

soon tot bestuurder van [de vennootschap] met beslissende stem, en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is [de vennootschap] te vertegenwoordigen en dat zonder deze bestuurder [de vennootschap] niet vertegenwoordigd kan worden; bepaalt dat het salaris en de kosten van deze bestuurder voor rekening komen van [de vennootschap] en bepaalt dat [de vennootschap] voor de betaling daarvan ten genoegen van de bestuurder zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden; veroordeelt [de vennootschap], [de bestuurder], [de stichting] en [B] hoofdelijk in de kosten van de procedure, tot op heden aan de kant van [A] begroot op € 3.991. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad; wijst af hetgeen meer of anders is verzocht. Deze beschikking is gegeven door mr. C.C. Meijer, voorzitter, mr. W.A.H. Melissen en mr. A.W.H. Vink, raadsheren, en prof. drs. E. Eeftink RA en drs. V.G. Moolenaar, raden, in tegenwoordigheid van mr. L. van Hoof, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 9 januari 2025.

RO 2025/19

HOF AMSTERDAM

8 oktober 2024, nr. 200.323.828/01
(Mrs. H.K.N. Vos, R.A. van der Pol,
J.G.A. Struycken)

Art. 6:162 BW

ECLI:NL:GHAMS:2024:2819

Bestuurdersaansprakelijkheid. Selectieve wanbetaling. Informatieverplichting.

Is een bestuurder gehouden schuldeiser(s) te informeren over en te betrekken bij de afwikkeling van de vennootschap? Hoe wordt de omvang van de schade als gevolg van persoonlijk ernstig verwijtbaar handelen vastgesteld?

Appellante Bank Degroef Petercam N.V. (hierna: Degroef) heeft in 2007 aan onder meer Financiële Participaties Amsterdam N.V. (hierna: FPA) een krediet van € 2.000.000 verstrekt. Geïntimeerde 1 (Energieweg 1 en 2 Holding B.V. (hierna: Holding)), is enig bestuurder van FPA. Geïntimeerde 2 (hierna: Slinkert) is bestuurder van Holding en daarmee indirect bestuurder van FPA. Degroef is naast kredietverstrekker ook (minderheids-) aandeelhouder van FPA. Degroef stuurt tussen 2010 en 2012 meerdere ingebrekestellingen voor in totaal een bedrag van meer dan € 2.000.000, omdat FPA haar kredietverplichtingen niet nakomt. Degroef wordt in 2013 uitgenodigd voor een AV en verzoekt FPA in reactie daarop wederom tot nako-

ming. FPA antwoordt niet in staat te zijn een passend voorstel te doen, omdat zij technisch insolvent zou zijn. De AV stelt in 2015 vast dat FPA geen inkomsten meer verwacht en stelt kort gezegd voor tot afwikkeling over te gaan. In maart 2018 worden door de aan het bestuur gelieerde vennootschappen verstrekte kredieten aan FPA kwijtschelden. In een andere procedure is geoordeeld dat Slinkert zich als bestuurder van Weaver B.V. (hierna: Weaver), een kleindochtervennootschap van FPA, schuldig heeft gemaakt aan verhaalsfrustratie. In mei 2018 schikt Slinkert met de daarvoor benadeelde derde en zoekt regres bij Weaver's advocatenkantoor. Dat advocatenkantoor zou tekortgeschoten zijn in de advisering ten aanzien van de transactie die tot verhaalsfrustratie heeft geleid. Slinkert schikt in april 2021 met het advocatenkantoor en komt overeen dat een door hem gecontroleerde B.V. € 1.475.135 van het totale schikkingsbedrag van € 4.300.000 ontvangt. Degroef blijft ook daarna onbetaald en entameert in juni 2021 een dagvaardingsprocedure jegens FPA en Holding en Slinkert als (indirect) bestuurder. Zij vordert samengevat FPA en haar (indirecte) bestuurder te veroordelen om aan haar een bedrag van circa € 2.800.000 te betalen. Voorts vordert zij voor recht te verklaren de bestuurders onrechtmatig jegens Degroef hebben gehandeld. De rechtbank heeft de vorderingen jegens kredietnemer FPA toegewezen. Zij heeft die jegens Holding en Slinkert afgewezen, omdat niet kan worden aangenomen dat Slinkert persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken.

Hof: Naar het oordeel van het hof kan Slinkert als indirect bestuurder van FPA wel een ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt, om de navolgende redenen. Omdat de AV van FPA had besloten tot afwikkeling van de vennootschap en daarmee beëindiging van haar activiteiten, had Slinkert een beperktere betaalautonomie. I.c. betrof de afwikkeling van FPA, waarbij zij slapend voort bestond, uit het afwikkelen van de schuldeisers en de deelnemingen binnen de FPA-structuur. Slinkert deed dat feitelijk door bepaalde operationele kosten (ad € 20.000) aan door FPA ingeschakelde derden te voldoen. Slinkert bewerkstelligde voorts dat de door aan hem gelieerde vennootschappen verstrekte leningen aan FPA zijn kwijtschelden. FPA had daarmee nog slechts één schuldeiser, namelijk Degroef. Binnen de FPA-structuur was er nog één schuldeiser met een vordering op Weaver. Het bedrag waarvoor Slinkert namens Weaver heeft geschikt is gebruikt om een vordering die een derde had op Slinkert te voldoen en om de procesfinancier – een aan Slinkert gelieerde holding – te voldoen. Voorts is relevant dat de afwikkeling van (de vorderingen op en van) kleindochter Weaver zich geheel buiten het zicht van Degroef heeft afgespeeld. En dat terwijl er bij die afwikkeling, bij een goede afloop, zicht was op opbrengsten voor FPA. Zonder een goede afloop, was er geen zicht op terugbetaling van Degroef's

vordering. Een laatste reden is dat Slinkert heeft nagelaten om ten behoeve van Degroof een concrete voorziening te treffen of de mogelijkheid tot een oplossing daartoe te onderzoeken die zou zijn gericht op het (deels) kunnen voldoen van de openstaande schuld. Slinkert had er als gemiddeld (indirect) bestuurder rekening mee moeten houden dat een schikkingsbedrag voldoende om ook Degroof te voldoen niet behaald zou worden. Daar komt bij dat volgens het hof van een gemiddeld bekwaam bestuurder mag worden verwacht dat hij verschillende belangen op zorgvuldige wijze gescheiden houdt. Omdat Slinkert als (indirect) bestuurder van Weaver eerder hoofdelijk aansprakelijk was gesteld, mocht van hem worden verwacht dat hij een zo groot mogelijke openheid van zaken zou betrachten richting de aandeelhouders, i.c. ook Degroof. Omdat Degroof vooraf niet op de hoogte is gesteld van, laat staan betrokken was bij de totstandkoming van de schikkingsovereenkomst, was van de verwachte openheid geen sprake. Slinkert heeft daarna geen acht geslagen op de omstandigheid dat Degroof de enig resterende schuldeiser was, nadat FPA andere (kleine) schuldeisers heeft betaald. Daar komt bij dat geen enkele voorziening is getroffen om alsnog Degroof's vordering te kunnen voldoen. Onder meer die omstandigheden leiden tot het oordeel van het hof dat Slinkert heeft bewerkstelligd – dan wel toegelaten – dat FPA haar verplichtingen jegens Degroof niet meer kon nakomen en die vordering onbetaald en onverhaalbaar is gebleven. Het persoonlijk ernstig verwijt is er in gelegen dat Slinkert geen rekening heeft gehouden met de situatie waarin de gevoerde juridische procedures tot onvoldoende opbrengst zouden leiden om de vordering van Degroof te kunnen voldoen. Door geen aandacht te schenken aan die vordering en na te laten Degroof tijdig te betrekken bij de afwikkeling van FPA, heeft Slinkert de voldoening van die vordering gefrustreerd. Slinkert en Holding zijn derhalve aansprakelijk voor de door Degroof geleden schade. Omdat het hof onvoldoende in staat is de gestelde schade vast te stellen, verwijst het onderhavige procedure naar de schadestaatprocedure.

Zie ook:

- HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829, JOR 2015/1 (Air Holland);
- HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, RO 2014/43 (Cancun Holding I);
- HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, RO 2007/12 (Ontvanger/Roelofsen);
- HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727 (Coral/Stalt);
- HR 9 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC0866, NJ 1986/792 (BLG/Keulen).

Zie anders:

- Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:3470.

Wenk:

In beginsel hebben bestuurders betaalautonomie. De vrijheid, om namens de vennootschap te bepalen in welke volgorde schuldeisers worden voldaan, neemt af zodra niet alle schuldeisers voldaan kunnen worden. Onder omstandigheden kan het selectief betalen van schuldeisers ertoe leiden dat een bestuurder daarover een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, zoals bevoordeling van een schuldeiser of persoonlijk profijt voor de betrokken bestuurder. Omdat geen gegeven was dat alle schuldeisers konden worden voldaan, had Slinkert een beperktere betaalautonomie. Ook lijkt geen twijfel mogelijk dat Slinkert door: (i) betaling aan een derde, om een claim op grond van bestuurdersaansprakelijkheid af te wenden; en (ii) betaling aan een aan hem gelieerde schuldeiser persoonlijk profijt heeft gehad bij de door hem gekozen betaalvolgorde. Het hof oordeelt dat Slinkert wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat deze handelwijze voorzienbaar tot benadeling van Degroof zou leiden. Slinkert heeft het verhaal van Degroof bovendien gefrustreerd door alle andere (kleine) schuldeisers te voldoen, waardoor Degroof werd verhinderd tot het aanvragen van FPA's faillissement.

Ook “andere omstandigheden (...) op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen” kunnen leiden tot externe bestuurdersaansprakelijkheid (Ontvanger/Roelofsen). Die “andere omstandigheden” doen zich hier (volgens het hof) voor omdat de (enig overblijvende) schuldeiser niet, althans gebrekkig, is geïnformeerd nadat is besloten tot afwikkeling van de vennootschap. Het hof neemt daarbij mee dat de afwikkeling van vorderingen op en van kleindochter Weaver geheel buiten het zicht van de schuldeiser heeft afgespeeld. De afwikkeling van die deelneming bepaalde of de laatste schuldeiser voldaan zou kunnen worden. Van de bestuurder wordt verwacht dat hij onder die omstandigheden een zo groot mogelijke openheid van zaken betracht. Omdat de schuldeiser van de moeder vennootschap vooraf niet op de hoogte was gesteld over – laat staan betrokken was bij – die afwikkeling was geen sprake van de verwachte transparantie. Onder die omstandigheden heeft de bestuurder bewerkstelligd – dan wel toegelaten – dat de schuldenaar haar verplichtingen jegens de schuldeiser niet meer kon nakomen en de vordering onbetaald en onverhaalbaar is gebleken. Vermeldenswaardig is de overweging dat de bestuurder Degroof

(ook) als *aandeelhouder* tijdig op de hoogte diende te stellen van de situatie waarin de vennootschap en de bestuurder zelf verkeerde (als gevolg van zijn eigen onrechtmatig handelen). De meest aannemelijke grondslag daarvoor lijkt de zorgvuldigheidsverplichting van de bestuurder te zijn, die er voor moet zorgen dat daardoor de belangen van de stakeholders van de vennootschap niet onnodig of onevenredig worden geschaad (art. 2:8 BW; vgl. *Cancun Holding I*).

Het hof oordeelt voorts dat de bestuurder de schuldeiser tijdig had moeten betrekken bij de afwikkeling. Mij is geen eerdere uitspraak bekend waarin is geoordeeld dat een schuldeiser dient te worden geïnformeerd over en te worden betrokken bij schikkingsonderhandelingen op het niveau van de (klein-)dochter (met dezelfde feitelijke bestuurder, i.c. ook Slinkert), waardoor baten worden gegenereerd die eventueel ten goede komen aan de schuldenaar. In casu lijkt daarvoor te pleiten dat de schuldenaar haar activiteiten had beëindigd, dat voldoening van de schuldeiser niet meer mogelijk was én dat de schikking mogelijk nog wel voor voldoening zou kunnen zorgen omdat de schuldenaar daarmee baten zou kunnen genereren.

Dat de bestuurder er rekening mee had moeten houden dat er zonder een goede afloop geen zicht was op betaling aan de enig schuldeiser, is een van de relevante andere omstandigheden die leidde tot bestuurdersaansprakelijkheid. Het hof verwijst naar *Air Holland* (vgl. ook *BLG/Keulen*). Die maatstaf dat de bestuurder *“ernstige rekening had moeten houden”* met het niet kunnen voldoen van een schuldeiser lijkt een lagere drempel te zijn dat het leerstuk uit *Ontvanger/Roelofsen* (*“wist of moest begrijpen dat (...) de vennootschap (...) haar verplichtingen niet zou nakomen”*). Daardoor zouden bestuurders eerder aansprakelijk gehouden kunnen worden (vgl. ook M.C. Hoeba e.a., ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2023: bestendig, ook in bijzondere gevallen’, in: J. van Bakkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Corporate Litigation 2023-2024*, Deventer: Wolters Kluwer 2024).

Interessant is hoe de voorzienbaarheid van eventuele opbrengsten zich verhoudt met de hoge drempel van bestuurdersaansprakelijkheid, die bange bestuurders dient te voorkomen. De bestuurder dient daartoe de ruimte te hebben om in het vennootschappelijk belang beslissingen te nemen waaraan risico's zijn verbonden. Het besturen van een vennootschap leidt niet altijd tot het meest gunstige resultaat. Bij schikkingsonderhandelingen is evident dat het beste resultaat niet aan de orde zal zijn. Iedere partij daarbij zal water bij de wijn moeten

doen. Bij het uitblijven van het gewenste of beste resultaat is het aan te raden om kritisch te kijken naar de betalingsvolgorde. Het onder dergelijke omstandigheden betalen van vorderingen - waar de bestuurder persoonlijk profijt van heeft - zal (kunnen) leiden tot persoonlijk ernstig verwijtbaar handelen, waardoor de bestuurder schadeplichtig is.

Degroof vordert de hoofdsom van de lening vermeerderd met de rente en kosten. Ten aanzien van de (indirecte) bestuurders komt die vordering (op die wijze) niet voor toewijzing in aanmerking. Omdat sprake is van een onrechtmatige daad dient de schade van Degroef als gevolg daarvan begroot en vergoed te worden. De omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking te maken tussen de huidige feitelijke situatie na de normschending (i.c. het persoonlijk ernstig verwijtbaar handelen) en de hypothetische situatie zoals die geweest zou zijn zonder de normschending (vgl. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539). Daarmee wordt aangetoond in welke situatie Degroef zou hebben verkeerd zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis en welke schade Degroef lijdt in de huidige situatie. Door vergoeding van die schade wordt Degroef zoveel mogelijk in de toestand gebracht zonder de normschending van de bestuurder. In de schadestaatprocedure krijgen partijen i.c. de gelegenheid zich uit te laten over die vergelijking.

Onderhavig arrest leert dat naast selectieve wanbetaling en verhaalsfrustratie ook andere omstandigheden, zoals het onvoldoende betrachten van openheid naar en betrokkenheid van schuldeisers, kunnen bijdragen tot het oordeel dat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Schuldeisers tijdig informeren over en betrekken bij schikkingsonderhandelingen met schuldenaren van een vennootschap die haar activiteiten heeft beëindigd, lijkt de veiligste optie voor de bestuurder. Of dergelijke betrokkenheid tot (betere) schikkingen leidt valt nog te bezien.

M.C. Hoeba

Arrest van de meervoudige burgerlijke kamer inzake

Bank Degroef Petercam N.V., in Brussel (België),
appellante, advocaat: mr. F.M.A. 't Hart te Amsterdam,
tegen

1. Energieweg 1 en 2 Holding B.V., statutair gevestigd in Apeldoorn en kantoorhoudende in Koog aan de Zaan, hierna te noemen: Energieweg Holding,
2. [Geïntimeerde], in (België), geïntimeerden, advocaat: mr. M.C. van Rijswijk te Amsterdam.

Hof:**1 De zaak in het kort**

1.1. Het gaat in deze procedure over de vraag of [geïntimeerde] als indirect bestuurder van Financiële Participaties Amsterdam N.V. (hierna te noemen: FPA) aansprakelijk is voor de schade die Bank Degroof heeft geleden als gevolg van het niet nakomen van (betalings-)verplichtingen door FPA.

1.2. Het hof is van oordeel dat in dit geval sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, omdat [geïntimeerde] onder de gegeven omstandigheden een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

2 Het geding in hoger beroep

2.1. Bank Degroof is bij dagvaarding van 15 februari 2023 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 16 november 2022, onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen Bank Degroof als eiseres en FPA, de heer [Persoon 1] (hierna te noemen: [Persoon 1]), Energieweg Holding en [geïntimeerde] als gedaagden.

2.2. Op 3 maart 2023 heeft Bank Degroof een herstelexploot uitgebracht.

2.3. Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- de memorie van grieven, met producties,
- de memorie van antwoord, met producties,
- de nadere akte na memorie van antwoord van de zijde van Bank Degroof;
- de nadere akte na memorie van antwoord van de zijde van [geïntimeerden];
- de akte overlegging producties van de zijde van [geïntimeerden]

2.4. Op 29 mei 2024 heeft een mondelinge behandeling bij het hof plaatsgehad, waarvan door de griffier aantekeningen zijn gemaakt.

2.5. Ten slotte is een datum voor arrest bepaald.

2.6. Bank Degroof heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad – alsnog haar vorderingen toewijst, met veroordeling van [geïntimeerden] in de kosten van de procedure in beide instanties met nakosten en rente.

2.7. [Geïntimeerden] heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van Bank Degroof, kosten rechtens.

3 De procedure in eerste aanleg

3.1. Bank Degroof heeft in eerste aanleg na intrekking van haar vorderingen jegens [Persoon 1] – samengevat – primair gevorderd FPA, en haar (in)directe bestuurders Energieweg Holding en [geïntimeerde] te veroordelen om aan haar een bedrag van € 2.775.845,00 te voldoen, te vermeerderen met rente. Daarnaast heeft Bank Degroof, voor zover hier relevant, gevor-

derd voor recht te verklaren dat Energieweg Holding en [geïntimeerde] onrechtmatig jegens de bank hebben gehandeld. De onrechtmatigheid van Energieweg en [geïntimeerde] heeft Bank Degroof gegrondd op enerzijds het verwijt dat de bestuurders van FPA op ongeoorloofde wijze schuldeisers selectief hebben betaald, en anderzijds – onder verwijzing naar het arrest Ontvanger/Roelofsen – het verwijt dat de bestuurders namens FPA een verplichting zijn aangegaan (de kredietovereenkomst) die zij niet zouden kunnen nakomen en dat de bestuurders hebben bewerkstelligd dat FPA geen schuldeisersakkoord nastreefde met alle crediteuren met als gevolg dat FPA in ieder geval “*geen euro-cent meer kan terugbetalen aan Bank Degroof*” (zie: inleidende dagvaarding onder punt 7.2). [Geïntimeerden] (en FPA) hebben verweer gevoerd.

3.2. Bij eindvonnis heeft de rechtbank – kort samengevat – de vorderingen van Bank Degroof jegens FPA toegewezen, althans FPA veroordeeld om aan Bank Degroof een bedrag van € 2.775.845,00 te betalen, te vermeerderen met rente. De vorderingen jegens [geïntimeerden] zijn afgewezen. De rechtbank heeft namelijk geconcludeerd dat geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, omdat niet kan worden aangenomen dat [geïntimeerde] persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken (niet kan worden aangenomen dat sprake is (geweest) van zogenaamde Beklamel-wetenschap en/of selectieve betalingen).

4 Feiten

4.1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

4.2. Bank Degroof is een bank die in hoofdzaak actief is op het gebied van private banking.

4.3. FPA is een beleggingsinstelling die investeert in financiële ondernemingen.

[Persoon 1] en Energieweg Holding vormden sinds 1992 respectievelijk 2005 het bestuur van FPA. [Geïntimeerde] is op zijn beurt bestuurder van Energieweg Holding.

4.4. Op 8 maart 2007 zijn Bank Degroof enerzijds en FPA en SSN Holding B.V. (hierna: SSN) anderzijds een kredietovereenkomst aangegaan, op grond waarvan Bank Degroof een krediet van € 2.000.000,00 aan FPA en SSN heeft toegekend (hierna te noemen: het krediet en de kredietovereenkomst). In de kredietovereenkomst is (in artikel 4) omschreven dat het krediet uitsluitend gebruikt zal worden voor de

aankoop van 20 aandelen van Parnassus Participatiefonds (hierna te noemen: PPF).

4.5. Het krediet is opgenomen op 15 maart 2007. Op grond van artikel 2 van de kredietovereenkomst moest het krediet in ieder geval vijf jaar na deze dag, dus op 15 maart 2012, volledig terugbetaald worden. Verder hebben FPA en SSN zich op grond van artikel 5 van de kredietovereenkomst verbonden rente te betalen. De betalingsverplichtingen die voortvloeien uit de kredietovereenkomst rusten op dit moment alleen nog op FPA. SSN is namelijk ontbonden en vereffend, en onder de kredietovereenkomst waren FPA en SSN hoofdelijk aansprakelijk voor nakoming.

4.6. In 2001, dus ruim voor het aangaan van de kredietovereenkomst, zijn Bank Degroef en FPA een samenwerking in de vorm van een joint venture aangegaan. Daartoe hielden Bank Degroef en FPA (via SSN) respectievelijk 51% en 49% van de aandelen in de joint venture vennootschap Degroef & Co N.V. (hierna: Degroef & Co). Degroef & Co had op haar beurt een belang van 78,25% in Degroef Vermogensbeheer N.V. In de aandeelhoudersovereenkomst die Bank Degroef en SSN in het kader van de joint venture zijn aangegaan, is onder andere bepaald dat Bank Degroef een verkoopoptie toekent aan SSN op haar aandelen in Degroef & Co.

4.7. De joint venture is in 2009 door middel van een management buy-out ontvlochten (hierna: de herstructurering) omdat zij op dat moment verlieslatend was. In de betreffende koop- en verkoopovereenkomst (hierna: de koopovereenkomst) is, voor zover hier relevant, overeengekomen dat FPA haar belang in Degroef & Co aan Bank Degroef verkoopt voor een bedrag van € 1,00 of om niet en dat FPA aanvullende zekerheden stelt ten gunste van Bank Degroef tot zekerheid van de nakoming van de verplichtingen van FPA uit hoofde van de kredietovereenkomst.

4.8. De herstructurering is uitgevoerd en Degroef & Co is vereffend. Bank Degroef had zelf een vordering op Degroef & Co van afgerond € 4.500.000,00. Het bedrag van deze vordering is vervolgens verminderd met de koopprijs die Degroef & Co van Marsal B.V. had ontvangen en de liquidatiebonus die Degroef & Co had ontvangen in verband met de vereffening van S&D N.V., de andere dochtervennootschap van Degroef & Co. Daarna resteerde een vordering van € 1.363.145,00 die Bank Degroef heeft kwijtgescholden in het kader van de vereffening van Degroef & Co.

4.9. Bank Degroef is naast kredietverstrekker en (voormalig) joint venture partner ook aandeelhouder van FPA. In die hoedanigheid heeft Bank Degroef de jaarrekeningen van FPA ontvangen. Vanaf 2009 - voor het eerst in de jaarrekening 2008 - is daarin het volgende (of in woorden van gelijke strekking) opgenomen over de kredietovereenkomst:

“Financiële Participaties Amsterdam N.V. heeft in 2007 een lening ontvangen van Bank Degroef NV met een hoofdsom van EUR 2.000.000,-. Deze lening is aflosbaar uiterlijk per 31 maart 2012. (...) De exacte termen van deze lening zullen opnieuw in overleg met Bank Degroef en de vennootschap worden vastgesteld.”

4.10. Omdat FPA haar verplichtingen onder de kredietovereenkomst op een gegeven moment niet meer nakwam, heeft Bank Degroef de volgende ingebrekestellingen aan FPA gestuurd:

i. op 21 januari 2010 een sommatie om uiterlijk 28 februari 2010 een bedrag van € 128.185,13 aan vervallen maar niet-betaalde rente te betalen;

op 20 september 2011 een sommatie om uiterlijk 15 oktober 2011 een bedrag van € 175.451,69 aan vervallen maar niet-betaalde rente te betalen;

op 9/10 november 2011 een sommatie om uiterlijk 26 november 2011 een bedrag van € 2.177.231,72 aan hoofdsom en vervallen maar niet-betaalde rente te betalen; en

op 30 maart 2012 een sommatie om uiterlijk 6 april 2012 een bedrag van € 2.244.617,32 aan hoofdsom en vervallen maar niet-betaalde rente te betalen.

4.11. In reactie op de uitnodiging voor de algemene vergadering van aandeelhouders van FPA in 2013, heeft Bank Degroef in een e-mail van 31 oktober 2013 het volgende aan FPA geschreven:

“[...] Wij stellen vast dat onze vordering ten belope van 2.000.000 EUR in hoofdsom (+interessen) tot op heden nog steeds onbetaald is. Van deze lening wordt melding gemaakt in het jaarverslag op bladzijde punt 11.

Wij verwijzen tevens naar onze aangetekende ingebrekestelling van 30 maart 2012, die zonder gevolg is gebleven.

Gelieve ons dan ook per kerende een redelijk en voor ons aanvaardbaar voorstel over te maken ter terugbetaling. [...]”

4.12. FPA heeft daar in haar e-mail van 6 november 2013 als volgt op gereageerd:

“Zoals u uit de jaarrekening over 2012 kunt opmaken is FPA technisch insolvent en niet bij machte aan Bank Degroef een passend voorstel te doen. In dit verband merk ik echter op dat ten tijde van de verkoop van Degroef & Cie Vermogensbeheer, alle liquiditeiten van ruim € 3.000.000 voortvloeiend uit deze transactie integraal ten gunste zijn gekomen van uw instelling en niet FPA terwijl de onderlinge verhoudingen 51%/49% beliepen. Tevens is deze transactie dusdanig gestructureerd dat zij resulteerde in een aanzienlijke belasting bate voor Bank Degroef. Door de strategie wijziging van uw bank heeft FPA een zeer aanzienlijk boekverlies gelende op deze affaire zonder enige vorm

van compensatie vanwege Bank Degroef. Niet formeel maar wel materieel is Bank Degroef bij voornoemde afwikkeling voldoende gecompenseerd voor het verlies op de hoofdsom en rente van voornoemde lening. U kunt dit checken bij gewezen bestuurder [Persoon 2] van uw instelling [...]”

4.13. In de notulen van de aandeelhoudersvergadering van FPA van 19 november 2015 is, voor zover hier relevant, het volgende vermeld:

“[...] Zoals uit de jaarrekening blijkt is het eigen vermogen van de vennootschap zeer negatief en is dat al gedurende enkele jaren. Het valt niet te verwachten dat uit de resterende participaties waarde kan worden gegenereerd die voldoende is om dit negatieve eigen vermogen te recupereren. Voorts beschikt de vennootschap niet over zelfstandige opbrengsten om in haar voortbestaan te voorzien. De vergadering machtigt dan ook de directie om naar eigen inzicht de activa en passiva van de vennootschap zo goed als mogelijk af te wikkelen en vervolgens zodra dat mogelijk is de vennootschap te liquideren dan wel de vennootschap slapend te laten voortbestaan indien dat meer opportuun blijkt te zijn. [...]”

4.14. In maart 2018 is een kwijtscheldingsovereenkomst gesloten tussen enerzijds [BV 1] (waarvan [geïntimeerde] de enige bestuurder is; hierna te noemen: [BV 1]), [BV 2] B.V. (waarvan [Persoon 1] de enige bestuurder is), Energieweg Holding, FPA Capital B.V. en anderzijds FPA. In deze overeenkomst zijn, kort samengevat, alle door voornoemde vennootschappen aan FPA ter leen verstrekte bedragen (van in meer dan € 900.000,00), kwijtscholden.

4.15. Op 24 mei 2018 is de schikkingsovereenkomst inzake ‘[Bedrijf 1]’ overeengekomen.

4.15.1. Deze schikkingsovereenkomst is tot stand gekomen nadat [Bedrijf 1] B.V., (hierna te noemen: [Bedrijf 1]) een procedure heeft gestart tegen [geïntimeerde] als bestuurder van Weaver B.V., een volledige dochtermaatschappij van FPA Capital en indirect van FPA (hierna te noemen: Weaver). In die procedure is – kort gezegd – geoordeeld dat [geïntimeerde] als bestuurder van Weaver verantwoordelijk was voor het frustreren van de verhouding van [Bedrijf 1] en hoofdelijk naast Weaver aansprakelijk was voor de daaruit voor [Bedrijf 1] voortvloeiende schade. De verhaalsfrustratie bestond erin dat [Bedrijf 1] zich niet meer kon verhalen op de aandelen in het kapitaal van de vennootschap Vendia, die destijds het enige actief uitmaakten van Weaver. De door [geïntimeerde] geïnitieerde herstructurering van het vermogen van Weaver bestond erin dat de aandelen Vendia door Weaver verkocht werden aan PPF voor € 1,00 en een vordering van Weaver op PPF waarvan de waarde afhangt van toekomstige dividenden van Vendia, waarvan de waarde mede afhanke-

lijk was van toekomstige dividenden van PPF, en dat [Bedrijf 1] zich derhalve uitsluitend kon verhalen op deze vordering die Weaver had op PPF. 4.15.2. Weaver en [geïntimeerde] hebben regres gezocht bij het advocatenkantoor (hierna te noemen: het advocatenkantoor) dat Weaver begeleidde bij de transactie in de aandelen Vendia. [Geïntimeerde] heeft, namens Weaver en zichzelf, het advocatenkantoor (op 18 maart 2016) aansprakelijk gesteld. Het advocatenkantoor is aansprakelijk gehouden wegens tekortschietende advisering bij die transactie en schadeplichtig bevonden jegens zowel Weaver en [geïntimeerde] als [Bedrijf 1]. De kosten voor juridische bijstand van deze procedure alsmede de procedure die [Bedrijf 1] had geëntameerd (van in totaal € 961.720,00) werden gedragen door middel van voorschotten van het door [geïntimeerde] gecontroleerde [BV 1], wat is vastgelegd in de voorschotovereenkomst van 8 augustus 2015. In deze voorschotovereenkomst is een rente van 10% per jaar overeengekomen.

4.15.3. [Geïntimeerde], [Persoon 1], Weaver, Vendia Group B.V., PPF en [BV 1] (hierna gezamenlijk te noemen: Weaver c.s.) zijn in de schikkingsovereenkomst met [Bedrijf 1] en [Bedrijf 2] (hierna gezamenlijk te noemen: [Bedrijf 1 en 2]) overeengekomen dat de eventuele opbrengst die zou voortvloeien uit de procedure tussen Weaver c.s. en het advocatenkantoor moest worden gedeeld met [Bedrijf 1 en 2] en dat een schikking met het advocatenkantoor de voorafgaande instemming behoeft van [Bedrijf 1 en 2]. Daarbij stond [BV 1] borg voor een bedrag van € 1.000.000,00, welk bedrag in alle gevallen (dus ook in het geval het advocatenkantoor geen verhaal bood) door Weaver c.s. aan [Bedrijf 1 en 2] moest worden voldaan.

4.16. Bank Degroef heeft FPA bij brief van 21 augustus 2018 gesommeerd het op dat moment aan hoofdsom en rente uitstaande bedrag van € 2.683.836,28 uiterlijk 1 september 2018 aan haar te betalen. Op diezelfde datum heeft zij ook de bestuurders van FPA persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de schulden van FPA. FPA heeft niet aan de sommatie voldaan en de bestuurders hebben in hun reactie van 7 september 2018 aan Bank Degroef aansprakelijkheid van de hand gewezen. De onderhandelingspartijen en vervolgens hebben gevoerd, hebben niet tot een minnelijke regeling geleid.

4.17. Op 4 april 2021 hebben Weaver c.s., het advocatenkantoor en [Bedrijf 1 en 2] een schikking getroffen voor een totaalbedrag van € 4.300.000,00 welk bedrag is verdeeld overeenkomstig de schikkingsovereenkomst van 24 mei 2018, met als uitkomst dat [Bedrijf 1 en 2] € 2.825.135,00 ontving en [BV 1] € 1.475.135,00.

5 Beoordeling

Bevoegdheid en toepasselijk recht

5.1. [Geïntimeerde] woont buiten Nederland, zodat het hof verplicht is zijn bevoegdheid ambtshalve te onderzoeken.

5.2. Het hof stelt vast dat de rechtbank Amsterdam op grond van de tussen Bank Degroof, FPA, [Persoon 1] en [geïntimeerde] – in afwijking van artikel 16 van de kredietovereenkomst – gemaakte afspraken (in de e-mailberichten van 27 januari 2021 en 4 februari 2021; productie 15 bij dagvaarding), bevoegd was kennis te nemen van het geschil tussen partijen. Op grond van diezelfde afspraak is Nederlands recht van toepassing. De rechtbank is terecht en onbestreden uitgegaan van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en van de toepasselijkheid van Nederlands recht. Dat zal het hof ook doen.

FPA

5.3. FPA heeft geen hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank, zodat vast staat dat FPA gehouden is om het krediet aan Bank Degroof terug te betalen. In deze procedure ligt daarom enkel nog de vraag voor of Energieweg Holding, als bestuurder van FPA, en [geïntimeerde], als bestuurder van Energieweg Holding en indirect bestuurder van FPA, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade van Bank Degroof die het gevolg is van het feit dat FPA het krediet (en de rente) niet heeft terugbetaald, en zo ja, wat de omvang van die schade is.

De grieven

5.4. Tegen de beslissing van de rechtbank (zie hiervoor onder rov. 3.2) en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Bank Degroof met drie grieven op.

5.5. Met haar grieven richt Bank Degroof zich tegen het oordeel van de rechtbank dat geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid.

5.6. De rechtbank heeft de beoordeling van de gestelde aansprakelijkheid van [geïntimeerde] gesplitst in twee grondslagen, namelijk de vraag of sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid wegens benadeling van Bank Degroof waarvan [geïntimeerde] een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt:

i. op grond van wetenschap aan de zijde van [geïntimeerde] bij aanvang van de kredietovereenkomst en daarmee de vraag of [geïntimeerde] bij het sluiten van de kredietovereenkomst wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat FPA het krediet niet terug zou kunnen betalen, en,

ii. op grond van selectieve betaling, en daarmee de vraag of Bank Degroof willens en wetens buiten spel is gezet en onbetaald is gebleven. Volgens Bank Degroof doet deze categorisering deels, maar niet volledig recht aan wat door

haar naar voren is gebracht en als grondslag van het onrechtmatig handelen van [geïntimeerde] is aangevoerd.

Toetsingskader

bestuurdersaansprakelijkheid

5.7. In geval van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering kan volgens vaste rechtspraak (zie: Hoge Raad 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, Ontvanger/Roelofsen) naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

5.8. Van een voldoende ernstig persoonlijk verwijt jegens een schuldeiser kan sprake zijn wanneer, kort gezegd, de bestuurder bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden (de zogenoemde Beklamel-norm). Uit deze rechtspraak volgt dat deze norm in de kern de eis inhoudt dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenissen wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.

5.9. Ook kan van een voldoende ernstig persoonlijk verwijt jegens een schuldeiser sprake zijn indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk

verwijt kan worden aangenomen. Uit het navolgende zal blijken dat het hof van oordeel is dat sprake is van zodanige andere omstandigheden.

5.10. Als ratio voor deze hoge drempel wordt in de rechtspraak van de Hoge Raad genoemd dat bestuurders de ruimte moeten hebben om in het belang van de rechtspersoon beslissingen te nemen waaraan risico's voor de rechtspersoon zijn verbonden, zonder dat zij hoeven te vrezen voor aansprakelijkheid.

5.11. Op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv rust in dit geval de stelplicht en – bij voldoende gemotiveerde betwisting – de bewijslast van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat [geïntimeerde] onrechtmatig heeft gehandeld, op Bank Degroof.

Geen Beklamel-
bestuurdersaansprakelijkheid (grief III)

5.12. Voor de vraag of [geïntimeerde] als indirect bestuurder (mede) de kredietovereenkomst namens FPA is aangegaan terwijl hij wist of behoorde te weten dat FPA de daaruit voortvloeiende verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de door Bank Degroof daardoor de lijden schade, is beslissend het moment waarop tussen Bank Degroof enerzijds en FPA en SSN anderzijds de kredietovereenkomst werd aangegaan op 8 maart 2007.

5.13. Tussen partijen is niet in geschil dat het krediet is gebruikt om de aandelen van PPF te kopen. De in haar memorie van grieven betrokken stelling dat de financiële positie van FPA niet goed en eerder zorgwekkend was, kan niet tot het oordeel leiden dat het [geïntimeerde] al op het moment van het ondertekenen van de kredietovereenkomst duidelijk had moeten zijn dat FPA niet in staat zou zijn het krediet terug te betalen en geen verhaal zou bieden. Uit de door Bank Degroof genoemde productie 12 bij memorie van antwoord, waarnaar zij verwijst ter onderbouwing van deze stelling, blijkt namelijk – anders dan de bank stelt – niet dat sprake is van een dreigend liquiditeitstekort. Het enkele gegeven dat extra kapitaal werd aangetrokken om de aandelen in PPF te betalen, terwijl PPF op dat moment een waarde had van bijna € 10.000.000,00 (zie: de jaarrekening van FPA van 2006; productie 31 bij conclusie van antwoord), rechtvaardigt, zonder nadere onderbouwing – die Bank Degroof niet heeft gegeven – niet reeds de conclusie van een dreigend liquiditeitstekort en dat [geïntimeerde] daarom als bestuurder had moeten afzien van het aantrekken van het krediet.

5.14. Daarbij betreft het hof dat Bank Degroof wist met welk doel FPA – een participatiemaatschappij in deelnemingen – het krediet aan wenste te gaan (zie artikel 4 van de kredietovereenkomst; productie 5 bij dagvaarding in eerste aanleg). Verder blijkt ook nergens uit, zoals

Bank Degroof stelt, dat [geïntimeerde] op dat moment geen enkel reëel vooruitzicht kon hebben op inkomsten of opbrengsten waarmee het krediet afgelost kon worden. De jaarrekening over 2006 is bovendien pas vastgesteld op 19 september 2007, dus voor zover al uit deze jaarrekening zou blijken dat [geïntimeerde] op dat moment geen enkel vooruitzicht kon hebben op enige opbrengst, zegt dat op zichzelf nog niets over de wetenschap die [geïntimeerde] daarover had op het moment dat de kredietovereenkomst – enkele maanden daarvoor – is gesloten.

5.15. Gelet op het voorgaande heeft Bank Degroof onvoldoende onderbouwd gesteld dat [geïntimeerde] op 8 maart 2007 wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat FPA niet in staat zou zijn om het krediet terug te betalen en geen verhaal zou bieden. Bank Degroof heeft ook geen concreet bewijsaanbod gedaan op dit punt en het hof ziet geen aanleiding haar ambtshalve op dit punt tot bewijslevering toe te laten, zodat aan bewijslevering niet wordt toegekomen.

5.16. De conclusie is dat van bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van de zogenaamde Beklamel-norm geen sprake is. Grief III slaagt dus niet.

Handelwijze [geïntimeerde] heeft geleid tot niet nakomen
betalingsverplichtingen (grievens I en II)

5.17. Kort samengevat stelt Bank Degroof dat [geïntimeerde] volgens haar wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap – in dit geval het bewust niet informeren van de bank over de aanwezigheid van een substantiële bate om die bate aan te wenden om een eigen schuld van [geïntimeerde] te voldoen terwijl [geïntimeerden] ook niets heeft gedaan om betaling van Bank Degroof alsnog mogelijk te maken – voorzienbaar tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Uit het door [geïntimeerden] gevoerde verweer begrijpt het hof dat hij enerzijds aanvoert dat geen sprake is (geweest) van selectieve betalingen. Anderzijds voert hij aan dat tot 4 april 2022 uitzicht bestond op opbrengsten binnen de FPA-structuur, waarbij hij na het opeisen van het krediet op 21 augustus 2018 verregaand rekening heeft gehouden met de belangen van Bank Degroof. [Geïntimeerden] stelt namelijk vrijwel direct – namelijk vanaf december 2018 – volstreekte transparantie jegens Bank Degroof te hebben betracht over het enige activum dat op dat moment reesterde in FPA's kleindochtervennootschap Weaver (de vordering op het advocatenkantoor).

5.18. In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat geen sprake is (geweest) van, kort gezegd, selectieve betalingen. Volgens Bank De-

groof is echter geen sprake van een situatie waarin bepaalde crediteuren wel en andere crediteuren niet betaald zijn. Daartoe heeft zij in haar memorie van grieven, samengevat, het volgende gesteld.

Hier doet zich de situatie voor dat een bestuurder van een vennootschap (in dit geval [geïntimeerde]) ervoor kiest om uitsluitend de door hem gecontroleerde crediteuren, waarvan [geïntimeerde] bestuurder en indirect aandeelhouder is, te benaderen om die te betalen of daarmee een regeling te treffen. Het is het welbewust onbetaald laten van Bank Degroof, waarbij [geïntimeerde] geen rekening heeft gehouden met de belangen van Bank Degroof en die belangen juist geschaad heeft om zijn eigen (indirecte) belang te laten prevaleren. Die vrijheid had [geïntimeerde] niet, omdat al in oktober 2015 vaststond dat FPA haar activiteiten ging beëindigen en de vrijheid van een bestuurder is beperkt als het gaat om het selectief betalen van crediteuren in de vennootschap.

5.19. [Geïntimeerden] heeft, samengevat, het volgende verweer gevoerd.

Er bestond uitzicht op opbrengsten omdat FPA 'going concern' werd gehouden en er is geen sprake van gedane betalingen nadat FPA haar activiteiten had beëindigd. Verder heeft FPA geen aan [geïntimeerden] gelieerde partijen of crediteuren betaald waarbij [geïntimeerden] een persoonlijk belang had. Althans, (terug)-betaling van (slechts een deel van) de door [BV 1] voorgeschoten kosten inclusief rente is niet onrechtmatig. De aandeelhoudersleningen zijn kwijtgescholden en de enige betalingen die zijn verricht, waren betalingen van operationele kosten gemaakt bij externe crediteurs. De terugbetalingen van de door [BV 1] voorgeschoten kosten inclusief rente in verband met de [Bedrijf 1] -procedure, de advocatenkantoor-procedure en deze procedure zijn ook niet te beschouwen als onrechtmatige selectieve betalingen, omdat zij in het belang waren van de FPA-structuur (en daarmee Bank Degroof als crediteur van FPA).

5.20. De vraag die in dit geval beantwoord moet worden is of sprake is van een ernstig persoonlijk verwijt van [geïntimeerde] als indirect bestuurder van FPA. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of [geïntimeerde], nadat is besloten tot het 'going concern houden' van FPA, voldoende openheid van zaken heeft gegeven en of hij Bank Degroof op dat moment voldoende (tijdig) heeft geïnformeerd over het bestaan van de vordering op het advocatenkantoor, en daarmee over de te verwachten opbrengsten binnen de FPA-structuur. Concreet komt dit in dit geval neer op de vraag of [geïntimeerde], ten tijde van het hem verweten handelen of nalaten, ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat, ondanks de mogelijk nog te genereren opbrengsten binnen de FPA-structuur, een vordering van Bank Deg-

roof op FPA zou resteren (vergelijk: Hoge Raad, 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829). Daarvoor kan in deze situatie in elk geval van belang zijn of

a. [geïntimeerde] op grond van de hem bekende omstandigheden rekening moest houden dat onvoldoende opbrengst zou worden gegeneerd uit de procedure tegen het advocatenkantoor, of

b. [geïntimeerde] ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de procedure tegen het advocatenkantoor tot onvoldoende opbrengst zou leiden als gevolg waarvan FPA niet in staat zou zijn het door Bank Degroof aan haar verstrekte krediet (deels) terug te betalen, of

c. in de gegeven omstandigheden aan [geïntimeerde] kan worden verweten dat hij de belangen van Bank Degroof heeft verwaarloosd door de bank niet voorafgaande aan het sluiten van de schikkingsovereenkomst van 24 mei 2018 te informeren (waaronder de vraag: was een hogere schikking niet mogelijk?).

5.21. Naar het oordeel van het hof kan [geïntimeerde] in dit geval een ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt. De navolgende (onder (i) tot en met (vi) vermelde) feiten en omstandigheden zijn daartoe redengevend:

(i) Bij aandeelhoudersbesluit van 19 november 2015 is besloten tot liquidatie en het 'going concern' houden van FPA

5.22. De aandeelhoudersvergadering van FPA heeft bij aandeelhoudersbesluit van 19 november 2015 besloten tot, samengevat, de afwikkeling – dat wil zeggen: de liquidatie of het slapend laten voortbestaan – van FPA, nadat al eerder – in 2013 – aan Bank Degroof was kenbaar gemaakt dat FPA technisch insolvent was (zie productie 10 bij conclusie van antwoord in eerste aanleg). Hoewel het een bestuurder in beginsel vrij staat op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap bij zwaar weer zullen worden voldaan (betaalautonomie), is die vrijheid beperkter als de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om alle schuldeisers te voldoen.

5.23. Partijen zijn het er over eens dat de liquidatie of het slapend laten voortbestaan van FPA niet meer behelst dan de afwikkeling van schuldeisers en de afwikkeling van deelnemingen binnen de FPA-structuur. In het bijzonder betreft het, wat betreft de af te wikkelen deelnemingen, de afwikkeling van kleindochtervennootschap Weaver en het belang van FPA in PPF (in de vorm van mogelijk te verkrijgen dividend-uitkeringen). Verder staat vast dat vanaf de datum waarop het aandeelhoudersbesluit is genomen, door FPA en haar bestuurders niet meer werd gezocht naar nieuwe investeringen.

5.24. Gelet op het in november 2015 genomen aandeelhoudersbesluit, betekent dat in dit geval dat het uitgangspunt is dat [geïntimeerde] vanaf voornoemde aandeelhoudersvergadering – als indirect bestuurder van FPA – een beperktere betaalautonomie had. Hoewel [geïntimeerden] stelt dat FPA ‘going concern’ werd gehouden, was dat feitelijk niet zo: het betrof slechts een ‘slappend voortbestaan’ van FPA. Deze feitelijke situatie is voor het hof daarom het uitgangspunt.

- (ii) De aan FPA door aan [geïntimeerden] gelieerde ondernemingen ter leen verstrekte bedragen ter hoogte van meer dan € 900.000,00, zijn in maart 2018 kwijtgescholden en operationele kosten zijn voldaan

5.25. FPA heeft geld geleend van aan [geïntimeerde] gelieerde ondernemingen. Deze ter leen verstrekte bedragen – ter hoogte van meer dan € 900.000,00 – zijn in maart 2018 kwijtgescholden. De vorderingen die de aan [geïntimeerde] gelieerde ondernemingen nog op FPA hadden, zijn daarmee afgewikkeld.

5.26. Ook heeft FPA in de periode tussen het aandeelhoudersbesluit en 2018 jaarlijks nog bepaalde operationele kosten aan door FPA ingeschakelde derden voldaan (in totaal een bedrag van meer dan € 20.000,00). Ook de vorderingen met betrekking tot operationele kosten van FPA, zijn daarmee afgewikkeld.

5.27. Daarna bestonden binnen de FPA-structuur nog twee grote schuldeisers, namelijk:

- Bank Degroef (de enige nog resterende schuldeiser van FPA). Zij heeft een vordering op FPA; dat is het onbetaald gebleven krediet (zie hiervoor onder rov. 4.4);

- [Bedrijf 1]. Zij had een vordering op Weaver, de kleindochtervennootschap van FPA (zie hiervoor onder rov. 4.15.1).

[Geïntimeerde] is (indirect) bestuurder van onder andere FPA en Weaver en daarmee als indirect bestuurder belast met de afwikkeling van deze beide vorderingen binnen de FPA-structuur.

- (iii) De wijze waarop de Weaver-vordering – en vervolgens de advocatenkantoor-vordering – zijn afgewikkeld

5.28. Binnen de FPA-structuur speelde de afwikkeling van kleindochtervennootschap Weaver, meer specifiek de hiervoor al genoemde herstructurering van het vermogen van Weaver, de vordering van [Bedrijf 1] en de (regres)-vordering op het advocatenkantoor. Deze afwikkeling heeft zich geheel buiten het zicht van Bank Degroef afgespeeld. [Geïntimeerde] heeft Bank Degroef pas in december 2018 gewezen op de opbrengsten die mogelijk, als gevolg van deze (regres)vordering op het advocatenkantoor, nog zouden worden verkregen binnen de

FPA-structuur en daarmee ten goede zouden kunnen komen aan FPA.

5.29. Slechts in het geval de procedure tegen het advocatenkantoor zou eindigen in het volledig of grotendeels toewijzen van het door Weaver gevorderde – en door [geïntimeerde] persoonlijk aan [Bedrijf 1] te betalen – bedrag (of in het geval van een schikking voor dat bedrag), was er zicht op opbrengsten voor FPA (zie productie 49 bij memorie van antwoord). Wanneer dat resultaat niet zou worden behaald, was er echter geen zicht op terugbetaling van de vordering van Bank Degroef op FPA.

- (iv) Het bedrag waarvoor een schikking is getroffen met het advocatenkantoor is voor een groot deel toegekomen aan een vennootschap gelieerd aan [geïntimeerde] ([BV 1])

5.30. De opbrengsten uit de vordering op het advocatenkantoor zijn vervolgens gebruikt om de aansprakelijkheid van [geïntimeerde] als bestuurder van Weaver af te wenden, althans betaling van de vordering van [Bedrijf 1] op [geïntimeerde] mogelijk te maken. De rest van de opbrengst is gebruikt om procesfinancier [BV 1] te betalen: een bedrag van € 1.250.000,00 is toegekomen aan één van de persoonlijke (familie)-holdings van [geïntimeerde] (zie pagina 21 van het Orchard-rapport (productie 50 bij memorie van antwoord):

“Uitgeboekt ([BV 1]/Energieweg groep: € 1.250.000,00”).

5.31. Er bleef aldus onvoldoende opbrengst over om alsnog (een deel van) de vordering van Bank Degroef te kunnen voldoen. Het hiervoor onder (iii) bedoelde resultaat is niet behaald en [geïntimeerde] had er in dit geval als gemiddeld (indirect) bestuurder rekening mee moeten houden dat dit resultaat niet behaald zou worden.

- (v) Bank Degroef is als grote schuldeiser van FPA niet betrokken bij de (afwikkeling van de) met het advocatenkantoor tot stand gekomen schikking

5.32. [Geïntimeerden] heeft aangevoerd dat hij de belangen van de stakeholders van (kleindochtervennootschap) Weaver voorop moest stellen in de [Bedrijf 1] - en advocatenkantoor-procedures, maar dat daarmee (parallel) ook het belang van Bank Degroef werd gediend. Van een gemiddeld bekwaam bestuurder mag echter worden verwacht dat hij de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden houdt. Dat [geïntimeerde] de te onderscheiden belangen – van hemzelf, Weaver en FPA – in dit geval gescheiden heeft gehouden, is niet gebleken.

5.33. Het voldoen van de (geringe) operationele kosten en het sluiten van de onder 4.14 genoemde kwijtscheldingsovereenkomst met [BV

1] hebben er in zoverre toe geleid dat de belangen van Bank Degroof en [geïntimeerde] tijdijk parallel zijn gaan lopen. Van een evenwichtige belangenbehartiging van *beide* resterende schuldeisers binnen de FPA-structuur is in dit geval echter niet gebleken. Daarbij neemt het hof het volgende in aanmerking:

- Van [geïntimeerde] mocht in dit geval worden verwacht dat hij, gelet op het persoonlijke belang dat hij had om zijn eigen hoofdelijke aansprakelijkheid af te wenden, een zo groot mogelijke openheid van zaken zou betrachten richting (minderheids)aandeelhouders, in dit geval Bank Degroof. Om die reden kan het enkele feit dat Bank Degroof aandeelhouder is van FPA, niet tot het oordeel leiden dat sprake is of was van een parallel belang zoals [geïntimeerden] veronderstelt. Uit het feit dat Bank Degroof niet vooraf op de hoogte is gesteld, laat staan is betrokken, bij de totstandkoming van de schikkingsovereenkomst, blijkt juist dat van het betrachten van openheid richting de bank in het geheel geen sprake is geweest. Toen [geïntimeerden] de bank in december 2018 informeerde, was de eventueel te verkrijgen opbrengst uit de te voeren procedure tegen het advocatenkantoor namelijk feitelijk al tussen de daarin betrokken partijen verdeeld (die verdeling had immers plaats overeenkomstig de schikkingsovereenkomst van 24 mei 2018; zie productie 44 bij memorie van antwoord). Op dat moment wist [geïntimeerde] dat de vordering van Bank Degroof de enige nog resterende vordering op FPA was, maar heeft hij daarop – althans daarvan is niet gebleken – geen acht geslagen;

- In dit geval is binnen de FPA-structuur concreet gezocht naar een manier om [Bedrijf 1 en 2] nog te (kunnen) betalen, namelijk door middel van aansprakelijkstelling van het advocatenkantoor, zodat aansprakelijkheid van [geïntimeerde] kon worden afgewend. Schuldeiser Bank Degroof is daarentegen (tot in elk geval december 2018) onwetend gelaten over de vraag of haar vordering nog zou worden terugbetaald, terwijl [geïntimeerde] wel een kwijtscheldingsovereenkomst met [BV 1] heeft gesloten en de (kleine) schuldeisers heeft betaald.

- (vi) Er is geen enkele voorziening getroffen voor Bank Degroof ten behoeve van het (mogelijk) alsnog kunnen voldoen van de openstaande schuld op FPA

5.34. Juist als er nog zicht was (geweest) op mogelijke opbrengsten ter voldoening van de schuld aan Bank Degroof, zoals [geïntimeerden] aanvoert, had het op de weg van [geïntimeerde] gelegen om ook ten behoeve van de bank een concrete voorziening te treffen of de mogelijkheid tot een oplossing daartoe te onderzoeken die zou zijn gericht op het (deels) kunnen voldoen van die openstaande schuld. Dat [geïntimeerden] Bank Degroof in 2020 in de gelegen-

heid heeft gesteld mee te doen met en mee te delen in de mogelijke advocatenkantoor-opbrengst en aan de bank een betaling is aangeboden van € 50.000,00, was dan ook spreekwoordelijk “mosterd na de maaltijd”.

Conclusie ernstig persoonlijk verwijt 5.35. Op grond van de hiervoor onder (i) tot en met (vi) genoemde feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang beschouwd is het hof van oordeel dat [geïntimeerde] als indirect bestuurder van FPA heeft bewerkstelligd – dan wel toegelaten – dat FPA haar verplichtingen jegens Bank Degroof niet meer kon nakomen en de vordering van Bank Degroof onbetaald en onverhaalbaar is gebleven. Onder deze geschetste omstandigheden – (i) tot en met (vi) – wist [geïntimeerde], althans had hij redelijkerwijs moeten begrijpen, dat deze handelwijze voorzienbaar tot benadeling van Bank Degroof zou leiden. Nu was besloten tot liquidatie van FPA, ervoor werd gekozen de onderneming niet daadwerkelijk te liquideren, terwijl de normale bedrijfsvoering wel was gestaakt, alle andere schuldeisers vervolgens zijn (terug)betaald en substantieel geleende bedragen aan FPA zijn kwijtgescholden door aan [geïntimeerde] gelieerde schuldeisers/ondernemingen zodat Bank Degroof alleen overbleef als schuldeiser – had een gemiddeld bestuurder er ernstig rekening mee moeten houden dat, ondanks de mogelijk nog te genereren opbrengsten binnen de FPA-structuur, een substantiële, onbetaalde, vordering van Bank Degroof op FPA zou resteren en/of daarvoor geen verhaal mogelijk zou zijn. [Geïntimeerde] heeft echter geen rekening gehouden met die situatie waarin de gevoerde juridische procedures tot onvoldoende opbrengst zouden leiden om de vordering van de bank te kunnen voldoen, althans daarvan is niet gebleken, en daarin is het persoonlijk aan hem te maken ernstig verwijt gelegen.

5.36. Het hof rekent het [geïntimeerde] daarbij bijzonder aan dat hij de bank niet tijdig heeft geïnformeerd over de procedures tegen Weaver en daaropvolgend – het advocatenkantoor – terwijl hij wel alles in het werk heeft gesteld om zijn eigen, naast Weaver hoofdelijke, aansprakelijkheid jegens [Bedrijf 1 en 2] af te wenden, althans in financiële zin te verleggen naar het advocatenkantoor. Het lag – gelet op het feit dat er nog slechts twee (grote) schuldeisers resteerden binnen de FPA-structuur én [geïntimeerde] een persoonlijk belang had bij voldoening van de vordering van [Bedrijf 1 en 2] – op de weg van [geïntimeerde] om Bank Degroof als aandeelhouder en schuldeiser tijdig op de hoogte te stellen van de situatie waarin de FPA-structuur en hijzelf waren komen te verkeren. Dit alles heeft hij echter niet gedaan. Hij is slechts overgegaan tot kwijtschelding van de door de aan hem gelieerde ondernemingen ter leen aan FPA

verstrekke bedragen en voldoening van de operationele kosten, maar heeft geen aandacht geschonken aan de vordering van Bank Degroef.

5.37. [Geïntimeerde] heeft de voldoening van de vordering van Bank Degroef daarmee gefrustreerd, terwijl hij het als indirect bestuurder in zijn macht had om ervoor te zorgen dat ook de bank als schuldeiser (tijdig) zou worden betrokken bij de afwikkeling van FPA. Daarnaast bracht [geïntimeerde] Bank Degroef door wel alle operationele kosten aan derden te voldoen in de positie van enig schuldeiser van FPA, zodat Bank Degroef 'met de rug tegen de muur werd gezet' en bijvoorbeeld werd verhinderd tot het kunnen aanvragen van het faillissement van FPA. Hoewel begrijpelijk is dat [geïntimeerde] als bestuurder zelf de regie wilde houden binnen de FPA-structuur, had deze beslissing hem er – geleid op het gegeven dat er geen reëel zicht was op het kunnen voldoen van de vordering van Bank Degroef en FPA zich bevond in staat van liquidatie – juist toe moeten bewegen Bank Degroef als schuldeiser actief te blijven betrekken – en dus ook te informeren over het proces van liquidatie, waaronder de situatie binnen de FPA-structuur en zijn persoonlijke belang daarin. De gestelde bijzondere omstandigheden, inhoudende dat uitzicht op opbrengsten bleef bestaan, terwijl daarop geen zicht meer zou hebben bestaan zonder het (doen) voorschieten van de proceskosten door [BV 1], kunnen – met verwijzing naar wat daarover hiervoor is overwogen – niet tot een ander oordeel leiden. Het voorschieten van deze proceskosten kan, in het licht van het gegeven dat FPA zich inmiddels in de liquidatiefase bevond, niet tot het oordeel leiden daarmee de belangen van Bank Degroef op enigerlei wijze concreet in het oog werden gehouden door [geïntimeerde]. Uit de hiervoor onder (i) tot en met (vi) geschetste feiten en omstandigheden blijkt namelijk geen ander beeld dan dat [geïntimeerde] zich als bestuurder bij de afwikkeling van FPA de belangen van Bank Degroef van meet af aan niet heeft aangetrokken.

De overige bijzondere omstandigheden

5.38. De overige door [geïntimeerden] aangevoerde bijzondere omstandigheden kunnen ook niet tot een ander oordeel leiden. Achtereenvolgens zullen hierna worden besproken:

- het herenakkoord,
- verjaring;
- rechtsverwerking;
- strijd met redelijkheid en billijkheid en bancaire zorgplicht;
- verrekening.

Het herenakkoord

5.39. [Geïntimeerden] stelt ook in hoger beroep dat sprake was van een herenakkoord met Bank Degroef. [Geïntimeerden] stelt echter ook dat onderdeel van het herenakkoord was dat

FPA *“uiteraard de verplichting [had] om [...] daar waar zij daartoe in staat is Bank Degroef zoveel mogelijk af te lossen”*. Op het moment dat er wél inkomsten werden gegenereerd of in het verschiep lagen door verkoop van deelnemingen of op het moment dat de schikkingsovereenkomst in beeld kwam, heeft FPA echter niets afgelost op het krediet:

- Vast staat dat de verkoop van het Snack Time-belang in 2015 niet heeft geleid tot aflossing van een deel van het krediet, omdat die opbrengst direct aan [Bedrijf 1] toekwam;

- Ook is niet komen vast te staan dat (met verwijzing naar wat daarover hiervoor al is overwogen) [geïntimeerden] Bank Degroef heeft betrokken of geïnformeerd bij de totstandkoming van de schikkingsovereenkomst inzake [Bedrijf 1] of daartoe enige voorziening heeft getroffen waarbij de belangen van de bank voorop werden gesteld.

5.40. Juist op de momenten dat sprake was van (zicht op) (enige) inkomsten, had het op de weg van [geïntimeerden] gelegen om – juist in het geval [geïntimeerden] wel zou kunnen worden gevolgd in zijn stelling dat sprake was van een herenakkoord – Bank Degroef te informeren over haar (on)mogelijkheden om opbrengsten te kunnen aanwenden voor aflossing van het krediet. Nu zij dat niet heeft gedaan, althans daarvan niet is gebleken, en [geïntimeerden] bovendien ook onvoldoende heeft gesteld waaruit blijkt dat sprake was van overeenstemming over uitstel van betaling, althans de niet opeisbaarheid van het krediet tot het moment dat alsnog inkomsten zouden worden gegenereerd door de verkoop van deelnemingen, ziet het hof onvoldoende aanknopingspunten voor het bestaan van dit gestelde herenakkoord. In hoger beroep heeft [geïntimeerden] geen andere stellingen ingenomen waaruit het bestaan van het herenakkoord, zoals dat akkoord door [geïntimeerden] wordt beschreven, blijkt.

5.41. Een enkele eenzijdige mededeling zoals vermeld in de jaarrekening van FPA dat de exacte termen van deze lening opnieuw in overleg met Bank Degroef en de vennootschap zullen worden vastgesteld, kan niet tot een ander oordeel leiden. Uit deze (eenzijdige) mededeling blijkt niet dát er al bepaalde voorwaarden zijn overeengekomen met Bank Degroef bij wijze van een herenakkoord of wanneer daarover is gesproken en met wie. Het hof concludeert daarom, net als de rechtbank en met overneming van de overwegingen van de rechtbank op dit punt in het eindvonnis, dat [geïntimeerden] geen afdoende verklaring heeft gegeven voor het feit dat in de koopovereenkomst wel expliciet wordt verwezen naar de kredietovereenkomst, maar op dat moment de gestelde afspraken – betreffende de gestelde (voor onbepaalde tijd uitgestelde) opeisbaarheid van het krediet – niet schriftelijk zijn vastgelegd.

Verjaring

5.42. [Geïntimeerden] voert aan dat Bank Degroef het krediet niet van FPA kan opeisen, omdat de vordering ter zake daarvan is verjaard. Daartoe stelt hij, samengevat, dat hij op 30 maart 2012 een ingebrekestelling heeft ontvangen van de bank en vervolgens pas weer op 21 augustus 2018.

5.43. Bank Degroef betwist dat haar vordering is verjaard en stelt dat zij FPA, naast de hiervoor genoemde data, ook heeft aangeschreven op 31 oktober 2013.

5.44. Het hof is, net als de rechtbank, van oordeel dat de vordering van Bank Degroef niet is verjaard. Daartoe wordt het volgende overwogen.

5.45. Volgens artikel 3:317 lid 1 BW kan de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis worden gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Een dergelijke schriftelijke mededeling moet de strekking hebben van een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar, zodat hij er, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, mee rekening kan houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren (vergelijk: Hoge Raad 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:663).

5.46. De e-mail van 31 oktober 2013 voldoet aan deze vereisten. Het gaat namelijk om een schriftelijk bericht, waarin Bank Degroef, onder verwijzing naar haar eerdere ingebrekestelling van 30 maart 2012, duidelijk laat blijken dat het krediet tot dat moment nog steeds onbetaald is gebleven en zij een passend voorstel “*ter terugbetaling*” daarvan wenst te ontvangen. Naar het oordeel van het hof blijkt hieruit dat Bank Degroef nakoming verlangde van het door haar aan FPA verstrekte krediet. In dit oordeel heeft het hof betrokken dat niet alleen de letterlijke tekst van de e-mail van 31 oktober 2013 doorslaggevend is, maar ook de betekenis die partijen over en weer in de gegeven omstandigheden van het geval aan de mededeling mochten toekennen en hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. In de gegeven omstandigheden, waarin Bank Degroef ook op 30 maart 2012 al een ingebrekestelling aan FPA had gezonden, had deze e-mail van de bank de strekking FPA te waarschuwen dat Bank Degroef het krediet alsnog zou opeisen. In dit geval kon bij FPA dan ook geen misvatting bestaan over de vraag of Bank Degroef in haar schriftelijke mededeling zich het recht op nakoming voorbehield.

Rechtsverwerking

5.47. [Geïntimeerden] heeft aangevoerd dat sprake is van rechtsverwerking, omdat Bank De-

groef pas twaalf jaar nadat de eerste opeisingsgrond zich voordeed (begin 2009) een gerechtelijke procedure heeft geïntieerd om het krediet terugbetaald te krijgen. De feiten laten volgens [geïntimeerden] duidelijk zien dat Bank Degroef het vertrouwen aan de kant van [geïntimeerden] (en FPA) heeft gewekt dat zij het krediet niet (zonder meer) zou opeisen en samen met FPA zou bezien door welk financieringsarrangement het krediet zou worden vervangen (kort gezegd: het herenakkoord) en dat sprake is van een onredelijke benadeling of verzwarening van de positie van FPA. Bank Degroef heeft betwist dat sprake is van rechtsverwerking.

5.48. Om rechtsverwerking te kunnen aannemen is nodig dat de rechthebbende (in dit geval: Bank Degroef als schuldeiser) zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Naar vaste rechtspraak is enkel tijdsverloop daarvoor onvoldoende. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet meer geldend zal maken, of waardoor de positie van de wederpartij onredelijk verzaamd of benadeeld zou worden indien het recht of de bevoegdheid alsnog geldend wordt gemaakt. Tijdsverloop kan wel als een van de relevante omstandigheden meewegen bij beoordeling van de vraag of de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid (Hoge Raad 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574).

5.49. [Geïntimeerden] heeft wat betreft een door de Bank Degroef opgewekt vertrouwen geen concrete feiten gesteld waaruit dit gestelde opgewekte vertrouwen volgt. [Geïntimeerden] heeft niet meer gesteld dan dat sprake was van een herenakkoord, maar waaruit concreet blijkt dat – en wanneer – een verlenging van het krediet of een andere wijziging van deze overeenkomst heeft plaatsgevonden, heeft [geïntimeerden] niet toegelicht anders dan met verwijzing naar wat in de jaarrekeningen is vermeld over het krediet en de stelling dat FPA in het kader van de herstructurering afstand heeft gedaan van haar achtergestelde vordering (waarbij [geïntimeerden] overigens niet betwist dat ook Bank Degroef een achtergestelde vordering van gelijke grootte had). Bovendien is de stelling dat Bank Degroef het vertrouwen heeft gewekt dat zij het krediet niet (meer) zou opeisen, in strijd met wat [geïntimeerde] tijdens de mondelinge behandeling in eerste aanleg heeft verklaard. Toen heeft hij immers aangegeven dat hij er steeds vanuit is gegaan dat het krediet opeisbaar was.

5.50. Ook wat betreft de benadeling of verzwaring van zijn positie, althans de positie van FPA, heeft [geïntimeerden] geen concrete feiten gesteld waaruit volgt dat hij door tijdsverloop en/of andere omstandigheden onredelijk wordt benadeeld in zijn mogelijkheden om verweer te voeren of dat zijn positie anderszins onredelijk wordt verzwwaard. Ook wat betreft deze benadeling of verzwaring van zijn positie, beroept hij zich op het herenakkoord. [Geïntimeerden] stelt verder slechts in zijn algemeenheid dat hij er geen rekening mee heeft hoeven houden dat hij jaren na dato nog verantwoording zou moeten afleggen over uitgaven die gedaan zijn, en dat er voor hem dus geen reden was om bewijs ter zake te bewaren (waardoor dit bewijs – zo stelt [geïntimeerden] met verwijzing naar het Orchard-rapport – ook niet meer allemaal beschikbaar is). Concrete feiten waaruit volgt dat [geïntimeerden] niettemin onredelijk wordt benadeeld of zijn positie onredelijk wordt verzwwaard doordat hij door Bank Degroef is aangesproken om verantwoording af te leggen over door hem gedane uitgaven, heeft [geïntimeerden] niet gesteld. Ook is niet gebleken dat FPA Bank Degroef enorm tegemoet is gekomen, zoals [geïntimeerden] stelt. Integendeel, tijdens de mondelinge behandeling bij het hof, heeft [geïntimeerden] juist bevestigd dat zowel Bank Degroef (althans Degroef Vermogensbeheer) als FPA nadeel hebben ondervonden van de herstructurering in 2009 (ieder circa € 1.300.000,00).

5.51. Het hof is daarom van oordeel dat van rechtsverwerking in dit geval geen sprake is.

Onaanvaardbaar het krediet op te eisen of strijd met bancaire zorgplicht?

5.52. Volgens [geïntimeerden] is het opeisen van het krediet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, en bovendien handelt Bank Degroef daarmee in strijd met haar bancaire zorgplicht.

5.53. Vooropgesteld wordt dat in dit geval geen sprake is van een situatie waarin Bank Degroef het krediet voortijdig heeft opgeëist, nu geen sprake is (geweest) van opzegging van de kredietrelatie. Niet in geschil is immers dat het krediet al opeisbaar was (zie hiervoor rechtsoverweging 5.49) en dat Bank Degroef in 2010, 2011 en 2012 FPA schriftelijk heeft gesommeerd om het krediet (met rente) aan haar terug te betalen. De door [geïntimeerden] in randnummer 96 van zijn conclusie van antwoord in eerste aanleg genoemde factoren, laat het hof daarom buiten beschouwing.

5.54. Uitgangspunt is dat FPA gehouden was om het krediet terug te betalen aan Bank Degroef. Waarom het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn FPA te houden aan haar contractuele betalingsverplichting, is het hof – nu een deugdelijke uitleg en onderbouwing daarover ontbreekt – niet dui-

delijk geworden. [Geïntimeerden] heeft – naast zijn stellingen die ook al zijn besproken in het kader van zijn beroep op rechtsverwerking (zie rechtsoverweging 5.47 e.v.) – slechts ongemotiveerd gesteld dat Bank Degroef naar zijn mening niet te goeder trouw samen met hem tot oplossingen heeft willen komen. Dat is onvoldoende om te kunnen concluderen dat opeising van het krediet door Bank Degroef onaanvaardbaar is of in strijd met de bancaire zorgplicht.

Het verrekeningsverweer

5.55. Het hof begrijpt uit de door [geïntimeerden] tijdens de mondelinge behandeling bij het hof ingenomen stellingen dat [geïntimeerden] zijn (voorwaardelijke) verrekeningsverweer niet langer handhaaft. [Geïntimeerden] heeft namelijk bevestigd dat zowel Bank Degroef – althans Degroef Vermogensbeheer – als FPA nadeel hebben ondervonden van de herstructurering in 2009.

Conclusie

5.56. Dit alles leidt ertoe dat de grieven I en II (gedeeltelijk) slagen. Dit betekent dat – naast FPA – ook [geïntimeerde] (als bestuurder van Energieweg Holding en indirect bestuurder van FPA) en Energieweg Holding (ex artikel 2:11 BW) ieder hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door Bank Degroef als gevolg van deze onrechtmatige gedraging veroorzaakte schade.

Verwijzing naar schadestaat

5.57. Dat betekent dat de vraag voorligt voor welke schade en tot welk bedrag [geïntimeerden] jegens Bank Degroef aansprakelijk kan worden gehouden.

5.58. Tussen partijen is in geschil of Bank Degroef schade heeft geleden door de wijze van afwikkelen van FPA door haar indirect bestuurder [geïntimeerde] en zo ja, welke omvang de verplichting tot schadevergoeding heeft. [Geïntimeerden] heeft namelijk betwist dat Bank Degroef schade heeft geleden die hij moet vergoeden. Volgens [geïntimeerden] ontbreekt het causaal verband tussen zijn handelen en de gestelde schade en heeft Bank Degroef (volledig) eigen schuld aan het ontstaan van de schade.

5.59. Artikel 612 Rv bepaalt dat de rechter die een veroordeling tot schadevergoeding uitsprekt, de schade in het vonnis begroot, voor zover hem dit mogelijk is. Als uitgangspunt voor de berekening van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding geldt dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Hieruit volgt dat de schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. De omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toe-

stand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Indien begroting in het vonnis niet mogelijk is, spreekt hij een veroordeling uit tot schadevergoeding, op te maken bij staat. Voldoende voor de verwijzing naar de schadestaatprocedure is dat de eiser de mogelijkheid van schade aannemelijk maakt (zie: Hoge Raad 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX6246 en Hoge Raad 5 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1028).

5.60. Op dit moment is het hof onvoldoende in staat de gestelde schade in deze procedure vast te stellen. Zo is het debat over het door [geïntimeerden] betwiste causaal verband en de gestelde eigen schuld van Bank Degroef nog niet volledig door partijen gevoerd. De vergelijking die ten aanzien van de schade moet worden gemaakt tussen de situatie met en zonder het onrechtmatig handelen zal in een schadestaatprocedure moeten plaatsvinden. Voldaan is aan de daarvoor geldende voorwaarde dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is.

5.61. Het hof zal de zaak daarom naar de schadestaatprocedure verwijzen, zodat partijen aldaar, al dan niet aan de hand van een deskundigenbericht, zich nader kunnen uitlaten over de gestelde schade. De vordering tot het vergoeden van schadevergoeding zal worden toegewezen zoals in de beslissing is vermeld.

5.62. Het hof geeft partijen in overweging om deze zaak verder onderling in der minne te regelen en zodoende een langdurige, kostbare verdere procedure te voorkomen.

Conclusie

5.63. Dit alles leidt ertoe dat de grieven van Bank Degroef gedeeltelijk slagen. Het bestreden vonnis van de rechtbank zal daarom worden vernietigd zoals in de beslissing is vermeld.

Proceskosten

5.64. [Geïntimeerden] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in beide instanties.

5.65. De kosten van de procedure in eerst aanleg aan de kant van Bank Degroef zullen worden vastgesteld op:

- exploitkosten € 207,66
- griffierecht € 4.200,00
- salaris advocaat € 7.998,00 (2 punten x tarief VIII à € 3.999,00)

Totaal € 12.405,66.

5.66. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de kant van Bank Degroef zullen worden vastgesteld op:

- exploitkosten € 125,86
- griffierecht € 11.379,00
- salaris advocaat € 3.035,00 (2,5 punten x tarief II à € 1.214,00)

- nakosten € 178,00 (plus de verhoging zoals in de beslissing vermeld)

Totaal € 14.717,86.

5.67. Het hof is uitgegaan van tarief II voor het bepalen van de advocaatkosten in hoger beroep, gelet op de verwijzing naar de schadestaatprocedure.

5.68. Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten in beide instanties toewijzen zoals hierna vermeld, waarbij een termijn van veertien dagen zal worden gehanteerd.

6 Beslissing

Het hof:

6.1. vernietigt het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 16 november 2022, voor zover dat aan het oordeel van het hof is onderworpen, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

i. verklaart voor recht dat Energieweg Holding jegens Bank Degroef onrechtmatig heeft gehandeld;

verklaart voor recht dat [geïntimeerde] jegens Bank Degroef onrechtmatig heeft gehandeld; veroordeelt Energieweg Holding en [geïntimeerde], hoofdelijk, om aan Bank Degroef de schade van Bank Degroef te betalen, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

6.2. veroordeelt [geïntimeerden] in de proceskosten van beide instanties, en begroot die kosten tot aan de bestreden uitspraak aan de kant van Bank Degroef wat betreft de procedure in eerste aanleg op in totaal € 12.405,66, en tot aan deze uitspraak wat betreft de procedure in hoger beroep op in totaal € 14.717,86, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest moeten zijn voldaan, en, als [geïntimeerden] niet tijdig aan de kostenveroordeling voldoet en het arrest daarna wordt betekend, te vermeerderen met € 92,00 en de kosten van betekening;

6.3. veroordeelt [geïntimeerden] in de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de proceskosten in beide instanties als deze niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest zijn voldaan;

6.4. verklaart dit arrest ten aanzien van de (kosten)veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

6.5. wijst af wat meer of anders is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mrs. H.K.N. Vos, R.A. van der Pol en J.G.A. Struycken, en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 8 oktober 2024.