



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Annotatie bij Gerechtshof Den Haag 30 april 2024,
ECLI:NL:GHDHA:2024:775**

Calker, S.J. van; Lopik, S.J.

Citation

Calker, S. J. van, & Lopik, S. J. (2024). Annotatie bij Gerechtshof Den Haag 30 april 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:775. *Jurisprudentie Onderneming & Recht*, 2024(11), 2595-2604. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4196648>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4196648>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Ondernemingsrecht

251

Verlengde verjaringstermijn bij bestuurdersaansprakelijkheid wegens benadeling van schuldeisers door strafbaar feit

Gerechtshof Den Haag
30 april 2024, nr. 200.285.268/02,
ECLI:NL:GHDHA:2024:775
(mr. De Heer, mr. Volker, mr. Van Galen)
Noot mr. S.J. van Calker en mr. S.J. Lopik

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Bedrieglijke bankbreuk. Strafbaar feit wegens onttrekken van gelden aan vennootschap door bestuurder in zicht van faillissement. Wetenschap van benadeling schuldeisers. Vordering van curator verjaart niet zolang recht tot strafvordering niet door verjaring is vervallen.

[BW art. 2:248, 3:310 lid 4; Sr art. 343]

De vordering van de curator jegens [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] is tijdig – met de voeging in de strafzaak in 2013 – gestuit en is dus niet verjaard. Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat de vordering tot schadevergoeding (van het boedeltekort) die de curator in deze civiele procedure jegens [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] heeft ingesteld, op dezelfde feitelijke grondslag is gebaseerd als de door hem in de strafzaak ingediende vordering benadeelde partij. Daarnaast bepaalt art. 3:310 lid 4 BW dat de rechtsvordering tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door een strafbaar feit tegen de persoon die het strafbare feit heeft begaan, niet verjaart zolang het recht tot strafvordering niet door verjaring is vervallen. Blijkens de wetsgeschiedenis kan art. 3:310 lid 4 BW ook worden ingeroepen in gevallen waar geen vervolging heeft plaatsgevonden, de vervolging niet is doorgezet of de vervolging niet heeft geleid tot een schuldigverklaring door de strafrechter. De vrijspraak van [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1] in de strafzaak staat derhalve niet in de weg aan de toepassing van art. 3:310 lid 4 BW.

Het onttrekken van gelden aan de vennootschap door de bestuurder in het zicht van faillissement met de wetenschap dat hierdoor de schuldeisers worden benadeeld levert een strafbaar feit op in de vorm van bedrieglijke bankbreuk (art. 343 Sr). Op grond van art. 70 lid 1 sub 3 jo. art. 343 Sr bedraagt de strafrechtelijke verjaringstermijn voor bedrieglijke bankbreuk twaalf jaar. De verjaringstermijn gaat daarbij op grond van art. 71 Sr lopen op de dag na die waarop de feiten gepleegd zijn. De onttrekkingen hebben plaatsgevonden in de maanden juni en juli 2009. De verjaringstermijn verstreek daarom in juli 2021. De inleidende dagvaarding in deze civiele procedure is voor die datum – en dus tijdig – uitgebracht, zodat de vordering van de curator ten aanzien van [geïntimeerden] (ook) om die reden niet is verjaard.

*Mr. E.C. van Lent te Leiden, als opvolger van mr. C. van Oosten, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Golden Tours BV, appellant,
advocaat: mr. R.A.G. de Vaan,
tegen
1. [geïntimeerde 1],
2. [geïntimeerde 2],
3. Golden Tours Holding BV te Rijpwetering, geïntimeerden,
advocaat: mr. P.J. Winkel.*

(...; red.)

2. De verdere beoordeling van het hoger beroep

2.1. In rechtsoverweging 6.7 van het tussenarrest is geoordeeld dat de rechtsvordering van de curator jegens [geïntimeerden] op grond van artikel 3:310 lid 1 BW in maart 2016 is verjaard, tenzij de verjaring door de curator voordien rechtsgeldig is gestuit en/of het bepaalde in artikel 3:310 lid 4 BW op de vordering van de curator jegens één of meer geïntimeerden van toepassing is.

2.2. Het hof heeft [geïntimeerden] toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen de voorshands bewezen stelling van de curator dat het voegingsformulier in de strafzaak tegen [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] door de curator in 2013 bij het OM is ingediend. Daarnaast heeft het hof partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de toepasselijkheid van artikel 3:310 lid 4 BW.

2.3. Bij akte hebben [geïntimeerden] stukken als tegenbewijs in het geding gebracht. Daarnaast

hebben [geïntimeerden] het arrest in de strafzaak tegen [geïntimeerde 1] van dit hof van 25 juli 2023 overgelegd, waaruit blijkt dat [geïntimeerde 1] in hoger beroep is vrijgesproken van de hem tenlastegelegde feiten, te weten – samengevat – valsheid in geschrifte en bedrieglijke bankbreuk.

Verjaring

2.4. De vraag die nu eerst beantwoord moet worden is of de vordering van de curator jegens [geïntimeerden] is verjaard. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend op twee afzonderlijke gronden, zoals hierna uiteengezet.

(i) Stuiting ten aanzien van [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1]

2.5. Het hof is van oordeel dat [geïntimeerden] niet zijn geslaagd in het ontzenuwen van het voorshands bewezen geachte feit dat het voegingsformulier in de strafzaak tegen [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] door de curator in 2013 bij het Openbaar Ministerie is ingediend. Het daartoe door [geïntimeerden] overgelegde voegingsformulier van 18 oktober 2017 kan niet tot tegenbewijs dienen. Uit het begeleidend schrijven van de curator bij het voegingsformulier van 18 oktober 2017, waarin staat: “De curator, mr. C. van Oosten, heeft zich in deze als benadeelde partij gesteld. Het *aangepaste* formulier voor benadeelde partij inclusief bijlagen treft u bijgaand aan” [cursivering hof], kan juist worden opge maakt dat er al eerder een voegingsformulier door of namens de curator bij het Openbaar Ministerie was ingediend. Dat het formulier in 2017 nogmaals (in *aangepaste/bijgewerkte* vorm) aan het Openbaar Ministerie is verstuurd kan worden verklaard, zoals de curator heeft toegelicht, doordat de schadeberekening daarin is geactualiseerd. Dit blijkt ook uit een vergelijking tussen het formulier uit 2013 en het formulier van 18 oktober 2017, waarin (enkel) de schadeberekening verschilt doordat de lijst van voorlopig geverifieerde schulden in de tussentijd is bijgewerkt en de boedelkosten in de tussentijd zijn opgelopen. De door [geïntimeerden] overgelegde verklaring van mr. Wolters dat hij pas in 2017 op de hoogte is geraakt van de voeging door de curator draagt evenmin bij aan het te leveren tegenbewijs, omdat deze verklaring niet afdoet aan de (voorshands bewezen geachte) stelling dat de voeging al in 2013 is geschied. Bekendheid van de voeging bij (de advocaat van) [geïntimeerden] is bovendien

niet vereist om stuitende werking te hebben. Dat een stempel met datum van ontvangst op het voegingsformulier uit 2013 ontbreekt, is – anders dan [geïntimeerden] betogen – tegenover de verklaring van de parketsecretaris (zoals uiteengezet in rov. 6.14 onder (i) van het tussenarrest) dat het voegingsformulier in 2013 is ontvangen blijkens de aantekening daarop van behandelaar [...], eveneens onvoldoende om tot tegenbewijs te dienen.

2.6. Dit betekent dat, indien van de termijn van vijf jaar van lid 1 van artikel 3:310 BW moet worden uitgegaan, de vordering van de curator jegens [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] tijdig – met de voeging in de strafzaak in 2013 – is gestuit en dus niet is verjaard. Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat de vordering tot schadevergoeding (van het boedeltekort) die de curator in deze civiele procedure jegens [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] heeft ingesteld op dezelfde feitelijke grondslag is gebaseerd als de door hem in de strafzaak ingediende vordering benadeelde partij.

(ii) Twaalfjaarstermijn

2.7. Daarnaast bepaalt artikel 3:310 lid 4 BW, zoals het hof in rechtsoverweging 6.5 van het tussenarrest reeds heeft uiteengezet, dat de rechtsvordering tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door een strafbaar feit tegen de persoon die het strafbare feit heeft begaan niet verjaart zolang het recht tot strafvordering niet door verjaring is vervallen. Blijkens de wetsgeschiedenis kan lid 4 van artikel 3:310 BW ook worden ingeroepen in gevallen waar geen vervolging heeft plaatsgevonden, de vervolging niet is doorgezet of wanneer de vervolging niet heeft geleid tot een schuldigverklaring door de strafrechter (zie Kamerstukken II 2010/11, 32 853, nr. 3, p. 5-6). De vrijspraak van [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1] in de strafzaak staat derhalve niet in de weg aan de toepassing van artikel 3:310 lid 4 BW. Hiermee komt het hof dan ook terug van zijn rechtsoverweging 6.12 in het tussenarrest.

2.8. Het onttrekken van gelden aan de vennootschap door de bestuurder in het zicht van faillissement met de wetenschap dat hierdoor de schuldeisers worden benadeeld levert een strafbaar feit op in de vorm van bedrieglijke bankbreuk (artikel 343 Sr). Niet ter discussie staat dat [geïntimeerden], als (indirect) bestuurders van Golden Tours, in de periode kort voor faillissement aanzienlijke

bedragen voor in totaal € 837.385,23 naar Turuntur hebben overgemaakt en vervolgens het faillissement van Golden Tours hebben aangevraagd. Naar het oordeel van het hof hebben [geïntimeerden] hiermee op zijn minst de aanmerkelijke kans aanvaard dat de schuldeisers van Golden Tours door deze aanzienlijke onttrekkingen aan het vermogen van Golden Tours in hun verhaalsmogelijkheden zouden worden benadeeld, zodat aan het opzetvereiste is voldaan. Niet ter discussie staat dat [geïntimeerde 1] feitelijk de leiding had bij Golden Tours. Voor [geïntimeerde 2] geldt dat zij, op basis van hetgeen in deze procedure door de curator is aangevoerd en door [geïntimeerden] niet, of onvoldoende gemotiveerd, is betwist kan worden aangemerkt als medepleger (artikel 47 Sr). Daarbij is van belang dat zij heeft verklaard dat zij de betalingen aan Turuntur in de administratie van Golden Tours heeft ingeboekt (zie proces-verbaal d.d. 27 november 2018) en vervolgens met [geïntimeerde 1] na overleg met de accountant heeft besloten tot de eigen aanvraag van het faillissement van Golden Tours. Het voorgaande leidt dan ook tot de conclusie dat in deze civiele procedure is komen vast te staan dat sprake is van een strafbaar feit dat de schade heeft veroorzaakt waarvan de curator nu vergoeding vordert. Dit betekent dat op de vraag of de vordering van de curator jegens [geïntimeerden] is verjaard (ook) artikel 3:310 lid 4 BW van toepassing is.

2.9. Op grond van artikel 70 lid 1 sub 3 jo. artikel 343 Sr bedraagt de strafrechtelijke verjaringstermijn voor bedrieglijke bankbreuk twaalf jaar. De verjaringstermijn gaat daarbij op grond van artikel 71 Sr lopen op de dag na die waarop de feiten gepleegd zijn. De onttrekkingen hebben plaatsgevonden in de maanden juni en juli 2009. De verjaringstermijn verstreek daarom in juli 2021. De inleidende dagvaarding in deze civiele procedure is voor die datum – namelijk op 24 januari 2018 en dus tijdig – uitgebracht, zodat de vordering van de curator ten aanzien van [geïntimeerden] (ook) om die reden niet is verjaard.

2.10. De conclusie is dat de grief van de curator slaagt.

2.11. Dit betekent dat het hof toekomt aan de beoordeling van de vordering van de curator op de grondslagen van artikel 2:248 BW jo artikel 2:11 BW en artikel 6:162 BW.

2.12. De curator verwijt [geïntimeerden] dat zij kort voor het faillissement van Golden Tours aanzienlijke bedragen van in totaal € 837.385,23 heb-

ben betaald aan een Turkse vennootschap (Turuntur), die gelieerd was aan (familie van) [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2], zonder dat voor die betalingen een deugdelijke grondslag bestond. Volgens de curator waren de facturen van Turuntur voor vliegtuigstoelen, hotelaccommodaties en transfers, waarop die betalingen van Golden Tours waren gebaseerd, immers vals. Hij verwijst daartoe onder meer naar het onderzoek van de politie in de strafzaak tegen [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] en het strafvonnis tegen [geïntimeerde 1] waaruit blijkt dat Turuntur de vliegtuigstoelen feitelijk helemaal niet kon leveren en dat de hotelaccommodaties en transfers geheel niet geleverd zijn. De curator stelt dat door deze betalingen Golden Tours en haar crediteuren ernstig zijn benadeeld. Dusdoende hebben [geïntimeerden] Golden Tours onbehoorlijk bestuurd, aldus de curator. Omdat deze onttrekkingen de oorzaak althans een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, is Golden Tours Holding als direct bestuurder jegens de boedel aansprakelijk voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 lid BW en [geïntimeerde 1] als feitelijk beleidsbepaler op grond van artikel 2:248 lid 7 BW. Daarnaast zijn [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] als indirect bestuurders hoofdelijk aansprakelijk jegens de boedel op grond van artikel 2:11 BW. Subsidiar zijn [geïntimeerden] op grond van artikel 6:162 BW jegens de boedel en de gezamenlijke crediteuren aansprakelijk voor de schade als gevolg van de onttrekkingen nu [geïntimeerden] hiervan een persoonlijk ernstig verwijt kunnen worden gemaakt, aldus steeds de curator.

Aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW

2.13. Op grond van artikel 2:248 lid 1 BW is in geval van faillissement van een besloten vennootschap iedere bestuurder tegenover de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, als het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Met een bestuurder wordt ingevolge lid 7 van artikel 2:248 BW gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald, als ware hij bestuurder. In de jurisprudentie is de maatstaf ontwikkeld dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur slechts kan worden gesproken als geen redelijk

denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben (HR 8 juni 2001 («JOR» 2001/171; *red.*), ECLI:NL:HR:2001:AB2053, *Panmo*). Uit de wetsgeschiedenis volgt bovendien dat de bestuurder moet hebben gehandeld met de (objectieve) wetenschap dat de schuldeisers zullen worden benadeeld.

2.14. Met inachtneming van voornoemde maatstaf is het hof van oordeel dat [geïntimeerden] hun taak als (indirect) bestuurders van Golden Tours kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld door vlak voor het faillissement van Golden Tours omvangrijke betalingen van ruim € 830.000 aan Turuntur te doen zonder dat daar een deugdelijke rechtsgrond voor bestond. Daarbij komt dat de begunstigde van deze betalingen nauw gelieerd was aan (familie van) de indirect bestuurders. [geïntimeerden] wisten althans konden weten dat hierdoor de schuldeisers van Golden Tours zouden worden benadeeld. Ter toelichting dient het volgende.

2.15. Op basis van de – door [geïntimeerden] niet weersproken – stellingen van de curator en de in het geding gebrachte stukken kan in hoger beroep van het volgende (als vaststaand) worden uitgegaan.

Golden Tours heeft tussen 15 juni 2009 en 8 juli 2009 (dus in een periode van minder dan vier weken) acht betalingen voor een totaalbedrag van € 837.385,23 aan Turuntur gedaan. Bij deze acht overmakingen is geen omschrijving of factuurnummer vermeld. [geïntimeerden] hebben op 9 juli 2009 een melding van financieel onvermogen aan de SGR gedaan en vervolgens het eigen faillissement van Golden Tours aangevraagd.

Op 1 respectievelijk 14 juni 2009 heeft Golden Tours met Turuntur een overeenkomst met betrekking tot de verkoop van vliegtuigstoelen en een agentuurovereenkomst met betrekking tot hotelaccommodaties en transfers gesloten. In de administratie van Golden Tours zijn 42 facturen van Turuntur aangetroffen. Deze facturen zijn gedateerd tussen 18 juni 2009 en 2 juli 2009 en hebben volgens hun omschrijvingen deels betrekking op hotelverblijf en transport en voor een ander deel op vliegtuigstoelen (3505 in totaal). Het ging volgens de omschrijvingen om reizen die zouden plaatsvinden tussen eind juni 2009 en eind oktober 2009. In totaal is er voor een bedrag van ongeveer € 1,4 miljoen door Turuntur aan Golden Tours gefactureerd (zie het overzicht bij

de pleitnota van de curator). De acht overmakingen door Golden Tours sluiten qua bedrag niet aan bij een specifieke factuur van Turuntur.

2.16. De curator heeft ter onderbouwing van zijn stelling dat aan de betalingen aan Turuntur een deugdelijke grondslag ontbrak verwezen naar het door hem overgelegde dossier van gerechtelijk vooronderzoek in de strafzaak tegen [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] (productie 7 bij memorie van grieven) en het (veroordelend) strafvonnis tegen [geïntimeerde 1] (productie 1 bij dagvaarding). In het strafvonnis is – op basis van de bewijsmiddelen waarnaar in het strafvonnis wordt verwezen – vastgesteld dat de betalingen aan Turuntur deels gebaseerd waren op facturen van Turuntur aan Golden Tours voor vliegtuigstoelen op vluchten van Transavia (met vluchtnummers HV701 en HV951) van Amsterdam naar Antalya, terwijl uit het onderzoek van politie is gebleken dat de stoelen op die vluchten niet via Turuntur of Golden Tours aan consumenten waren verkocht. Daarnaast is uit het onderzoek van politie gebleken dat het aantal vliegtuigstoelen dat Turuntur aan Golden Tours factureerde en waarvoor Golden Tours betaalde (3445 vliegtuigstoelen voor een periode van 2 maanden) veel meer was dan het aantal vliegtuigstoelen dat Golden Tours aan haar klanten had verkocht (1520 vliegtuigstoelen), terwijl zij voor dezelfde periode tot datum melding onvermogen aan de SGR ook stoelcapaciteit bij andere partijen (zoals Corendon) had ingekocht. In het strafvonnis is ten aanzien van de door Turuntur aan Golden Tours gefactureerde (en door Golden Tours betaalde) hotelaccommodaties en transfers geconcludeerd dat deze geheel niet geleverd zijn. De rechtbank heeft in dat verband het volgende overwogen: “Door het faillissement moesten 164 reizigers vanuit Turkije naar Nederland worden gerepatriëerd door tussenkomst van Stichting Garantiefonds Reizen omdat er geen terugreis was geboekt door Golden Tours B.V. Van 1700 andere mensen ging de vakantiereis niet door”.

2.17. Het hof stelt voorop dat het feit dat in de strafprocedure in hoger beroep is geoordeeld dat niet bewezen kan worden verklaard dat [geïntimeerde 1] de hem tenlastegelegde feiten heeft begaan, niet betekent dat aan het strafvonnis en de daarin genoemde bewijsstukken in deze civiele procedure geen enkele betekenis toekomt (HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3807).

2.18. [geïntimeerden] hebben tegen de in 2.16 opgenomen feitelijke constatering, waar de curator zich in dit geding op heeft beroepen, niets ingebracht. Evenmin hebben [geïntimeerden] toegelicht en met bewijsstukken onderbouwd hoe het kan dat Turuntur facturen aan Golden Tours heeft verstuurd met daarop vluchtnummers (HV701 en HV951) terwijl in het politieonderzoek is vastgesteld dat Turuntur op die vluchten helemaal geen stoelen had ingekocht en Turuntur deze aan Golden Tours verkochte en gefactureerde stoelen dus in feite helemaal niet kon leveren.

2.19. [geïntimeerden] hebben als verweer (enkel) aangevoerd dat er ook consumenten zijn geweest voor wie Golden Tours in de betreffende periode wel een vakantie (vluchten en hotelaccommodaties) heeft ingekocht en verzorgd. Hiermee miskennen [geïntimeerden] dat Golden Tours en Turuntur voor het overgrote deel van de consumenten die vooruitbetaald hadden voor een vakantiereis geen enkele vlucht, hotel of transfer verzorgd hadden, en dat het (door deze consumenten vooruitbetaalde) geld dus aan Turuntur is doorbetaald zonder dat hier een tegenprestatie tegenover stond. Onweersproken is immers, zoals de curator onderbouwd heeft gesteld, dat van 1700 mensen de vakantie niet doorging en dat voor 164 consumenten die al wel in Turkije zaten geen terugvlucht was geregeld, terwijl Golden Tours hiervoor blijkens de facturen van Turuntur wel aan Turuntur zou hebben betaald.

2.20. Tegen de achtergrond van het strafrechtelijk onderzoek en de bewijsstukken die dat heeft opgeleverd mocht van [geïntimeerden] worden verwacht dat zij een plausibele verklaring zouden geven waarom deze feitelijke constatering onjuist zijn. Ter zitting bij het hof hebben [geïntimeerden] desgevraagd geen uitleg kunnen geven waar het geld van de gedupeerde consumenten is gebleven. [geïntimeerde 1] verklaarde hierover als volgt: "Ik weet niet waar dat geld zit. Dat is aan Turuntur".

2.21. Het had dan ook op de weg van [geïntimeerden] gelegen dat zij gedetailleerd inzicht zouden geven, bijvoorbeeld aan de hand van inkoopdocumenten en bankafschriften van Turuntur, welke reizen (vliegtuigstoelen, hotels en transfers) door Turuntur voor (klanten van) Golden Tours waren ingekocht met de van Golden Tours ontvangen betalingen. De door [geïntimeerden] overgelegde stukken uit Turkije geven die duidelijkheid niet. Dit mocht temeer van hen worden verwacht gelet

op de familiebanden die zij hebben met (de aandeelhouders van) Turuntur. Indien het, zoals [geïntimeerden] stellen, (desondanks) niet mogelijk was om stukken uit de administratie, zoals bankafschriften, van Turuntur op te vragen dient dat gelet op het bovenstaande voor rekening van [geïntimeerden] te komen.

2.22. Dit alles leidt het hof tot de conclusie dat [geïntimeerden] niet voldoende gemotiveerd weersproken hebben (de stelling van de curator) dat er geen deugdelijke rechtsgrond was voor de aanzienlijke betalingen door Golden Tours aan Turuntur, zodat dit in hoger beroep als vaststaand kan worden aangenomen. Door deze betalingen aan Turuntur hebben [geïntimeerden] het bedrag van € 837.385,23 aan het vermogen van Golden Tours onttrokken en daarmee het verhaal van crediteuren van hun vorderingen onmogelijk maakt en deze gedupeerd. [geïntimeerden] wisten althans konden weten dat de schuldeisers hierdoor in hun verhaalsmogelijkheden zouden worden benadeeld, omdat zij kort na die betalingen zelf het faillissement van Golden Tours hebben aangevraagd en uit de eigen stellingen van [geïntimeerden] valt af te leiden dat de financiële situatie van Golden Tours al geruime tijd onder druk stond. Immers, naar [geïntimeerden] zelf hebben gesteld, stond Golden Tours sinds begin 2009 onder verscherpt toezicht van de SGR en was de verkoop van vliegtuigstoelen voor de zomerperiode van 2009 in vergelijking met voorgaande jaren tegengevallen. Ten overvloed merkt het hof nog op dat uit de met Turuntur vlak voor faillissement gesloten overeenkomsten bovendien aanzienlijke afname- en betalingsverplichtingen (3230 vliegtuigstoelen voor een periode van acht weken) voor Golden Tours voortvloeiden die gelet op de (tegenvallende hoeveelheid) vakanties/vliegtuigstoelen die Golden Tours op dat moment voor die periode aan klanten had verkocht en tegen de achtergrond van haar financiële situatie niet verantwoord waren. Ook dit handelen van [geïntimeerden] levert kennelijk onbehoorlijk bestuur op: geen redelijk denkend bestuurder zou in de gegeven omstandigheden aldus gehandeld hebben.

2.23. Naar het oordeel van het hof is het aannemelijk dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur, bestaande uit de aanzienlijke onttrekkingen van ruim € 830.000, een belangrijke oorzaak van het faillissement van Golden Tours is geweest. In verhouding tot het balanstotaal van Golden Tours in

2008 en de verwachte omzet voor 2009 (volgens [geïntimeerden] € 3 à 4 miljoen) ging het, zo heeft de curator onweersproken toegelicht, om een enorm bedrag, terwijl [geïntimeerden] zelf hebben aangegeven dat Golden Tours op dat moment (juni/juli 2009) te maken had met een tegenvalende verkoop van vliegtuigstoelen en er dringend behoefte was aan extra financiering. Met hun betoog dat de reden van het faillissement was dat de ING [geïntimeerde 2] had besloten – na een bespreking met [geïntimeerde 1] op 6 juli 2009 over een aanvullend krediet – dat Golden Tours voorlopig geen gebruik meer mocht maken van haar kredietfaciliteit, miskennen [geïntimeerden] dat de omvangrijke betalingen aan Turuntur voor een totaalbedrag van € 837.385,23 er logischerwijs voor hebben gezorgd dat de kaspositie van Golden Tours onder druk kwam te staan en Golden Tours hierdoor de op dat moment openstaande facturen niet meer kon betalen. De curator heeft in dit verband gewezen op de exploitatiebegroting zoals die door de accountant van Golden Tours op 7 juli 2009 (vlak voor de eigen aanvraag van het faillissement) is opgesteld, waaruit blijkt dat het begrote resultaat in 2009 na de litigieuze betalingen op € 440.000 negatief uitkwam (productie 10 zijdens [geïntimeerden]). Tegen deze achtergrond is aannemelijk dat de betalingen van € 837.385,23, die zonder rechtsgrond aan het vermogen van Golden Tours zijn onttrokken, hebben geleid tot het faillissement van Golden Tours althans daarvan een belangrijke oorzaak zijn geweest.

2.24. Uit het voorgaande vloeit voort dat Golden Tours Holding als bestuurder en [geïntimeerde 1] als feitelijk beleidsbepaler jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement van Golden Tours op grond van artikel 2:248 lid 1 jo lid 7 BW. Daarnaast zijn [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] op grond van artikel 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk.

Disculpatie [geïntimeerde 2]

2.25. De curator grondt de aansprakelijkheid van [geïntimeerde 2] op artikel 2:11 jo 2:248 lid 1 BW. Volgens de curator staat met de aansprakelijkheid van Golden Tours Holding als bestuurder van Golden Tours, ook de aansprakelijkheid van [geïntimeerde 2] vast. Van belang is verder, zo stelt de curator, dat de overschrijvingen c.q. inboekingen feitelijk door [geïntimeerde 2] zijn verricht, dat [geïntimeerde 2] statutair bestuurder is van de holding die Golden Tours bestuurd voor wie zij

haar werkzaamheden verrichtte op basis van een managementovereenkomst en dat [geïntimeerde 2] in het verleden wel bemoeienis met Golden Tours heeft gehad. De curator betwist dat [geïntimeerde 2] enige actie heeft ondernomen om de onrechtmatige betalingen te stoppen of terug te draaien. Daarmee is zij als indirect bestuurder eveneens (hoofdelijk) aansprakelijk voor de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur, aldus de curator.

2.26. [geïntimeerde 2] stelt hiertegenover dat haar persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zij had niet de feitelijke leiding bij Golden Tours en was al jaren niet meer actief betrokken bij Golden Tours. Zij betwist dat zij de betalingen heeft gedaan. Omdat de voor de administratie van Golden Tours verantwoordelijke medewerkster destijds ziek was, heeft zij de boekingen gedaan in de administratie. [geïntimeerde 2] betwist dat zij op de hoogte was van het onrechtmatige karakter van de betalingen aan Turuntur.

2.27. Het hof oordeelt hierover als volgt. Op grond van artikel 2:11 BW rust de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Dit betekent dat de aansprakelijkheid van Golden Tours Holding meebrengt dat [geïntimeerde 2] als bestuurder van Golden Tours Holding tevens hoofdelijk aansprakelijk is. Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW geldt niet de aanvullende eis dat haar ook persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Wel kan [geïntimeerde 2] zich als indirect bestuurder disculperen en aan aansprakelijkheid ex artikel 2:11 BW ontkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat haar persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. De stelplicht en, zo nodig, bewijslast dat haar geen persoonlijk verwijt valt te maken ligt, anders dan [geïntimeerden] betogen, derhalve bij [geïntimeerde 2].

2.28. Naar het oordeel van het hof heeft [geïntimeerde 2] onvoldoende concreet onderbouwd dat haar persoonlijk geen verwijt valt te maken. Dat zij niet de feitelijke leiding had bij Golden Tours is daarvoor onvoldoende. Zij was als statutair bestuurder van Golden Tours Holding, de rechtspersoon-bestuurder van Golden Tours, benoemd en als zodanig in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel ingeschreven en ontving zelfs een managementvergoeding voor haar di-

recteurswerkzaamheden voor Golden Tours op basis van een managementovereenkomst met Golden Tours Holding. Daarnaast heeft zij de betalingen aan Turuntur volgens haar eigen verklaring in de administratie van Golden Tours ingeboekt. Het hof gaat voorbij aan de stelling van [geïntimeerde 2] dat zij niet op de hoogte was van het onrechtmatige karakter van die betalingen. In het licht van de stellingen van [geïntimeerden] dat de verkoop van vliegtuigstoelen op dat moment tegenviel en er dringend behoefte was aan extra financiering, hadden de aanzienlijke betalingen aan Turuntur, een nieuwe *incoming agent* die gelieerd was aan familie van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2], in een periode van nog geen maand, bij [geïntimeerde 2] als (mede)bestuurder tot vragen aanleiding moeten geven. Niet gesteld of gebleken is dat [geïntimeerde 2] maatregelen heeft genomen om de onrechtmatige onttrekkingen te voorkomen dan wel de gevolgen daarvan af te wenden. Het disculpatieverweer van [geïntimeerde 2] wordt dan ook verworpen.

Tussenconclusie

2.29. De conclusie van het voorgaande is dat de vordering van de curator tot betaling van het boedeltekort jegens [geïntimeerden] zal worden toegewezen.

2.30. De curator vordert in hoger beroep voorts [geïntimeerden] bij wege van voorschot te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 750.000, zijnde ongeveer 65% van het totaal van de voorlopig geverifieerde vorderingen. Het hof zal deze vordering tot betaling van een voorschot toewijzen tot een bedrag van € 500.000 (ongeveer 50% van de voorlopig erkende vorderingen). Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de curator en de schuldeisers er belang bij hebben dat de afwikkeling van het faillissement nu (na bijna 15 jaar) snel kan worden afgerond, terwijl met het toegewezen voorschotbedrag voldoende wordt tegemoetgekomen aan het door [geïntimeerden] gestelde risico dat (een deel van de) vorderingen ten onrechte op de lijst van voorlopig erkende crediteuren zijn geplaatst.

2.31. Aangezien de vordering van de curator op de primaire grondslag ex artikel 2:248 lid 1 jo lid 7 BW zal worden toegewezen, behoeft de (subsidiar ingestelde) vordering van de curator op de grondslag van artikel 6:162 BW verder geen bespreking.

Bewijsaanbiedingen

2.32. Het hof komt verder aan bewijsoverlevering niet toe, aangezien door partijen geen feiten of omstandigheden zijn gesteld die, indien bewezen, leiden tot een andere beslissing.

Conclusie en proceskosten

2.33. De conclusie is dat het hoger beroep van de curator slaagt. Het hof zal het bestreden vonnis daarom vernietigen. De vordering van de curator jegens [geïntimeerden] tot betaling van het boedeltekort in het faillissement van Golden Tours zal, met een voorschot, alsnog worden toegewezen.

2.34. Bij deze uitkomst past een hoofdelijke veroordeling van [geïntimeerden], als de in het ongelijk gestelde partijen, in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep. (...; *red.*). De gevorderde nakosten zullen worden toegewezen als hierna in het dictum vermeld.

2.35. De curator vordert voorts, als onderdeel van de proceskosten, de kosten van de door hem gelegde beslagen voor een bedrag van (...; *red.*), bestaande uit griffierechten, deurwaarderskosten en salaris advocaat (conform het liquidatietarief). De curator heeft de door hem gemaakte kosten met de als productie 8 bij memorie van grieven overgelegde beslagstukken (voldoende) onderbouwd. Deze kosten zijn verder ook niet betwist. Het hof zal deze vordering als op de wet gegrond (artikel 706 Rv) toewijzen, met dien verstande dat het hof voor het salaris advocaat aanknoopt bij het ten tijde van de beslagleggingen geldende liquidatietarief voor de rechtbanken op basis van tarief II (€ 452 (in 2017) en € 543 (in 2019)). Dit betekent dat de beslagkosten worden toegewezen tot een bedrag van (...; *red.*).

3. Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis van de rechtbank Den Haag van 11 maart 2020;

en opnieuw recht doende:

- veroordeelt [geïntimeerden] hoofdelijk tot betaling aan de curator:

- (a) van een bedrag ter hoogte van de volledige schulden van Golden Tours zoals deze zullen blijken uit het proces-verbaal van de nog te houden verificatievergadering in het faillissement van Golden Tours, te vermeerderen met de boedel-schulden en faillissementskosten, waaronder begrepen het salaris van de curator, voor zover deze

schulden en kosten niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, te betalen binnen veertien (14) dagen na betekening van het proces-verbaal van de verificatievergadering, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen tot aan de dag der algehele voldoening, en

- (b) van een bedrag ter hoogte van € 500.000 bij wijze van voorschot op de betaling waartoe [geïntimeerden] op grond van het voorgaande onder (a) zullen zijn gehouden, te betalen binnen veertien (14) dagen na betekening van dit arrest, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen tot aan de dag der algehele voldoening, welk voorschot – indien en voor zover het is betaald – in mindering zal worden gebracht op het onder (a) bedoelde bedrag;
- veroordeelt [geïntimeerden] hoofdelijk in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep, (...; *red.*);
 - verklaart dit arrest voor wat betreft de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
 - wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. Voor de lezer die niet bekend is met de verlengde verjaringstermijn van art. 3:310 lid 4 BW, kan dit arrest verrassend zijn. Deze bepaling heeft betrekking op schadeveroorzakende handelingen die tevens een strafbaar feit opleveren en waarop de Nederlandse strafwet van toepassing is. Het artikel regelt dat de rechtsvordering tot vergoeding van schade tegen de persoon die het strafbaar feit heeft begaan pas verjaart op het moment dat de strafrechtelijke verjaringstermijn afloopt. De bepaling is niet bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek ingevoerd, maar later alsnog toegevoegd om tegemoet te komen aan de belangen van minderjarige slachtoffers van incest. Ten tijde van het misdrijf zijn zij volgens de wetgever immers veelal nog niet voldoende in staat om een weloverwogen beslissing te nemen over het vorderen van schadevergoeding (zie *Kamerstukken II 1992/93*, 22889, nr. 3, p. 6 en nr. 5, p. 6). De verlengde verjaringstermijn gold aanvankelijk slechts voor een beperkte categorie zedendelicten, maar is in 2012 verruimd tot alle strafbare feiten (zie *Kamerstukken II 2010/11*, 32853, nr. 3, p. 3).

2. In onderhavig arrest is sprake van een ander strafbaar feit dan waar art. 3:310 lid 4 BW oorspronkelijk voor bedoeld was, namelijk bedrieglijke bankbreuk in de zin van art. 343 Sr, welke beweerdelijk werd gepleegd in juni en juli 2009. Hoewel dit vóór invoering van de verruimde bepaling in 2012 was, geldt de verruimde bepaling ook voor dit strafbare feit. Dat zou slechts anders zijn geweest als de civielrechtelijke verjaringstermijn reeds was verlopen bij invoering van de wet in 2012, maar de strafrechtelijke verjaringstermijn nog niet. De wetgever vond het onwenselijk dat in zulke gevallen de verjaringstermijn zou herleven.

3. De strafbaarstelling van bedrieglijke bankbreuk is bedoeld om grote onttrekkingen aan de rechtspersoon voorafgaand aan een faillissement te bestraffen. De bepaling richt zich onder meer tot de bestuurder of commissaris die voor de intreding van het faillissement buitensporig middelen van de rechtspersoon heeft verbruikt, uitgegeven of vervreemd. In het onderhavige geval hadden de bestuurders kort voor de faillissementsaanvraag ruim € 800.000 overgemaakt. De civiele rechter concludeert mede op basis daarvan dat sprake is van een strafbaar feit, zoals staat omschreven in overweging 2.1 tot en met 2.9 van het arrest.

4. De verjaringstermijn voor bedrieglijke bankbreuk is twaalf jaar (art. 70 lid 1 sub 3 jo. art. 343 Sr). Een belangrijk verschil met de civielrechtelijke verjaringstermijnen is dat de strafrechtelijke verjaringstermijn ingevolge art. 71 Sr pas gaat lopen op de dag na die waarop de feiten zijn gepleegd. In onderhavige casus hebben onttrekkingen plaatsgevonden in juni en juli 2009, zodat de verjaringstermijn tot het instellen van strafvordering eindigt in juni en juli 2021. De rechtsvordering tot vergoeding van schade tegen de bestuurders die de onttrekkingen hebben gedaan verloopt op grond van art. 3:310 lid 4 BW op hetzelfde moment. In de onderhavige procedure heeft de curator zijn dagvaarding tegen de bestuurders uitgebracht op 24 januari 2018, dus voor het verstrijken van de verjaringstermijn. Tot zover weinig opzienbarends.

5. Waar het in dit arrest schuurt, is dat de bestuurders in eerste aanleg van de strafprocedure zijn veroordeeld voor bedrieglijke bankbreuk, maar in hoger beroep zijn vrijgesproken. Dat roept de vraag op of de personen die door de curator worden aangesproken “het strafbare feit

hebben begaan”, zoals vereist op grond van de tekst van art. 3:310 lid 4 BW. De MvT biedt op dit punt verheldering. Niet vereist is immers dat de aangesproken persoon ook strafrechtelijk is veroordeeld. De regel geldt ook wanneer geen vervolging heeft plaatsgevonden, wanneer deze niet is doorgezet of wanneer deze niet heeft geresulteerd in een schuldigverklaring van de strafrechter (zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32853, nr. 3, p. 4-6). De eerste twee redenen zullen in de praktijk nauwelijks omstreden zijn, omdat het lot van de benadeelde niet moet worden bepaald door een vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie om niet tot strafvervolgning over te gaan. De laatste categorie gevallen is opmerkelijker, aangezien de voormalige verdachte in een civiel proces wordt benadeeld door het strafproces ondanks dat hij daarin is vrijgesproken.

6. De ondergrens voor toepassing van art. 3:310 lid 4 BW lijkt te zijn dat de civiele rechter vaststelt dat sprake is van een strafbaar feit. Dat de strafrechter en de civiele rechter op dit punt tot een verschillende uitspraak kunnen komen is al onderkend door de wetgever en is terug te voeren op de verschillende regels van bewijsrecht: *“In het strafproces rust de bewijslast steeds bij het Openbaar Ministerie vanwege het principe dat de verdachte onschuldig is tot het tegendeel bewezen is, terwijl in het civiele geding de bewijslast over de partijen verdeeld kan worden (art. 150 Rv). Voorts dient de rechter in het strafproces wet- tigt en overtuigend bewezen te achten dat een verdachte het strafbare feit heeft begaan, terwijl in een civiele procedure voldoende is dat de rechter daarover een redelijke mate van zekerheid heeft verkregen. Dit is een lichtere vorm van bewijislevering”* (zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32853, nr. 3, p. 5).

7. De civiele rechter is dus niet verplicht om strafrechtelijke oordelen te volgen. Dit geldt *vice versa* ook. Op basis van het leerstuk van de autonomie van het strafrecht kan de strafrechter afwijken van de toepassing en interpretatie van begrippen uit andere rechtsgebieden. In de praktijk leidt dit er bijvoorbeeld regelmatig toe dat de strafrechter tot een ander oordeel komt over de uitleg van begrippen uit het bestuursrechtelijke milieurecht. Ook kan een strafrechter ervoor kiezen om meer nadruk te leggen op de praktische realiteit binnen de bedrijfsvoering dan precieze vennootschapsrechtelijke verhoudingen. Dit komt bijvoorbeeld duidelijk naar voren in de defi-

nitie van feitelijk leidinggever, op basis waarvan bestuurders van ondernemingen strafrechtelijk kunnen worden aangesproken voor strafbare feiten binnen die onderneming. Deze definitie slaat meer acht op de feitelijke verhoudingen dan op de statutaire en ondernemingsrechtelijke normen die op de betreffende rechtspersoon van toepassing zijn. Het is dus niet ongebruikelijk dat rechtsgebieden op een eigen manier omgaan met onderwerpen die vergelijkbaar zijn met leerstukken uit andere rechtsgebieden.

8. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtseenheid geeft deze manier van werken te denken. Tegelijkertijd is het logisch dat de rechtsgebieden met hun uiteenlopende doelen op een andere manier met elkaars leerstukken omgaan. Dat strafrecht en civiel recht tot een andere uitkomst kunnen leiden is door de wetgever dan ook onderkend en *“niet onwenselijk”* bevonden. Voor de goed ingevoerde lezer is het bovenstaande arrest dus ook weinig verrassend. Wat ons betreft is het op het eerste gezicht, gelet op de in dit arrest summierlijk weergegeven feiten, met name verrassend dat geïntimeerden in de strafzaak in hoger beroep zijn vrijgesproken, al is die uitspraak in de gepubliceerde jurisprudentie bij ons weten niet te vinden. Een bestudering van de rechtsgeschiedenis laat echter zien dat de uitkomst in deze civielrechtelijke zaak voorzienbaar was voor de bestuurders.

9. Nu het hof het verjaringsverweer verwierpt, is de weg vrij voor het hof om de geïntimeerden in het boedelttekort te veroordelen op grond van art. 2:248 lid 1 en lid 7 BW. Golden Tours, een reisbureau, heeft aan ruim 1700 personen pakketreizen bestaande uit vliegtickets naar en hotelovernachtingen in Turkije verkocht, maar daar geen corresponderende vluchten en hotelovernachtingen voor ingekocht. Wél heeft Golden Tours kort voor faillissement omvangrijke betalingen van in totaal € 830.000 aan Turuntur gedaan, een Turkse vennootschap waarvan de aandeelhouders nauw gelieerd zijn aan familie van de indirect bestuurder en de feitelijk beleidsbepaler. Blijkens het arrest correspondeerden de gedane betalingen niet met facturen van Turuntur en werden de bedragen overgemaakt zonder omschrijving of factuurnummer. Het hof concludeert daarom dat voor de betalingen geen deugdelijke rechtsgrond was. Uiteindelijk ging voor 1700 mensen hun vakantie naar Turkije niet door en was voor 164 mensen die al in Turkije zaten geen

terugvlucht geregeld. Zij waren genooddaakt om aanspraak te maken op het Garantiefonds Reizen.

10. Dat deze feiten worden geduid als kennelijk onbehoorlijk bestuur wekt geen verbazing. Dit handelen was bovendien een belangrijke oorzaak van het faillissement vanwege de omvang van de betalingen aan Turuntur, mede in verhouding tot het balanstotaal en de verwachte omzet voor 2009, en de al penibele financiële situatie van Golden Tours. Het disculpatieverweer dat de indi-rect bestuurder, die de betalingen zelf had ingevoerd, niet bekend was met het onrechtmatige karakter van die betalingen slaagt niet. Niet gesteld of gebleken is immers dat zij maatregelen heeft genomen om de onrechtmatige onttrekkingen te voorkomen of de gevolgen daarvan af te wenden. De aansprakelijkheid voor het boedeltort staat daarmee vast.

mr. S.J. van Calker
advocaat bij A&O Shearman

mr. S.J. Lopik
advocaat bij De Roos en buitenpromovendus bij het Instituut voor Strafrecht & Criminologie Universiteit Leiden

252

Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen

Gerechtshof Amsterdam
14 mei 2024, nrs. 200.270.434/01 en
200.278.864/01, ECLI:NL:GHAMS:2024:1309
(mr. Alders, mr. Tromp, mr. Alwin)
Noot mr. J.G. van de Waerdt

Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen op grond van onrechtmatige daad. Handelen in strijd met statuten door aankoop van registergoed zonder vereiste toestemming van rvc. Bestuurders treft ernstig verwijt. Tevens misleiding van belegger door achterhouden van koersgevoelige informatie. Commissarissen valt ernstig verwijt te maken wegens onbehoorlijk toezicht. Verwijzing naar HR 3 februari 2023, «JOR» 2023/146, m.nt. Strik en vervolg op Rb. Amsterdam 30 september 2015, «JOR» 2016/182, m.nt. Van Bakkum.

[BW art. 2:140, 2:249, 6:162]

Fairstar was reeds vanaf 15 oktober 2011 onvoorwaardelijk gebonden aan het Shipbuilding Contract met betrekking tot het te bouwen schip de FATHOM en de daaruit voortvloeiende verplichting de aanneemsom van \$ 111 miljoen te voldoen. Dit leidt tot de vraag of de bestuurders ([appellanten 1.2.3] c.s.) aansprakelijk zijn jegens Fairstar. Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of van een ernstig verwijt sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, moet in dit verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Indien de aldus aangesproken bestuurder echter feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen