33 miljoen). Curatoren stellen verder dat er waarschijnlijk uit de exploitatie van de concessie in Guyana geen serieuze opbrengst zal komen. Het voorschot van € 30 miljoen ligt daarom voor toewijzing gereed, nu het boedeltekort rond de € 33 miljoen zal blijven. Om hen moverende redenen verlagen curatoren evenwel het gevorderde voorschot tot € 3 miljoen. Zij stellen dat de boedel een groot belang heeft bij het verkrijgen van een voorschot van die omvang om daarmee in de eerste plaats aan het Ministerie van Justitie de ontvangen gelden uit hoofde van de Garantieregeling Curatoren te kunnen terugbetalen en het resterende te kunnen aanwenden om het faillissement af te wikkelen (waaronder valt het voeren van een schadestaatprocedure).

3.6.2. Werensteijn verweert zich tegen het gevorderde voorschot (naast met de reeds verworpen stelling dat geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid) met de stelling dat curatoren zelf de hoogte van het boedeltekort (mede) hebben veroorzaakt en slechts uit zijn op eigen financieel gewin (in de vorm van "uren schrijven").

In zijn arrest van 20 juni 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BC8974) heeft de Hoge Raad overwogen dat het tekort in het faillissement "*ook bij toepassing van art. 2:248 lid 5*" moet worden begroot op het bedrag van de schulden voor zover die niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. De begroting van dat tekort wordt niet beïnvloed door de mate waarin de curator erin slaagt de door de aansprakelijke bestuurder gemaakte aanmerkingen op het boedelbeheer te weerleggen. De wijze waarop een faillissement is afgewikkeld, kan ingevolge artikel 2:248 lid 4 BW wel bijdragen tot het oordeel van de rechter dat hem het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, hem bovenmatig voorkomt.

3.6.3. De stelling Werensteijn dat (een deel van) het boedeltekort is veroorzaakt door de wijze waarop de curatoren het boedelbeheer hebben uitgevoerd, wordt door het hof – gezien het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 2008 - mede opgevat als een beroep op matiging. Deze stellingen zijn echter op geen enkele wijze door Werensteijn onderbouwd en bij pleidooi door curatoren bestreden. Het hof is van oordeel dat in deze procedure onvoldoende concrete feiten en omstandigheden zijn gesteld op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat curatoren ten onrechte een deel van het boedeltekort hebben veroorzaakt en dat een redelijk handelend curator niet zou hebben gehandeld zo als curatoren in deze hebben gedaan. Reeds daarom kan daarvan in deze procedure niet worden uitgegaan.

Weliswaar kan een geslaagd beroep op matiging niet van invloed zijn op de hoogte van het tekort (dat wordt bijvoorbeeld niet kleiner indien de rechter zou oordelen dat het kleiner had moeten zijn indien de curator zijn taak naar behoren had vervuld), maar wel op de vraag naar de mate waarin het vastgestelde tekort aan het onbehoorlijk bestuur kan worden toegerekend. Ten aanzien van een dergelijk beroep op matiging kunnen omstandigheden of proceseconomische argumenten meebrengen dat dit eerst in de schadestaatprocedure dient te worden beoordeeld.

3.6.4. Dit in aanmerking genomen is door Werensteijn niet gemotiveerd betwist dat er een boedeldeficit zal zijn van een omvang als door curatoren gesteld. Dat de uiteindelijke aansprakelijkheid van Werensteijn op een lager bedrag dan 10% van het door curatoren thans gevorderde (gematigde) voorschot van € 3 miljoen zal liggen, acht het hof vooralsnog niet aannemelijk. Het hof acht daarom in het feit dat het uiteindelijke boedeltekort nog niet is vastgesteld, en in het feit dat in een eventuele schadestaatprocedure nog over het daaraan gerelateerde beroep op matiging kan worden beslist, onvoldoende grond gelegen om geen voorschot van de hiervoor genoemde omvang (10% van € 3 miljoen ofwel € 300.000,-) toe

te wijzen. Het hof acht bij toewijzing van een voorschot van die omvang geen restitutierisico aanwezig en er is geen reden om dit arrest niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

De grief slaagt. Het hof zal als voorschot alsnog een bedrag van € 300.000,-- toewijzen.

3.6.5. De gevorderde hoofdelijke veroordeling (met die van Peijer en Spee als gevorderd in de zaken in hoger beroep met nrs.200.178.281/01 en 200.179.483/01 tussen curatoren en voormelde geïntimeerden) zal met de gevorderde wettelijke rente worden toegewezen.

in principaal hoger beroep

3.7. Het gaat thans allereerst nog om de geboden die door de Voorzieningenrechter bij vonnis van 14 januari 2010 aan (onder meer) Werensteijn zijn opgelegd.

Nu curatoren zich naar eigen zeggen niet op het standpunt stellen dat Werensteijn de in dat vonnis genoemde geboden 6.1 a, b en c heeft overtreden (mva inc app. nr 42-43), gaat het in dit hoger beroep nog alleen om de geboden 6.1. sub d en 6.3. Curatoren stellen dat Werensteijn die geboden niet heeft nageleefd en de daarop gestelde dwangsommen heeft verbeurd.

Werensteijn noch curatoren hebben nog belang bij een afzonderlijke beoordeling van de al dan niet overtreding van de geboden a, b en c. Bij memorie van grieven had Werensteijn dat belang nog wel. Grieven 8 en 9 zijn dus in zoverre gegrond, maar dit leidt op zich niet tot vernietiging van het beroepen vonnis.

3.8.1. Werensteijn verweert zich primair met de stelling dat de dwangsomveroordelingen zijn verjaard. De rechtbank heeft dit verweer niet gehonoreerd omdat zij van mening was dat curatoren de verjaring rechtsgeldig hebben gestuit. Hiertegen richten zich de grieven 1 en 2 van Werensteijn.

3.8.2. Werensteijn stelt dat de brief van 27 juni 2012 van curatoren aan zijn advocaat geen rechtsgeldige stuitingshandeling inhield, en dat de (gesteld) verbeurde dwangsommen daarom op 17 juli 2012 zijn verjaard. Voormelde brief was niet aan hem gericht en gezonden, maar aan zijn advocaat, in verband met een kwestie rond een bedrag van € 87,93. Zijn advocaat heeft de brief toen niet aan hem doorgezonden. Eerst op 15 januari 2013 heeft Werensteijn kennisgenomen van genoemde brief.

Het verweer van curatoren, dat (de advocaat van) Werensteijn in correspondentie heeft gesteld dat de dwangsommen op 27 december 2012 waren verjaard "*omdat er na de brief van mr. Cremers van 27 juni 2012 geen stuitingshandeling meer zou zijn verricht*", waarmee Werensteijn duidelijk aangeeft dat de brief van 27 juni 2012 dus wél als een stuitingshandeling moet worden gezien, wordt door Werensteijn afgedaan met een beroep op voor[t]schrijdend inzicht.

3.8.3. Tussen curatoren en Werensteijn zijn meerdere procedures gevoerd, waarbij mr. Reuser in ieder geval sinds 21 januari 2012 als advocaat namens Werensteijn is opgetreden. Weliswaar stelt Werensteijn in de conclusie van repliek dat mr. Reuser, aan wie de brief van 27 juni 2012 werd gezonden, niets van doen had met de onderhavige kwestie, maar dat verweer verwerpt het hof, nu mr. Reuser Werensteijn naast mr. Andriessen heeft bijgestaan in de dwangsom-kortgedingen, namelijk in de hoger beroep procedures met betrekking tot de vonnissen van 14 januari en 10 april 2010. Weliswaar ging de brief van 27 juni 2012 tevens over een kwestie waar mogelijk (slechts) genoemde mr. Andriessen bij betrokken was, maar die brief handelde nadrukkelijk ook over de stuiting van de verjaring van de dwangsommen. Het hof gaat er dus van uit dat genoemde brief werd gezonden en ook kon worden gezonden aan mr. Reuser in zijn hoedanigheid van advocaat van Werensteijn en ook door deze in die hoedanigheid is ontvangen.

3.8.4. Tussen partijen is niet in geschil dat de brief van 27 juni 2012 voldoet aan alle aan een rechtsgeldige stuitingshandeling te stellen eisen. Werensteijn stelt dat mr. Reuser niet bevoegd was om die stuitingshandeling namens Werensteijn in ontvangst te nemen, met de daaraan verbonden rechtsgevolgen, en dat hij, Werensteijn, die brief zelf eerst na afloop van de verjaringstermijn heeft ontvangen.

Er veronderstellenderwijs van uitgaande dat geen volmacht hiertoe door Werensteijn aan mr. Reuser is verleend, kan Werensteijn toch gebonden zijn indien curatoren gerechtvaardigd hebben vertrouwd op het bestaan van een toereikende volmacht van mr. Reuser op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van Werensteijn komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. In dat verband wijst het hof erop dat mr. Reuser als gezegd ook advocaat van Werensteijn was en is en in die hoedanigheid reeds vóór de ontvangst van genoemde brief voor Werensteijn over de dwangsommen heeft geprocedeerd.

3.8.5. Zo mr. Reuser als advocaat van Werensteijn al niet in die hoedanigheid bevoegd was tot het in ontvangst nemen van de stuitingsbrief (met de daarin bedoelde rechtsgevolgen) dan mochten curatoren er gerechtvaardigd op vertrouwen dat hij daartoe bevoegd was, althans dat hij genoemde brief tijdig aan zijn cliënt zou doorzenden. Dit vertrouwen konden zij naar het oordeel van het hof baseren op het feit dat Werensteijn zelf mr. Reuser had ingeschakeld als advocaat in (deze en andere) zaken die de verbeurde dwangsommen betreffen, hetgeen bij curatoren de indruk kan en mag hebben gewekt dat mr. Reuser bevoegd was Werensteijn te vertegenwoordigen bij al hetgeen de verbeurde dwangsommen betrof, dus ook bij de inontvangstneming van de stuitingsbrief.

Dat wordt niet anders door het feit dat de overige stuitingsbrieven door curatoren rechtstreeks naar Werensteijn zelf zijn gestuurd. Tenslotte is bij dit oordeel van belang dat ook Werensteijn/mr. Reuser de brief van 27 juni 2012 oorspronkelijk als een rechtsgeldige stuitingshandeling hebben beschouwd en als zodanig daarover met curatoren hebben gecorrespondeerd (totdat zij door, naar zij stellen, voortschrijdend inzicht tot een andere conclusie kwamen). In het algemeen kunnen immers ook omstandigheden die hebben plaatsgevonden nadat een rechtshandeling is verricht, mede bepalend zijn voor de uitleg daarvan. Er is geen aanleiding hierover anders te oordelen bij de beantwoording van de vraag of een mededeling als bedoeld in art. 3:317 BW, stuitende werking heeft.

3.9.1. Verder hebben curatoren na 27 juni 2012 daadwerkelijk uitvoering gegeven aan het incasseren van de verbeurde dwangsommen, door na een aanzegging daartoe op 16 november 2012, op 30 november 2012 de Volvo van Werensteijn executoriaal te verkopen. In het exploit van 16 november 2012 is verwezen naar het proces-verbaal van 22 juli 2010, waarmee het executoriaal beslag op de Volvo werd gelegd. In dat proces-verbaal is aangegeven dat die beslaglegging geschiedde ten uitvoering van het kort geding vonnis van (voor zover thans van belang) 14 januari 2010. Gelet hierop deelt het hof het oordeel van de rechtbank dat Werensteijn er niet op mocht vertrouwen dat die executieverkoop *niet* plaats vond ten behoeve van de verbeurde dwangsommen. Het exploit van 16 november 2012 was derhalve – mede gezien de gehele voorgeschiedenis, die aan Werensteijn bekend was (althans, voor wat betreft de brief van 27 juni 2012, waarvan curatoren erop mochten vertrouwen dat deze aan Werensteijn bekend was) – voldoende duidelijk om te gelden als een mededeling in de zin van artikel 3:317 BW. Voor zover Werensteijn in grief 4 iets anders verdedigt, faalt de grief.

3.9.2. Werensteijn stelt echter dat de exploten en executoriale maatregelen van 17 februari, 16 november en 30 november 2012 nietig waren omdat sprake is van een overgang tot tenuitvoerlegging van een executoriale titel, als bedoeld in artikel 431a Rv, die aan Werensteijn betekend had moeten worden, hetgeen niet is geschied. Immers, aldus

Werensteijn, als curatoren waren oorspronkelijk benoemd mr. Luchtman en mr. Kessels. Na het terugtreden van mr. Kessels in augustus 2009 is eerst op 1 december 2010 mr. Louwerier naast mr. Luchtman als mede-curator benoemd. Dit is een overgang van de bevoegdheid tot het nemen van executoriale maatregelen in de zin van artikel 431a Rv.

In die tussenliggende periode, was mr. Luchtman zelfstandig en exclusief bevoegd, daarna niet meer. Mr. Luchtman heeft de verkregen executoriale titel(s) van 14 januari (en 12 april) 2010 aan Werensteijn betekend, maar daarna, toen de onderhavige exploten werden uitgebracht in 2012, waren mr. Luchtman en mr. Louwerier uitsluitend nog gezamenlijk bevoegd op de voet van artikel 70 Fw. Werensteijn wijst daarnaast op artikel 25 Fw, waaruit volgens hem blijkt dat de curator bij aangelegenheden die de boedel betreffen de procespartij is en welk artikel meebrengt dat de exclusieve bevoegdheid tot het nemen van executoriale maatregelen ligt bij de curator, c.q. bij curatoren.

3.9.3. Allereerst merkt het hof op dat een bepaling die regelt dat curatoren intern alleen gezamenlijk bevoegd zijn om besluiten te nemen, niets van doen heeft met de bevoegdheid tot vertegenwoordiging naar buiten. Daarnaast, zoals curatoren terecht opmerken, bepaalt artikel 70 Fw slechts dat indien meer dan één curator benoemd is, voor de geldigheid van hun handelingen toestemming van de meerderheid is vereist. Curatoren hebben onbetwist gesteld dat die toestemming er was.

In het geval van benoeming van een tweede curator en/of benoeming van een andere persoon tot curator is geen sprake van een situatie als voorzien in artikel 431a Rv. Degene die over de executoriale titel beschikt is de curator (in zijn hoedanigheid van curator). Wijziging van de persoon van de curator heeft niet tot gevolg dat de titel op een ander overgaat. Deze komt toe aan de curator/ curatoren en blijft in handen van de curator/ curatoren.

3.9.4. Niet alleen was dus door curatoren voldaan aan artikel 3:317 BW, maar daarnaast was met de executoriale verkoop van de Volvo ook sprake van het rechtsgeldig verrichten van een daad van rechtsvervolging, als bedoeld in artikel 3:316 BW. De dwangsomvorderingen en de gesteld verbeurde dwangsommen als gevolg van de gestelde overtreding door Werensteijn van de aan hem opgelegde geboden in het vonnis van 14 januari 2010 zijn derhalve niet verjaard.

De grieven 3-7 falen.

3.10.1. Subsidiair voert Werensteijn aan in de grieven 10 tot en met 12 in principaal hoger beroep dat hij geen dwangsommen heeft verbeurd.

Ten aanzien van de overtreding van het gebod onder 6.1 sub d : *“gebiedt Spee en Werensteijn (...) mee te werken aan de benoeming van c.q. te benoemen een door de curator aan te wijzen persoon tot bestuurder van Ecogarant, 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 de persoon aan Spee en Werensteijn schriftelijk heeft medegedeeld”* overwoog de rechtbank dat Werensteijn onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit blijkt dat hij, zoals hij aanvoerde, geen instructies van de curator had ontvangen met betrekking tot de benoeming van de bestuurders.

Ten aanzien van de overtreding van het gebod onder 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”* overwoog de rechtbank dat Werensteijn onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit blijkt dat hij niet wist op welke wijze hij aan de veroordeling moest voldoen.

3.10.2. Werensteijn voert in hoger beroep aan, kort samengevat, dat hij geen concreet verzoek van curatoren heeft ontvangen om mee te werken aan het gebod onder 6.1 sub d en

hij evenmin wist hoe hij aan het gebod onder 6.3. moest voldoen, zodat hij die geboden niet kán hebben overtreden. Hij voert verder aan dat zijn (indirect gehouden) aandelen in Ecogarant al geruime tijd vóór de geboden – op 9 juli 2009 - waren verpand aan Scarlet Caribbean Investments B.V. (hierna: Scarlet) en SFO Investments Ltd (hierna: SFO) tot zekerheid van de op die datum gesloten leningsovereenkomsten (tussen Scarlet en SFO enerzijds en Spee anderzijds). Werensteijn kon daarom de geboden niet meer na komen. Daarnaast was Werensteijn als borg (en Spee als debiteur) op 27 februari 2010 met SFO en Scarlet overeengekomen hun aandelen in Ecogarant aan dezen over te dragen, ter voorkoming van executie daarvan door SFO en Scarlet (omdat Spee zijn verplichtingen uit de overeenkomst van 9 juli 2009 niet meer nakwam). Na de opzegging van de financiering op 11 maart 2010, was Werensteijn verplicht om zijn aandelen te leveren aan SFO en Scarlet, als uitvloeisel van de overeenkomsten van 9 juli 2009 en 27 februari 2010.

3.10.3. Werensteijn had eigen verplichtingen op grond van het vonnis van 14 januari 2010 waarin de geboden waren verstrekt met een dwangsom. Onbetwist is dat Werensteijn, om daaraan te kunnen voldoen, nog (indirect) aandeelhouders moest zijn in Ecogarant. Door het verkopen en leveren van zijn aandelen in Ecogarant aan SFO en Scarlet, heeft Werensteijn zelf de nakoming van de geboden gefrustreerd. Het hof merkt allereerst op dat Werensteijn miskent dat het verpand zijn van de aandelen niet in de weg staat aan een overdracht daarvan en dat het niet vereist was dat die pandrechten zouden worden opgeheven om aan de geboden te kunnen voldoen. De uitleg die Werensteijn aan de geboden geeft (namelijk dat hij daaraan moest voldoen ná een daartoe strekkend verzoek van de curator nádat de pandrechten waren opgeheven) is dan eveneens onjuist. Dat Werensteijn beide geboden niet kon nakomen is een direct gevolg van de levering door hem van zijn aandelen aan SFO en Scarlet op 16 maart 2010.

3.10.4. Met curatoren is het hof van oordeel dat de hele gang van zaken – waaronder de opzegging van de leningsovereenkomst en de daaruit voortvloeiende overdracht van de aandelen aan SFO en Scarlet – is opgezet om onder de nakoming van de geboden uit te komen. Het hof wijst op de door curatoren bij memorie van antwoord in principaal appel overgelegde correspondentie, waaruit niet alleen blijkt dat curatoren (Spee en) Werensteijn duidelijk hebben aangegeven hoe te handelen ter nakoming van de geboden, maar ook dat (Spee en) Werensteijn in plaats daarvan alles in het werk hebben gesteld om die nakoming te dwarsbomen. Zo is door SFO en Scarlet opdracht gegeven de leningsovereenkomst met Spee (met een borgtocht van Werensteijn) van 9 juli 2009 op te zeggen *“omdat de zekerheden (...) door toedoen van curator Luchtman niet volledig kunnen worden uitgevoerd en bovendien Luchtman volledig onterecht en plotseling aanspraak maakt op de privé aandelen Paul Spee en Willem Werensteijn in Ecogarant”*, aldus artikel 1 van de overeenkomst van 27 februari 2010 die mede door Werensteijn is ondertekend, (prod. 40 dagv.), waarmee duidelijk is wát de werkelijke reden van de opzegging van de leningsovereenkomst is. Artikel 3 van de overeenkomst van 27 februari 2010 bepaalt vervolgens dat Werensteijn al zijn aandelen (indirect in Ecogarant) aan SFO en Scarlet zal aanbieden. Met dit laatste is het frustreren van de nakoming van de geboden reeds gegeven.

3.10.5. De conclusie is dat ook de grieven 10-12 falen.

3.11. De grieven 13-14 en 16-17 in principaal hoger beroep zien op (afgewezen) nevenvorderingen, ingesteld vanuit de gedachte dat de grieven van Werensteijn in principaal hoger beroep zouden slagen. Uit het voorgaande vloeit voort dat ook deze grieven falen. Grief 15 is gericht tegen de uitvoerbaar bij voorraadverklaring van de proceskostenveroordeling, waarvoor hetzelfde geldt.

3.12. De bewijsaanbiedingen van Werensteijn worden afgewezen, nu geen feiten te bewijzen zijn aangeboden die, indien bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden.

in principaal en incidenteel hoger beroep

3.13.1. Het beroepen vonnis zal worden vernietigd, doch slechts voor zover de gevorderde verklaring voor recht en het gevorderde voorschot volledig zijn afgewezen. Het hof zal dienaangaande alsnog beslissen als in het dictum te melden. Voor het overige zal het vonnis worden bekrachtigd.

3.13.2. In principaal hoger beroep zal Werensteijn worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep, met de wettelijke rente hierover als in het dictum te melden.

In incidenteel hoger beroep zullen de kosten worden gecompenseerd, nu beide partijen deels in het ongelijk zijn gesteld.

3.13.3 Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

4. De beslissing

Het hof:

op het principaal en incidenteel hoger beroep

vernietigt het beroepen vonnis gewezen tussen Werensteijn en curatoren doch slechts voor zover daarin de door curatoren gevorderde verklaring voor recht en het gevorderde voorschot zijn afgewezen;

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat Werensteijn jegens de boedel van Partrust Beheer B.V., hoofdelijk met P.J.M. Spee en W.E.H. Peijer, aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 BW, alsmede dat hij uit dien hoofde jegens de boedel van Partrust Beheer B.V. hoofdelijk aansprakelijk is voor 10% van het boedeldeficit;

veroordeelt Werensteijn, hoofdelijk des dat indien en voor zover na te noemen bedrag geheel of ten dele door Peijer en/of Spee is voldaan, Werensteijn in zoverre zal zijn bevrijd, tot betaling aan de boedel van Partrust Beheer B.V. van een bedrag van € 300.000,00 (driehonderdduizend euro) bij wijze van voorschot op het door Werensteijn te betalen boedeldeficit tot betaling waarvan Werensteijn zal worden veroordeeld, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van dagvaarding in eerste aanleg tot aan de dag der voldoening;

wijst het door curatoren meer of anders gevorderde af;

bekrachtigt het beroepen vonnis voor al het overige;

veroordeelt Werensteijn in de proceskosten van het principaal hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van curatoren op € 1.615,00 aan griffierecht en op € 10.305,00 aan salaris advocaat, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan over deze bedragen de

wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW is verschuldigd vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening;

compenseert de proceskosten in incidenteel hoger beroep

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.A.M. van Schaik-Veltman, H.A.G. Fikkers en D.A.E.M. Hulskes en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 8 augustus 2017.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app./geintim.: Mr. B.J.M.P. Cremers

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: 8-8-2017

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read "Meender", is written over the printed text of the court clerk's name and date.

TUSSENTIJD'S FINANCIËEL VERSLAG

DATUM:

4 oktober 2017

in het faillissement van:

Partrust Beheer B.V.

faillissementsnummer

F 09 / 330

datum uitspraak

20-05-2009

rechter-commissaris

mr V.M. de Winkel

curator

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

betrekking hebbend op verslag nrs.

16

A.	BATEN	subtot. incl. BTW	mutaties	totaal	Af te dragen BTW
1.	aangetroffen middelen				
	kas	€ -		€ -	
	bank	€ 335,12		€ 335,12	
2.	opbrengsten verkopen				
	opbrengsten verkopen	€ 1.987,99		€ 1.987,99	€ -
	af: directe kosten	€ -		€ -	€ -
3.	debiteuren				
	prefaillissement debiteuren	€ 6.200,00		€ 6.200,00	
	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	€ 534.263,00		€ 534.263,00	€ -534.262,16
	Overige baten	€ 15.211,66	€ 3.000,00	€ 18.211,66	
	Proceskostenveroordeling	€ 3.452,97		€ 3.452,97	
	Rente Bankier	€ 297,67		€ 297,67	
	SFO	€ 15.000,00		€ 15.000,00	
	VPB Teruggaaf	€ 4.572,00		€ 4.572,00	
	Schikking Vistra/Van Rijn	€ 950.000,00		€ 950.000,00	
	Kruispost garantieregeling	€ 150.000,00		€ 150.000,00	
5.	totaal	€ 1.702.820,34		€ 1.705.820,34	€ -534.262,16
B.	REEDS BETAALDE VERSCHOTTEN / BOEDELSCHULDEN	totaal		totaal	Terug te ontvangen BTW
	Honorarium curator	€ 411.703,68	€ 17.119,73	€ 428.823,41	€ 71.309,40
	Verschotten	€ 20.366,90		€ 20.366,90	€ 2.707,73
	Uittreksel	€ 82,86		€ 82,86	€ -
	Diensten Derden	€ 271.194,43	€ 1.197,63	€ 272.392,06	€ 41.123,98
	Reis/Verblijfkosten	€ 23.714,77		€ 23.714,77	€ 54,20
	Diversen	€ 261,86		€ 261,86	
	Bankkosten/rente	€ 37,84		€ 37,84	
	Proceskostenveroordeling	€ 6.171,39		€ 6.171,39	
	Griffierecht	€ 1.474,00		€ 1.474,00	
	Gedeeltelijke aflossing garantieregeling	€ 775.000,00		€ 775.000,00	
	Financiering FEL	€ 107.012,00		€ 107.012,00	
	Managementondersteuning FEL	€ 57.296,81		€ 57.296,81	€ 9.871,32
	Verzekeringen Triodos	€ 5.082,00		€ 5.082,00	
6.	totaal	€ 1.679.398,54		€ 1.697.715,90	€ 125.066,63

C.	THANS NOG BESCHIKBAAR				
	totaal A	€ 1.702.820,34		€ 1.705.820,34	
	totaal B	€ 1.679.398,54		€ 1.697.715,90	
7.	saldo boedelrekening	€ 23.421,80		€ 8.104,44	

D. 1	Kasbank - garantieregeling				
	Honorarium curator	€ 1.954.182,91		€ 1.954.182,91	€ 319.252,92
	Verschotten	€ 9.436,59		€ 9.436,59	267,61
	Uittreksel	€ 11,00		€ 11,00	
	Diensten Derden	€ 589.525,34		€ 589.525,34	€ 92.098,06
	Reis/Verblijfkosten	€ 10.538,15		€ 10.538,15	€ 42,65
	Proceskostenveroordeling	€ 7.464,00		€ 7.464,00	
	Financiering FEL	€ 70.908,00		€ 70.908,00	
	Managementondersteuning FEL	€ 45.777,82		€ 45.777,82	€ 5.894,97
	Gedeeltelijke aflossing garantieregeling	€ -1.025.000,00		€ -1.025.000,00	
	Kruispost garantieregeling	€ 150.000,00		€ 150.000,00	
	Verzekeringen Triodos	€ 2.541,00		€ 2.541,00	
	totaal	€ 1.815.384,81		€ 1.815.384,81	€ 417.556,21
D. 2	Kasbank - rentekosten				
	Bankkosten/rente	€ 170.789,98	€ 25.105,81	€ 195.895,79	
	totaal	€ 170.789,98		€ 195.895,79	€ -
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	€ 32.992.085,92		€ 32.992.085,92	
	aantal	285		285	