

# ECLI:NL:RBLIM:2020:2105

## □ Rechtspraak.nl, Rechtbank Limburg, 11-03-2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:2105, C/03/248684 / HA ZA 18-185

Art. 323a Sr.; zorgplicht bank, bestuurdersaansprakelijkheid.

### GEGEVENS

Instantie	Rechtbank Limburg
Datum uitspraak	11-03-2020
Datum publicatie	26-03-2020
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:RBLIM:2020:2105
Zaaknummer	C/03/248684 / HA ZA 18-185
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht
Overige publicaties	JONDR 2020/647

### UITSpraak

vonnis

#### RECHTBANK LIMBURG

Burgerlijk recht

Zittingsplaats Maastricht

zaaknummer: C/03/248684 / HA ZA 18-185

#### Vonnis bij vervroeging van 11 maart 2020

in de zaak van

de publiekrechtelijke rechtspersoon **GEMEENTE HEERLEN**,  
zetelend te Heerlen,  
eiseres in conventie, verweerster in reconventie,  
advocaat mr. R.H.J. Cox,

tegen:

1 [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1],  
wonend te [woonplaats 1],  
gedaagde in conventie, eiser in reconventie,  
advocaat mr. R.J.M.C. Rosbeek,

2 [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2],  
wonend te [woonplaats 2],  
gedaagde in conventie, eiser in reconventie,  
advocaat mr. A.M.M. Vermeijden,

3 *ING Bank N.V.*,  
gevestigd te Amsterdam,  
gedaagde,  
advocaat mr. Reinders Folmer.

Partijen zullen hierna 'de Gemeente', ' [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] ' ' [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ' en 'ING' worden genoemd. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1], [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en ING tezamen worden ING c.s. genoemd.

#### 1 Het verloop van de procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de rolbeslissing van 15 mei 2019;

- het proces-verbaal van de pleidooizitting van 14 november 2019.

1.2. Ten slotte is bepaald dat heden uitspraak zal worden gedaan.

## 2 De vaststaande feiten in conventie en reconventie

2.1 In deze zaak staan de volgende feiten vast als enerzijds gesteld en anderzijds erkend of onvoldoende gemotiveerd betwist.

a. De heer [naam aandeelhouder] was aandeelhouder van [naam bv 1] (hierna [naam bv 1]). Tot/op 26 maart 2008 was [naam bv 1] enig aandeelhouder van [naam bv 2] (hierna: [naam bv 2]). Op 26 maart 2008 droeg [naam bv 1] tegen een koopsom van € 9,5 miljoen haar hele aandelenbezit in [naam bv 2] over aan [naam bv 3] (hierna: [naam bv 3]). De aandelen [naam bv 3] werden voor 64% gehouden door [naam bv 1], [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1], [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en [naam 1] hielden via “hun” beheersvennootschappen vanaf maart 2008 elk 12% van de aandelen [naam bv 3] en betaalden daarvoor elk de nominale waarde van € 2.178,-. De koopsom van € 9,5 miljoen voor de aandelen [naam bv 2] is betaald als volgt:

- [naam bv 1] stelde € 3 miljoen als cumulatief preferent aandelenkapitaal ter beschikking aan [naam bv 3];

- ING leende € 3 miljoen aan [naam bv 2], waarvan [naam bv 2] € 2 miljoen als dividend uitkeerde aan [naam bv 1];

- ING leende € 3,5 miljoen aan [naam bv 3], welk bedrag [naam bv 3] aan [naam bv 1] betaalde als deelbetaling van de koopsom.<sup>1</sup>

Uit dit geheel vloeide voor [naam bv 2] de verplichting voort om jaarlijks € 750.000,- dividend uit te keren aan [naam bv 3], zodat [naam bv 3] aan haar verplichtingen jegens ING kon voldoen. [naam bv 2] moest verder jaarlijks € 135.000,- dividend uitkeren aan [naam bv 3] zodat deze kon voldoen aan haar verplichtingen jegens [naam bv 1] vanwege de door [naam bv 1] gehouden cumulatief preferente aandelen in [naam bv 3]. Aan de betalingen aan [naam bv 1] op de door [naam bv 1] gehouden cumulatief preferente aandelen waren gekoppeld overdrachten van porties aandelen die [naam bv 1] hield in [naam bv 3] aan de rechtspersonen van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1], [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en [naam 1]. Deze hele constructie is in de stukken aangeduid als “Management Buy Out” (hierna ook wel: MBO).

b. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1], financieel directeur, en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2], algemeen directeur, waren vanaf 9 mei 2008<sup>2</sup> statutair bestuurders van [naam bv 2]. Bij vonnis van 27 augustus 2013 van deze rechtbank zijn [naam bv 2] en [naam bv 3] in staat van faillissement verklaard (productie 2 dagvaarding).

c. [naam bv 2] trad op als coördinator van het door de Europese Unie (EU) gesubsidieerde project Remining Lowex (het Project), betrekking hebbende op (onder meer) gebruik van ondergronds (warm) mijnwater. De subsidieverlening van dit Project kende een basisovereenkomst (productie 3 dagvaarding), gesloten in juni 2007 tussen [naam bv 2] als coördinator van de uitvoerende partijen enerzijds en de EU (the Commission) anderzijds. Namens [naam bv 2] is de overeenkomst getekend door [naam 2].

d. Op de basisovereenkomst zijn algemene voorwaarden van toepassing (productie 5 dagvaarding). Art. II.3 bepaalt in sub 3 onder c, voor zover hier van belang:

“3. *The coordinator shall:*

a. a) (...)

*c) receive all payments made by the Commission to the consortium and administer the Community contribution regarding its allocation between contractors and activities in accordance with this contract and the decisions taken by the consortium. The coordinator shall ensure that all the appropriate payments are made to contractors without unjustified delay;*

(...)”.

e. De uitvoerende partijen/feitelijke deelnemers aan het Project, de consortiumpartners, waaronder [naam bv 2] en de Gemeente, zijn partij bij de Consortium Agreement Remining Lowex van 18 maart 2009<sup>3</sup>. Deze consortiumovereenkomst, namens [naam bv 2] ondertekend door [naam 2], bepaalt, voor zover van belang:

“Section 6: *Costs - Payments*

(...)”

### 6.2 *Payments*

*The Coordinator shall receive all payments made by the Commission.*

*Except for the part of the advance payments withheld for the Common Liability Reserve (if*

*any), the Coordinator will transfer, in accordance with the Contract and the budget allocation decided by the General Assembly, the appropriate sums to the respective Parties with*

*minimum delay, but not later than thirty (30) calendar days from the receipt thereof from the Commission. The Coordinator shall notify each Party promptly of the date and amount transferred to its respective bank account and shall give the relevant references.*

*Parties who spend less than their respective share of the Joint Budget will be funded only in*

*respect of the actual amount spent. Parties who spend more than their respective share of the Joint Budget will be funded only up to their share.*

(...)”.

f. In het kader van het Project werken meerdere deelnemers, de consortiumpartners, samen. De Gemeente was één van die consortiumpartners. [naam bv 2] ontving als coördinator van het project de door de EU uitgekeerde subsidies, waarna [naam bv 2] die subsidies moest verdelen en doorbetalen aan de consortiumpartners.

g. Op 14 augustus 2012 ontving [naam bv 2] op haar rekening-courant bij ING € 2.363.599,42 subsidie van de EU voor het Project (hierna: de storting). Met deze storting veranderde de negatiefstand op de rekening-courant van € 2.746.109,73 in een negatiefstand van € 347.274,71.<sup>4</sup> [naam bv 2] bericht de Gemeente niet over deze storting. [naam bv 2] heeft de storting niet doorbetaald aan welke consortiumpartner dan ook.

h. Bij brief van 27 juni 2013 schrijft ING aan [naam bv 3] c.s. (waarbij in elk geval [naam bv 2] valt onder “c.s.”) voor zover relevant (productie 23 dagvaarding):

“(…)”

*In de op 13 maart 2013 en 30 mei 2013 gevoerde gesprekken tussen Kredietnemer en de Bank heeft de Bank de zorg uitgesproken over de verslechterde gang van zaken in 2012 en (verwacht) 2013 alsmede het liquiditeitstekort dat daaruit ontstaat en versterkt wordt zodra de subsidie van de Europese Unie moet worden doorbetaald. In dit gesprek werd afgesproken dat Kredietnemer uiterlijk op 12 juni 2013 zou aanleveren:*

*(a) een aangepaste begroting 2013 inclusief liquiditeitsprognose (ontvangen op 13 juni 2013)*

*(b) een schriftelijke verklaring van de financiële inbreng door de aandeelhouders (tot op heden niet ontvangen).*

*Voorts werd afgesproken dat de Bank op basis van (a) en (b) zou bezien of er een waiver zou worden verstrekt over 2012 en onder welke voorwaarden de Overeenkomst zou worden gecontinueerd. De positie die de Bank inneemt alsmede de positie die de aandeelhouders innemen zijn noodzakelijk voor het opstellen van de definitieve jaarrekening over 2012 van Kredietnemer. (...). Het uitgangspunt van de Bank is dat het liquiditeitstekort door de aandeelhouders wordt opgevangen. Naar aanleiding van het niet voldoen aan de Kredietvoorwaarden is er sprake van een grond voor Vervroegde Opeisbaarheid onder de Overeenkomst. De Bank is bereid de Overeenkomst onder de volgende voorwaarden vooralsnog te continueren:*

*(a) De aandeelhouders zullen zich committeren voor een financiële inbreng van minimaal*

*EUR 1.600.000,00, bij voorkeur middels contante storting van kapitaal dan wel achtergestelde lening.*

*(b) Tot nader order zal er geen cumulatief preferent dividend worden uitgekeerd aan aandeelhouder [naam bv 1].*

*(c) De Bank is er van op de hoogte dat de definitieve jaarrekening over 2012 thans niet*

*afgerond wordt daar de controlerend accountant geen goedkeurende accountantsverklaring wenst te verstrekken. Deze jaarrekening zal de Bank in september 2013 ontvangen.*

*Uiterlijk op 1 september 2013 ontvangt de Bank een schriftelijk voorstel inzake de financiële inbreng door de aandeelhouders, inclusief onderlinge verdeling van inbreng door de individuele aandeelhouders en ondertekend door alle aandeelhouders. Na ontvangst hiervan zal de Bank opnieuw bezien of en onder welke voorwaarden de Overeenkomst wordt voortgezet. Tevens zal de Bank dan een besluit nemen inzake het verzoek tot het verstrekken van een waiver voor het niet voldoen aan de NetDebt/Ebitda en Interest Coverage Ratio over 2012. De financiële inbreng dient uiterlijk op 15 september 2013 aanwezig te zijn op de rekening van Kredietnemer.*

*(d) In afwachting van ontvangst van genoemde documenten voeren wij een blokkade op het Rekening Courant Krediet met rekeningnummer [rekeningnummer] op van EUR 1.200.000,00.*

*(...)*

*Indien niet aan bovenstaande voorwaarden wordt voldaan en in strijd met deze brief wordt gehandeld, zal dit tevens een grond voor Vervroegde Opeisbaarheid onder de Overeenkomst opleveren. (...)*

i. In elk geval in de periode april – juli 2013 vinden er tussen alle (in)directe aandeelhouders van [naam bv 3] en [naam bv 2] besprekingen plaats waarin de zorgwekkende financiële situatie van [naam bv 2] centraal staat. Tijdens een dergelijke bespreking zegt dhr. [naam aandeelhouder] toe de garantieovereenkomst met ING te tekenen. Bij e-mailbericht van 4 juli 2013 (productie 9 antwoord [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2]) trekt [naam aandeelhouder] deze toezegging in.

j. Bij brief van 30 juli 2013 (productie 9 antwoord ING) schort ING het gebruik van de kredietlimiet van het rekening-courant krediet van [naam bv 2] bij ING voorlopig op. Dit houdt in, aldus die brief, dat uitgaand betalingsverkeer uitsluitend mogelijk is na expliciete toestemming van ING.

### *3 Het geschil in conventie en reconventie*

*in conventie:*

3.1.1 De Gemeente vordert dat de rechtbank bij vonnis, voor zo veel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:  
PRIMAIR:

a. ING c.s. hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente tegen behoorlijk bewijs van kwijting van € 2.196.103,47, althans ING c.s. hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, (Rb: van) een door de rechtbank in goede justitie vast te stellen bedrag aan schadevergoeding althans ING c.s. hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, (Rb: van) een bedrag aan schadevergoeding nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW daarover primair met ingang van 13 september 2012 ([gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2]) respectievelijk een door de rechtbank nader te bepalen ingangsdatum tussen 13 september 2012 en 26 augustus 2013 (ING Bank), althans subsidiair met ingang van een nader door de rechtbank te bepalen datum tussen 13 september 2012 en 26 augustus 2013 (ING c.s.), althans meer subsidiair met ingang van 27 augustus 2013 (ING c.s.), althans nog meer subsidiair met ingang van 19 februari 2018 ([gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2]) respectievelijk 16 maart 2018 (ING), althans meest subsidiair met ingang van de dag der dagvaarding (ING c.s.) tot de dag der algehele voldoening

alsmede;

b. ING c.s. hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente van € 8.197,75 aan buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 sub c BW, althans ING c.s. hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente (Rb: van) een door de rechtbank in goede justitie nader te bepalen bedrag aan buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 sub c BW, althans ING c.s. hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente (Rb: van) een bedrag aan buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 sub c (Rb: BW) nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW primair vanaf 19 februari 2018 ([gedaagde in conventie, eiser in reconventie

sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ) respectievelijk vanaf 16 maart 2018 (ING), althans subsidiair vanaf de dag der dagvaarding tot de dag der algehele betaling  
alsmede;

c. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] (hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd), veroordeelt tot betaling aan de Gemeente van € 7.417,91 aan beslagkosten, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] (hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander zal zijn bevrijd), veroordeelt tot betaling aan de Gemeente (Rb: van) een bedrag aan beslagkosten door de rechtbank in goede justitie te bepalen, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] (hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander zal zijn bevrijd), veroordeelt tot betaling aan de Gemeente (Rb: van) een bedrag aan beslagkosten nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW daarover met ingang van

de dag der dagvaarding tot de dag der algehele betaling  
alsmede;

d. ING c.s. hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt in de kosten van de onderhavige procedure, met bepaling dat over de proceskostenveroordeling de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW verschuldigd zal zijn indien aan die veroordeling niet binnen veertien dagen na dagtekening dan wel betekening van het in deze te wijzen vonnis is voldaan,

alsmede;

e. ING c.s. hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt in de nakosten, het nasalaris daaronder begrepen, op de voet van het liquidatietarief;

## II. SUBSIDIAR:

a. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, van € 2.196.103,47 althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, een door de rechtbank in goede justitie vast te stellen bedrag aan schadevergoeding, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, (Rb: van) een bedrag aan schadevergoeding nader vast te stellen bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW daarover primair met ingang van 13 september 2012 ( [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ) respectievelijk een door de rechtbank nader te bepalen ingangsdatum tussen 13 september 2012 en 26 augustus 2013 (ING), althans subsidiair met ingang van een nader door de rechtbank te bepalen datum tussen 13 september 2012 en 26 augustus 2013 (ING c.s.), althans meer subsidiair met ingang van 27 augustus 2013 (ING c.s.), althans nog meer subsidiair met ingang van 19 februari 2018 ( [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ) respectievelijk 16 maart 2018 (ING), althans meest subsidiair met ingang van de dag der

dagvaarding (ING c.s.) tot de dag der algehele voldoening  
alsmede;

b. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente van € 8.197,75 aan buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 sub c BW, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente (Rb: van) een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag aan buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 sub c BW, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente (Rb: van) een bedrag aan buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 sub c BW nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW primair vanaf 19 februari 2018 ( [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ) respectievelijk vanaf 16 maart 2018 (ING),

althans subsidiair vanaf de dag der dagvaarding tot de dag der algehele betaling  
alsmede;

c. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] (hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander jegens de Gemeente zal zijn bevrijd) dan wel voor gelijke delen dan wel naar rato van hun schuld, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente van € 7.417,91 aan beslagkosten, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] (hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander zal zijn bevrijd), dan wel voor gelijke delen, dan wel naar rato van hun schuld, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente (Rb: van) een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag aan beslagkosten, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] (hoofdelijk, des dat de ene betalende de ander zal zijn bevrijd), dan wel voor gelijke delen dan wel naar rato van hun schuld, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente (Rb: van) een bedrag aan beslagkosten nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de dag der dagvaarding tot de

dag der algehele betaling  
alsmede;

d. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING hoofdelijk, des dat de ene betalende de andere jegens de Gemeente zal zijn bevrijd, veroordeelt in de kosten van de onderhavige procedure, met bepaling dat over de proceskostenveroordeling de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW verschuldigd zal zijn indien aan die veroordeling niet binnen veertien dagen na dagtekening dan wel

betekening van het in deze te wijzen vonnis is voldaan,  
alsmede;

e. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING hoofdelijk veroordeelt in de nakosten, het nasalaris daaronder begrepen, op de voet van het liquidatietarief;

### III. MEER SUBSIDIAIR:

a. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente, tegen behoorlijk bewijs van kwijting voor gelijke delen dan wel ieder naar rato van zijn/haar schuld, (Rb: van) het schadebedrag ad € 2.196.103,47, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING veroordeelt tot betaling aan de Gemeente, tegen behoorlijk bewijs van kwijting voor gelijke delen dan wel ieder naar rato van zijn/haar schuld (Rb: van) een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag aan schadevergoeding, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING, veroordeelt tot betaling aan de Gemeente, tegen behoorlijk bewijs van kwijting voor gelijke delen dan wel ieder naar rato van zijn/haar schuld (Rb: van) een bedrag aan schadevergoeding nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW daarover primair met ingang van 13 september 2012 ( [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ) respectievelijk een door de rechtbank nader te bepalen ingangsdatum tussen

13 september 2012 en 26 augustus 2013 (ING), althans subsidiair met ingang van een nader door de rechtbank te bepalen datum tussen 13 september 2012 en 26 augustus 2013

(ING c.s.), althans meer subsidiair met ingang van 27 augustus 2013 (ING c.s.), althans nog meer subsidiair met ingang van 19 februari 2018 ( [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ) respectievelijk

16 maart 2018 (ING), althans meest subsidiair met ingang van de dag der dagvaarding (ING c.s.) tot de dag der algehele voldoening, alsmede;

b. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING, voor gelijke delen dan wel naar rato van hun schuld veroordeelt tot betaling aan de Gemeente van € 8.197,75 aan buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 sub c BW, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING, voor gelijke delen dan wel naar rato van hun schuld veroordeelt tot betaling aan de Gemeente van een door de rechtbank in

goede justitie te bepalen bedrag aan buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 sub c BW, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING, voor gelijke delen dan wel naar rato van hun schuld veroordeelt tot betaling aan de Gemeente (Rb: van) een bedrag aan buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 sub c (Rb: BW) nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf 19 februari 2018 ( [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] / [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ) respectievelijk 16 maart 2018 (ING), althans subsidiair vanaf de dag der dagvaarding tot de dag der algehele voldoening, alsmede;

c. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] veroordeelt voor gelijke delen dan wel naar rato van hun schuld, tot betaling aan de Gemeente van € 7.417,91 aan beslagkosten, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] veroordeelt voor gelijke delen dan wel naar rato van hun schuld, tot betaling aan de Gemeente (Rb: van) een bedrag aan beslagkosten door de rechtbank in goede justitie te bepalen, althans [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] veroordeelt voor gelijke delen dan wel naar rato van hun schuld, tot betaling aan de Gemeente (Rb: van) een bedrag aan beslagkosten nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente (...) daarover vanaf de dag der dagvaarding tot de dag der algehele betaling,

alsmede;

d. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en/of ING, veroordeelt in de kosten van de onderhavige procedure, met bepaling dat over de proceskostenveroordeling de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW verschuldigd zal zijn indien aan die veroordeling niet binnen veertien dagen na dagtekening dan wel betekening van het in deze te wijzen vonnis is voldaan,

alsmede;

e. ING c.s. veroordeelt in de nakosten, het nasalaris daaronder begrepen, op de voet van het liquidatietarief;

- 3.1.2 De Gemeente legt hieraan ten grondslag voor wat betreft de vorderingen tegen [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] dat zij zich jegens de Gemeente in hun hoedanigheid van bestuurder onrechtmatig hebben gedragen door ondanks externe waarschuwingen van de accountant en ING, de huisbankier van [naam bv 2] , geen maatregelen hebben getroffen om de ontvangen subsidies te separeren en/of veilig te stellen. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] hebben in strijd met de gesloten overeenkomsten de door [naam bv 2] op 14 augustus 2012 ontvangen € 2.363.599,43 (hierna: € 2,4 miljoen; zie rov. 2.1. sub g), waarvan € 2,2 miljoen (afgerond) was bestemd voor de Gemeente, niet doorbetaald aan de Gemeente en andere rechthebbenden en evenmin hebben zij de Gemeente op of na 14 augustus 2012 geïnformeerd over de ontvangst van dit bedrag [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] hebben verder zonder toestemming van de Gemeente en in strijd met de letter/geest van de contracten de ontvangen subsidies aangewend als werkkapitaal van [naam bv 2] . De Gemeente verwijst met name naar de PPT-presentatie van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] over de liquiditeitsprognose (productie 24 dagvaarding), waarin bij de liquiditeitspositie expliciet rekening is gehouden met de storting. De Gemeente is van mening dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] de EU ontvangen subsidies hebben verduisterd. [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] hebben verder toegestaan dat [naam bv 2] dividend en voorschotten daarop heeft betaald aan [naam bv 3] , terwijl daarvoor geen ruimte beschikbaar was. Zij hebben zich daarmee al dan niet rechtstreeks verrijkt.
- 3.1.3 De Gemeente heeft de vorderingen tegen ING gegrond op het feit dat zij haar zorgplicht jegens de Gemeente heeft geschonden. De ING wist van de storting en wist dat [naam bv 2] de subsidiegelden oneigenlijk en in strijd met de EU-contracten gebruikte als eigen werkkapitaal. ING heeft geen maatregelen getroffen om schade bij de Gemeente te voorkomen. Indien niet komt vast te staan dat ING onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Gemeente, is ING in elk geval onrechtvaardig verrijkt ten koste van de Gemeente. ING heeft verder door het terugschroeven van het kredietlimiet van [naam bv 2] tot € 0,0 binnen een periode van enkele weken haar eigen vordering (bewust) verrekend met de EU-subsidie, zijnde derdengelden die niet toebehoorden aan [naam bv 2] . Door de storting niet door te storten, pleegde [naam bv 2] wanprestatie, waarvan ING onrechtmatig profiteerde door de gelden van die storting te verrekenen met het negatief rekening-courantsaldo. ING heeft onrechtmatig gehandeld jegens de Gemeente omdat ING op zeer korte termijn het rekening-courantkrediet van [naam bv 2] volledig heeft bevroren. Daarmee heeft ING het faillissement van [naam bv 2] veroorzaakt en misbruik gemaakt van haar (separatisten)positie ten koste van de Gemeente. Het bevroren van het rekening-courantkrediet was, zo is gebleken, niet nodig geweest omdat al kort na de faillissementsuitspraak van 27 augustus 2013 duidelijk was dat alle vorderingen van ING op [naam bv 2] en [naam bv 3] konden worden voldaan.

- 3.2 ING c.s. betwisten de feiten die ten grondslag worden gelegd aan de vorderingen en stellen dat de Gemeente hen onterechte verwijten maakt. Het door de Gemeente gevorderde moet daarom worden afgewezen.

*in reconventie:*

- 3.3.1 [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] vordert in reconventie en na vermeerdering van eis bij akte van 22 januari 2019 dat de rechtbank bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

a) de beslagen alle met onmiddellijke ingang opheft voor zover de provisionele vordering niet wordt toegewezen;

b) voor recht verklaart dat de door de Gemeente gelegde conservatoire beslagen onrechtmatig zijn en dat de Gemeente voor de schade die [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] daardoor lijdt en nog zal lijden aansprakelijk is;

c) de Gemeente veroordeelt tot vergoeding van deze schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen als volgens de wet;

dit alles met veroordeling van de Gemeente in de kosten van het geding, en haar daarbij tevens te veroordelen in de nakosten tot € 131,- indien de Gemeente aangeschreven dient te worden tot betaling van hetgeen waartoe zij in het te deze te wijzen vonnis wordt veroordeeld maar er geen betekening van de uitspraak plaats vindt, dan € 199,- indien er wel betekening van de uitspraak plaats vindt.

- 3.3.2 [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] legt hieraan ten grondslag dat de Gemeente door de op zijn woonhuis, auto, bankrekeningen en onder "zijn" rechtspersonen gelegde beslagen hem financieel volledig heeft lamgelegd.

- 3.4 De Gemeente betwist de vordering

- 3.5.1 [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] vordert (zoals de rechtbank "verzoekt" leest) in reconventie dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de door de Gemeente ten laste van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] gelegde conservatoire beslagen opheft, dan wel de Gemeente veroordeelt hiertoe over te gaan voor zover de provisionele vordering niet wordt toegewezen, bij gebreke waarvan de Gemeente een dwangsom verbeurt van € 5.000,- per dag, althans een bedrag door de rechtbank in goede justitie te bepalen. Met veroordeling van de Gemeente, in de door [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] daadwerkelijk gemaakte kosten van deze procedure, althans in de kosten van deze procedure alsmede de Gemeente te veroordelen in de nakosten van € 131,- indien de Gemeente aangeschreven dient te worden tot betaling van hetgeen waartoe zij in het te wijzen vonnis wordt veroordeeld maar er geen betekening van de uitspraak plaats vindt, dan wel € 199,- indien er wel betekening van de uitspraak plaats vindt.

- 3.5.2 [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] legt hieraan ten grondslag dat de Gemeente geen grondslag heeft voor enige vordering tegen hem. Indien de Gemeente, voordat zij overging tot beslaglegging, het gesprek was aangegaan, had dit ook kunnen worden uitgelegd. De beslagen zijn dus onterecht en belemmeren hem zodanig dat hij in financiële problemen dreigt te raken en in elk geval inmiddels afhankelijk is van inkomen van derden.

- 3.6 De Gemeente betwist de vordering

#### *4 De beoordeling*

##### **in conventie:**

##### **Algemeen.**

- 4.1 Zoals hiervoor onder 2.1 sub a vermeld, heeft [naam bv 1] op 26 maart 2008 tegen een koopsom van € 9,5 miljoen haar hele aandelenbezit in [naam bv 2] overgedragen aan [naam bv 3] B.V. (de MBO). De Gemeente heeft aan het door haar van ING c.s. gevorderde mede ten grondslag gelegd dat deze MBO een niet verantwoorde transactie is geweest. Dit standpunt is onjuist. De MBO was een kostbare, ingewikkelde en ingrijpende operatie. Uit niets blijkt dat de deelnemende partijen hierbij over één nacht ijs zijn gegaan. Er is nagedacht over constructies en wijze van betalingen zijn besproken en, voor zover partijen daarover in deze procedure gegevens hebben aangedragen, als haalbaar beschouwd. Niet gebleken is dat toentertijd de aandelen [naam bv 2] niet min of meer de waarde hadden die partijen daaraan hebben gegeven. Het is de rechtbank niet gebleken dat in het licht van die tijd en de stand van de economie eind 2007/begin 2008 en de toenmalige economische verwachtingen, de MBO zo lichtvaardig en riskant was dat een normaal bekwame en normaal handelend bestuurder en/of een normaal bekwame en normaal handelende bank daarin niet had mee mogen gaan. Bezien in het licht van die tijd was hoogstens sprake van een risicovol project, maar niet van een zodanig kansloos project dat de MBO niet had mogen plaatsvinden. Het andersluidende standpunt van de Gemeente ziet de rechtbank als wijsheid achteraf. Voor zover de Gemeente aan haar vordering dan ook ten grondslag heeft gelegd dat ING c.s. te verwijten valt dat zij hebben deelgenomen aan de MBO, is dit een ten onrechte gemaakt verwijt, dat niet kan dienen ter ondersteuning van enig deel van de vorderingen van de Gemeente.

*tegen [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2]*

##### **Algemeen.**

- 4.2.1 Uit art. 6.2 van de Consortiumovereenkomst, waarbij ook de Gemeente partij is (zie rov. 2.1 sub e), volgt dat op [naam bv 2] de plicht rustte om het werk van de consortium partners te controleren alvorens tot doorbetaling van gelden over te gaan. Vermeld is immers: *"The contractor shall receive all payments made by the Commission. (...) Parties who spend less than their respective share of the Joint Budget will be funded only in respect of the actual amount spent. Parties who spend more than their respective share of the Joint Budget will be funded only up to their share"*. Welk werk de Gemeente nu precies heeft verricht en welk werk precies is gecontroleerd door [naam bv 2] en welk werk precies aan de Gemeente moest worden uitbetaald, heeft de Gemeente, ondanks de uitdrukkelijke vraag van de rechtbank tijdens de comparitie van 22 januari 2019<sup>5</sup>, niet voldoende concreet vermeld. De rechtbank kan aldus niet vaststellen welke werkzaamheden de Gemeente precies heeft verricht waardoor zij aanspraak kon maken op enige betaling. De vordering tegen [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] loopt alleen al hierop spaak.
- 4.2.2 Nu de Gemeente haar vordering jegens [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] baseert op de wijze waarop [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] zich hebben gedragen in hun hoedanigheid van bestuurder, moet de vraag worden beantwoord of de feitelijke verwijten die de Gemeente ten grondslag heeft gelegd aan haar vordering tegen [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] te kwalificeren zijn

als dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] hebben bewerkstelligd en/of toegelaten dat [naam bv 2] haar verplichting tot het doorstorten van de storting niet is nagekomen en dat hen daarvan een voldoende ernstig persoonlijk verwijt te maken valt. Voor zover de bestuurdersposities van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] in [naam bv 2] van elkaar verschillen, is dat voor de beantwoording van deze vraag niet relevant.

4.2.3 Voor zover de Gemeente op enige wijze aan haar vordering art. 323a Sr ten grondslag heeft gelegd inhoudende: “*Hij die opzettelijk en wederrechtelijk middelen die met een bepaald doel door of vanwege de overheid dan wel door of vanwege een volkenrechtelijke organisatie zijn verstrekt, aanwendt voor andere doeleinden dan waarvoor zij zijn verstrekt, wordt gestraft (...)*”, is dit ten onrechte. Dit artikel is niet geschreven om een mogelijke ontvanger van die middelen als de Gemeente in een subsidieconstructie als de onderhavige te beschermen.

4.2.4 Voor zover de Gemeente op enige wijze aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd dat de storting “geomerkte” geld was, heeft dat geen betekenis in dit geding. Een girale betaling zoals de subsidiestorting door de EU op de rekening-courant rekening van [naam bv 2], mist elk zakenrechtelijk aspect. Wat er ook zou zijn van eventuele rechten van de EU, komt een beroep hierop de Gemeente niet toe, ook niet in afgeleide vorm. De Gemeente heeft nadat de subsidiegelden door de EU zijn overgeboekt op de rekening-courant rekening van [naam bv 2] niet meer dan een concurrente vordering op [naam bv 2]. Individualisering van dergelijke girale betalingen door woorden als “geomerkte” heeft geen rechtsgevolg. Individualisering van dergelijke girale stortingen op een rekening-courant is rechtegens onmogelijk.

4.2.5 Bij de beoordeling van de vraag of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is van belang vast te stellen hoe onzeker het bestaan van [naam bv 2] en [naam bv 3] was. Daarvan kan worden gezegd dat het voortbestaan in elk geval vanaf begin 2013 niet zeker was, maar meer dan dat kon toen niet worden gezegd. Op grond van de brief van ING van 27 juni 2013 (zie rov. 2.1 sub h) en de toezegging van dhr. [naam aandeelhouder] de garantieovereenkomst met de ING te ondertekenen (zie rov. 2.1 sub i), kan niet worden gezegd dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] zodanig vroeg het faillissement van [naam bv 2] en [naam bv 3] hadden moeten zien aankomen dat zij nog alles in het werk hadden moeten stellen om de subsidiestorting alsnog door te storten.

4.2.6 Er zijn, gelet op de vordering en hetgeen daaraan ten grondslag is gelegd, geen aanknopingspunten om ander recht dan Nederlands recht toe te passen. Anders dan de Gemeente lijkt te stellen, is voor de beoordeling van dit geschil geen enkele buitenlandse rechtsregel van belang.

Concrete verwijten.

4.3 De basisovereenkomst (productie 3 dagvaarding) is gesloten in juni 2007 tussen [naam bv 2] en de EU (the Commission). De consortiumovereenkomst is gesloten op 18 maart 2009. Voor zover de Gemeente haar vordering heeft willen gronden op de stelling dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ten tijde van het sluiten daarvan wisten dat [naam bv 2] de storting niet zou kunnen doorstorten, heeft zij onvoldoende feiten aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] al in juni 2007 en/of op 18 maart 2009, toen de doorstortingsverplichtingen zijn aangegaan, wisten dat de subsidiestorting van 14 augustus 2012 niet zou kunnen worden doorbetaald. In dit kader moet in elk geval worden opgemerkt dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] in juni 2007 zelfs nog geen bestuurder waren van [naam bv 2] (zie rov. 2.1 sub a en b).

4.4.1 De Gemeente verwijt [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] verder dat zij de storting niet hebben gesepareerd op een aparte rekening derdengelden of andere maatregelen hebben genomen die, zo begrijpt de rechtbank, ertoe hadden moeten leiden dat de storting volledig buiten het bereik van andere crediteuren dan de Gemeente zou vallen. De wet kent mede wegens de in art. 3:276 BW neergelegde regel, limitatief slechts enkele mogelijkheden om gelden zodanig te separeren van het vermogen van een ontvangende debiteur - als [naam bv 2] - dat zij buiten het bereik van crediteuren blijven. Onder die mogelijkheden kan niet het geval worden geschaard dat een contractuele coördinator krachtens een overeenkomst gelden van derden krijgt en moet doorstorten aan bepaalde andere personen die samen met die coördinator een bepaald werk verrichten. Had [naam bv 2] dat wel gedaan, dan was er een schuldverhouding ontstaan tussen [naam bv 2] en de dan volgens de Gemeente opgerichte stichting die bij een faillissement van [naam bv 2] ook zou zijn uitgewonnen. Anders gezegd: er bestond in 2012-2013 voor [naam bv 2] geen mogelijkheid om de door de EU op haar rekening gestorte subsidie te separeren op een derdengeldrekening.

4.4.2 De Gemeente verwijt [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] verder dat de storting niet meteen bij wijze van voorschot is doorgestort op haar veilige, want vrij van insolventierisico zijnde rekening. Dit verwijt miskent alleen al dat zeker in augustus 2012 het faillissement van [naam bv 2] niet zodanig voorzienbaar was dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] (ernstig) kan worden verweten de positie van de Gemeente niet 100% te hebben gezekerd. In het kader van zekerheden zou het misschien de voorkeur hebben gehad dat partijen van aanvang van het project af zouden zijn overeengekomen dat de subsidiegelden meteen door de EU op de rekening van de Gemeente zouden worden gestort, maar dat zijn partijen, waaronder de Gemeente, nu eenmaal niet overeengekomen. Verder mag van de Gemeente als vrijwillige deelnemer aan ingewikkelde overeenkomsten een zodanige kennis en kunde worden verwacht dat zij weet welke risico's contractueel zijn verdeeld en/of verlegd, waaruit voortvloeit dat zij willen en wetens bepaalde risico's heeft willen lopen. Al met al heeft het verwijt van de Gemeente het karakter van het dempen van de put nadat het kalf is verdrongen. Maar zelfs als een dergelijk verwijt wel terecht zou zijn, is het niet voldoende ernstig om te leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders.

4.4.3 Alle andere maatregelen die [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] volgens de Gemeente in dit kader hadden kunnen of moeten treffen, miskennen dat er onvoldoende harde en duidelijke aanwijzingen waren dat het fout zou aflopen met [naam bv 2] en dat het [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] persoonlijk ernstig verwijtbaar is dat zij het coördineren van de opdracht niet hebben overgegeven aan de Gemeente. Het door de Gemeente hier gehanteerde uitgangspunt miskent dat [naam bv 2] niet alleen de Gemeente als mogelijke crediteur had, zowel binnen als buiten het kader van het project. Ook had [naam bv 2], zo blijkt uit pag. 14 van het als productie 2 dagvaarding overgelegde faillissementsverslag, in 2012 177 man in dienst en ten tijde van het faillissement 138, met alle daaruit voortvloeiende verplichtingen. Alleen al daaruit blijkt dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] niet alleen het belang van de Gemeente mochten vooropstellen. Ook hier dienen alle omstandigheden te worden meegewogen, ook de omstandigheid dat alles wat de Gemeente in dit kader als risicovol aanvoert, al bestond ten tijde van het sluiten van het contract, waarbij de Gemeente ook toen al had kunnen aandringen op al die maatregelen waarvan nu achteraf door haar wordt aangevoerd dat die getroffen hadden moeten worden. Met andere woorden: het verwijt dat de Gemeente [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] maakt ten aanzien van het laten voortbestaan van de risicovolle maar zo overeengekomen situatie, raakt ook de Gemeente zelf en niet valt in te zien waarom de Gemeente aan [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] stilzitten zou kunnen verwijten waar zij zelf ook niet heeft gegaard.

4.4.4 Welke andere voldoende vanzelfsprekende en zonder meer succesvolle maatregelen door [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] hadden moeten worden genomen - aldus de Gemeente -, maar niet zijn genomen, terwijl dit

[gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ernstig kan worden verweten, is onvoldoende door de Gemeente verfeitelijk. Hierbij moet worden meegewogen dat de onderhavige wijze waarop de subsidie door de EU werd gestort en op welke rekening die subsidie werd gestort,

al tussen partijen is overeengekomen in juni 2007 en/of 18 maart 2009. De Gemeente heeft

onvoldoende duidelijk met concrete feiten onderbouwd wanneer [naam bv 2] had moeten melden dat de subsidiestortingen op haar rekening riskant waren en dat die melding bovendien tot het resultaat had geleid dat de subsidie vervolgens op zodanige wijze zou zijn gestort dat zij buiten het vermogen van [naam bv 2] zou zijn gevallen. Zo dit alles al mogelijk was en dus ten onrechte is nagelaten, valt niet in te zien dat hiervan de bestuurders een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Er was immers sprake van een going concern wat [naam bv 2] betreft, waarbij de Gemeente in dit geschil ook nog eens het standpunt inneemt dat ING ten onrechte het rekening-courantkrediet heeft opgezegd. Uit dat standpunt van de Gemeente vloeit voort dat de Gemeente [naam bv 2] nog wel levensvatbaar vond.

Daarmee kan het in 4.4.1 genoemde verwijt niet leiden tot toewijzing van de vordering.

4.5.1 De Gemeente stelt dat zij ten tijde van de storting al recht had op € 2.196.103,47 en dat dit bedrag dus contractueel binnen 30 dagen nadat [naam bv 2] de storting op 14 augustus 2012 had ontvangen, door [naam bv 2] naar de Gemeente had moeten worden overgemaakt. [naam bv 2] had in elk geval de Gemeente moeten medelen dat de storting was gedaan. Dit verwijt faalt alleen al gelet op het in rov. 4.2.1 gegeven oordeel dat de rechtbank niet kan vaststellen welke werkzaamheden de Gemeente precies heeft verricht waardoor zij aanspraak kon maken op enige betaling. Indien de rechtbank uitgaat van de juistheid van de stelling van de Gemeente dat de Gemeente een opeisbare vordering had, hetgeen dus rechtens onjuist is alleen al omdat gelet op de voldoende onderbouwde betwisting van die stelling door [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] daarvan niet kan worden uitgegaan, heeft het volgende te gelden.

4.5.2 Een opeisbare vordering – voor zover hiervan in dit geschil sprake zou zijn – moet worden betaald. Voordat een bestuurder kan worden aangesproken uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid dat een betaling niet tijdig is verricht, moet hem als persoon een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt dat die betaling niet is verricht. Het enkele schenden van een contractuele betalingstermijn kan niet worden gekwalificeerd als zo'n ernstig verwijt. Daarvoor wordt een afgesproken betalingstermijn te vaak niet nagekomen door menig debiteur. Er dienen dus bijkomende omstandigheden te worden aangevoerd die maken dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt dat een opeisbare betaling door een vennootschap waarvan hij bestuurder was, niet is gedaan. Hierbij valt te denken aan het geven van een opdracht door [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en/of [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] dat de Gemeente niet mag worden betaald, of een expliciete opdracht dat slechts één bepaalde crediteur wel mag worden betaald. Dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] dergelijke opdrachten hebben gegeven heeft de Gemeente niet voldoende onderbouwd aangevoerd. Zij heeft immers niet onderbouwd gesteld dat zij voldoende indringend aan [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] heeft gevraagd of er al subsidies door de EU waren betaald, of aan anderen bij het project betrokken partners wel betalingen zijn verricht. Evenmin is onderbouwd gesteld dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2], gevraagd naar die subsidies, hebben gelogen bij hun beantwoording van die vraag en evenmin is voldoende onderbouwd gesteld dat zij personeel van [naam bv 2] hebben geïnstrueerd om een onjuist antwoord te geven als de Gemeente hierover vragen zou stellen. Ook hier heeft te gelden dat bij de bepaling van de mate van verwijtbaarheid alle omstandigheden moeten worden meegewogen, dus ook de omstandigheid dat de Gemeente kennelijk bij alle bijeenkomsten waar ook [naam bv 2] bijzat, tussen dag van storting (14 augustus 2012) en dag van faillissement van [naam bv 2] (27 augustus 2013), nooit duidelijk tekst en uitleg omtrent eventuele subsidiestortingen door de EU heeft gevraagd bij coördinator [naam bv 2]. In het kader van het feit dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt moet kunnen worden willen de vorderingen van de Gemeente kunnen slagen, is verder van belang dat de onder 2.1 sub c en e genoemde contracten namens [naam bv 2] zijn ondertekend door [naam 2] (in het als productie 1 overgelegde uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel vermeld als gevolmachtigde en procuratiehouder/adviseur van [naam bv 2]), dat [naam 2] de EU informeert dat [naam bv 2] de storting heeft ontvangen<sup>6</sup>, dat kennelijk namens [naam bv 2] [naam 2] was belast met de feitelijke uitvoering van het project en aanzat bij de door de Gemeente in nr. 24 dagvaarding genoemde besprekingen, en dat [naam 2] bij al die besprekingen waarbij hij aanzat, heeft gezwegen over de storting. Dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] een kwalijke rol hebben gespeeld bij deze leentes in de informatievoorziening door [naam 2], is, voor zover al gesteld, niet voldoende feitelijk onderbouwd. Wat dit betreft is de stelling van de Gemeente dat het haar voorkomt dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] het eigen personeel het zwijgen heeft opgelegd<sup>7</sup>, zo al niet kwalijk te noemen, in elk geval uit de lucht gegrepen.

4.6 De Gemeente verwijt [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] verder dat zij de storting hebben gebruikt om de liquiditeitsproblemen van [naam bv 2] op te lossen.

Dit verwijt vindt geen steun in de PPT-presentatie (productie 24 dagvaarding). Daarin is volgens de regels van de (boekhoud)kunst duidelijk zichtbaar dat er een subsidiestorting is en is van die storting melding gemaakt. Vanzelfsprekend heeft die storting op dat moment gevolgen voor de liquiditeitspositie van [naam bv 2], maar dat is het gevolg van de tussen alle partijen bij deze overeenkomst overeengekomen wijze van afhandeling van de subsidievoorschotting. Dat de storting door [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] is gebruikt om op onrechtmatige wijze de financiële situatie van [naam bv 2] op te poetsen, blijkt nergens uit, alleen al niet omdat de storting volledig zichtbaar is vermeld. In dit kader moet worden meegewogen dat de subsidie gestort is op de rekening-courantrekening van [naam bv 2], die ook na die storting nog steeds een voor [naam bv 2] negatief saldo had. Het ontgaat de rechtbank dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ter zake een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

4.7 De Gemeente voert verder aan dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] ernstig verwijtbaar hebben gehandeld omdat in 2012 en in de eerste helft van 2013 als voorschot op dividenduitkeringen € 1.150.000,- is uitgekeerd door [naam bv 2].

Wat dit verwijt betreft dient allereerst te worden opgemerkt dat de Gemeente niet concreet heeft gewezen op door de Algemene Vergadering genomen besluiten om dividenden uit te keren. Deze besluiten zijn genomen door de aandeelhouders in [naam bv 2], die zich volgens vaste rechtspraak bij de uitoefening van hun stemrecht (kort samengevat) in hoge mate mogen laten leiden door hun eigen belang. Vanaf het moment waarop het dividendbesluit is genomen, bestaat het recht op uitkering van het dividend aan de aandeelhouders maar heeft het geen gevolg totdat het bestuur goedkeuring heeft verleend. Het bestuur weigert slechts haar goedkeuring indien het weet of redelijkerwijs behoort te vermoeden, dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Uit het verslag van de curator blijkt niet dat een faillissement op het moment van dividenduitkering te voorzien was of dat de uitkering van het dividend de reden was dat [naam bv 2] niet kon doorgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De curator heeft ook geen vordering terzake ingesteld tegen [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2], noch heeft de curator de aandeelhouders aangesproken om de ontvangen gelden terug te betalen. Aldus kan niet worden vastgesteld dat door [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] uitkeringsbesluiten zijn genomen die zo onverstandig waren dat hen daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Daarnaast is niet voldoende concreet gebleken dat er op grond van de boekhoudkundige vermeldingen van deze uitkeringen daadwerkelijk gelden zijn onttrokken aan het vermogen van [naam bv 2] en/of [naam bv 3]. Het voor de Gemeente verhaalbare vermogen is immers niet verminderd door deze in de



boekhouding vermelde dividenduitkeringen omdat met de betreffende gelden schulden van [naam bv 3] en/of [naam bv 2] aan de preferente schuldeiser ING werden afbetaald. De Gemeente is dus niet getroffen in enig financieel belang van haar door deze dividendbetalingen. Hetgeen verder is aangevoerd omtrent art. 2:216 BW kan onbesproken worden gelaten.

- 4.8 Op bewijsaanbiedingen van de Gemeente hoeft niet te worden ingegaan. Het betreft of aanbiedingen van onvoldoende onderbouwde feiten of van feiten die, indien zij vast zouden komen te staan, niet maken dat bovenstaande oordelen anders luiden.
- 4.9 De slotsom is dat de vorderingen die de Gemeente heeft ingesteld tegen [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] moeten worden afgewezen.

tegen ING.

- 4.10 Voor zover de Gemeente zich rechtsvorderlijk incorrect heeft gedragen, is dit niet zodanig dat daaraan enige procesrechtelijke sanctie moet worden verbonden. Hetgeen ING in haar antwoord onder 1.2 en 1.3 heeft aangevoerd, kan verder onbesproken blijven.

- 4.11.1 Volgens de Gemeente heeft ING niet voldaan aan de zorgplicht die zij had jegens de Gemeente.

Uitgangspunt bij de beoordeling van een dergelijk verwijt is dat de maatschappelijke functie van een bank een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Die maatschappelijke functie hangt ermee samen dat banken een centrale rol spelen in het betalings- en effectenverkeer en de dienstverlening terzake, op die gebieden bij uitstek deskundig zijn en terzake beschikken over informatie die anderen missen. Die functie rechtvaardigt dat de zorgplicht van de bank mede strekt ter bescherming tegen lichtvaardigheid en gebrek aan kunde en niet is beperkt tot zorg jegens personen die als klant in een contractuele relatie tot de bank staan. (HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399). Deze zorgplicht strekt zich niet zover uit, dat de bank alle belangen van derden zondermeer moet laten prevaleren boven haar eigen belangen, zoals de Gemeente in haar processtukken suggereert. Evenmin brengt deze zorgplicht met zich mee, dat de bank zondermeer gerechtigd of gehouden zou zijn haar derden als de Gemeente informatie te verstrekken over haar klanten als [naam bv 2] of zelf spontaan derden als de Gemeente te informeren, zoals de Gemeente eveneens lijkt te stellen.

- 4.11.2 De zorgplicht van een bank wordt nader ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval. In dit geval is van belang dat aan de basis van deze zaak ligt het project "Remining Lowex", een kennelijk commercieel miljoenenproject waarbij in elk geval een niet bij dat project betrokken bank als ING mag menen dat alle directe partijen/deelnemers aan zo'n project, zoals de Gemeente, verstand van zaken hebben, hun zaken weten te regelen, zich goed en volledig, ook tussentijds, laten informeren en zich niet door elkaar met kluitjes in het riet laten sturen. In concreto heeft ING er dus van uit mogen gaan dat de Gemeente vanuit haar hoedanigheid van contractspartner in een project als het onderhavige niet lichtvaardig heeft beslist om mee te doen, de risico's terdege heeft afgewogen en ter zake kundig is. ING heeft mogen menen dat de Gemeente zich niet met kluitjes in het riet zou laten sturen en voldoende periodiek besprekingen zou voeren waarin indringend vragen worden gesteld over geldverkeer en de financiële situatie en antwoorden daarop niet voor zoete koek zou slikken. Anders gezegd: waar de Gemeente zelf kennelijk van mening is dat zij een groot vertrouwen mocht hebben in [naam bv 2] (zie nr. 30 repliek), valt niet in te zien dat de zorgplicht van de ING juist moet worden ingevuld vanuit de gedachte dat ING geen vertrouwen mocht hebben in [naam bv 2]. Voor zover de Gemeente dat laatste wel ten grondslag heeft willen leggen aan haar vordering, deugt die grondslag niet.

- 4.11.3 Bij de verdere concrete invulling van de zorgplicht is van belang dat ING in het kader van het project geen ingewikkelde producten aan de deelnemers van het project heeft verkocht. ING was in het kader van het project niet meer dan een gewone bankier voor [naam bv 2]. De MBO doet, zoals hiervoor in rov. 4.1 al is geoordeeld, in dit kader niet terzake. Voor zover ING al op de hoogte was van de overeenkomsten van juni 2007 en 18 maart 2009, is niet gebleken dat ING de inhoud daarvan tot in detail kende. Zo ING al had moeten waarschuwen – hetgeen de rechtbank bij deze feiten en omstandigheden ten aanzien van derden niet inziet -, valt niet in te zien dat zij wist wie te waarschuwen, anders dan [naam bv 2]. Dat heeft ING voldoende indringend gedaan, zoals ook de Gemeente zelf in bijvoorbeeld nr. 127 dagvaarding lijkt te vinden. Het verwijt van de Gemeente dat ING wist dat [naam bv 2] gelden van derden gebruikte als eigen geld, miskent dat de subsidiegelden zijn gestort op een rekening-courant. Bij zo'n storting heeft te gelden dat die gelden niet meer individualiseerbaar zijn. Kort gezegd: voor zover al kan worden gezegd girale gelden zijn geoommerkt, verdwijnt dat oormerk volledig na zo'n storting. Als ING al de overeenkomsten ten volle zou kennen, hetgeen gesteld noch gebleken is, dan is het (rechts-)gevolg van de wijze waarop partijen de financiële afwikkeling van de subsidiebevoorschotting hebben vorm gegeven niet aan ING te wijten. ING had hier immers part noch deel aan.

Zo de storting al is "uitgegeven", valt in het kader van zorgverplichting niet in te zien wat ING na het uitgeven van dat geld had kunnen doen zodat de Gemeente alsnog had kunnen ontvangen wat zij volgens haar moest ontvangen. Deze zaak wijkt verder op zulke belangrijke feitelijke punten af van de feiten in de "beleggersarresten"<sup>8</sup> dat verdere vergelijking met die arresten mank gaat. Gewezen wordt hierbij op het feit dat van ING niet mag worden verwacht te veronderstellen, laat staan te weten dat de Gemeente moet worden beschermd tegen lichtvaardigheid en gebrek aan kunde. Er was hier geen sprake van enig risicovol bancaire product als beleggen of van ander voor de ING kenbaar risicovol omgaan met gelden.

- 4.12 De subsidie is gestort op de rekening-courant van [naam bv 2] bij ING. Die rekening courant stond zodanig zwaar rood, dat aan die roodstand zelfs door de storting geen eind is gemaakt. De regels van het geldverkeer zijn in zo'n geval zo dat die subsidiestorting vanaf de storting geen 'eigen' karakter meer heeft. Van enige toe-eigening van deze gelden is geen sprake. Kwalificaties als "inipikken", zoals de Gemeente met kennelijke instemming derden citeert<sup>9</sup>, berusten niet op enige rechtsregel.

- 4.13 Onrechtmatig geprofitteerd van de door [naam bv 2] vermeend gepleegde wanprestatie heeft ING niet. ING was, gelet op de omvangrijke debetstand van [naam bv 2], ook een crediteur van [naam bv 2], net zoals de Gemeente naar eigen zeggen crediteur was. De speciale status die de Gemeente geeft aan "geoommerkte" Europese subsidiegelden bestaat in de relatie Gemeente – ING rechtens niet. De storting betrof gewoon een girale storting op een rekening-courant met een roodstand hoger dan het bedrag van de storting. De saldering die vervolgens plaatsvond, berust op de betreffende regels van het geldverkeer.

- 4.14.1 De Gemeente is tenslotte van mening dat ING ten onrechte de kredietlimiet heeft teruggeschoefd en vervolgens heeft bevroren.

De rechtbank verwijst bij de beoordeling van dit verwijt allereerst naar hetgeen in rov. 4.1 is geoordeeld. De aandelentransactie inclusief de financiële gevolgen kan niet ten faveure van enige stelling van de Gemeente worden meegewogen. De verplichtingen daaruit moeten worden gezien als gegeven en mogen zoveel jaar na dato niet door de Gemeente worden gebruikt ter onderbouwing van haar stelling dat ING enig verwijt kan worden gemaakt.

- 4.14.2 De Gemeente staat in het kader van dit geding niet in enige contractuele relatie tot ING. Van wanprestatie kan dus geen sprake zijn.

Zo de Gemeente als een niet-contactuele relatie van ING al met succes een verwijt als het onderhavige kan maken (zie ook de norm in een ander feitelijk, maar lichtjes vergelijkbaar geval zoals vermeld in HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:61), moet dit verwijt in elk geval worden onderbouwd met een cijfermatige berekening waaruit met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat als het kredietlimiet niet zou zijn

teruggeschroefd en bevroren, de Gemeente geen of minder schade zou hebben geleden. Het verwijt impliceert immers dat als ING het kredietlimiet niet had teruggeschroefd en niet had bevroren, de Gemeente de geldsom waarop zij naar eigen zeggen recht had, geheel of gedeeltelijk had ontvangen. Een dergelijke berekening ontbreekt, zodat alleen al daarom dit verwijt geen doel treft.

- 4.14.3 Overigens mist het verwijt dat de Gemeente hier ING maakt, ook feitelijke grondslag gelet op hetgeen de curator in zijn faillissementsverslag<sup>10</sup> heeft vermeld. De directe oorzaak van het faillissement van [naam bv 2] is volgens de curator dat de directie zelf dit faillissement heeft aangevraagd nadat ING het krediet had bevroren. De curator noemt verder een drietal onderliggende oorzaken voor het faillissement. Hij noemt als eerste de hoge liquiditeitsdruk veroorzaakt door de MBO. De tweede oorzaak is de zich vanaf 2009 in Nederland manifesterende economische crisis. Het was vooral crisis in de bouw, terwijl [naam bv 2] grotendeels bouwgerelateerde opdrachten kreeg. De vraaguitval betekende voor [naam bv 2] dalende omzetten en winsten. De derde oorzaak is, aldus de curator, het feit dat er ruzies waren tussen de aandeelhouders en directie en ook tussen directeuren onderling; het bestuur vormde geen eenheid. Concreter schrijft de curator dat [naam bv 2] ondanks de recessie tot en met 2011 net genoeg winst/dividend genereerde om aan de verplichtingen jegens ING te voldoen. De omzet van [naam bv 2] daalde beperkt, maar de directie slaagde erin de kosten synchroon te laten dalen. Buffers konden niet meer worden opgebouwd. De financiële cijfers over 2013 waren slecht (pag 9 verslag). In maart 2013, nadat was gebleken dat de cijfers over januari 2013 wederom krimp lieten zien, was de conclusie onontkoombaar dat [naam bv 2] te groot was en dat er moest worden gereorganiseerd. Er moest meer kapitaal komen, maar het aantrekken daarvan lukte niet. ING wachtte af, maar de aandeelhouders werden het niet eens over wie welke bedrag zou inbrengen. Aan de hand van dit verslag kan niet worden geconcludeerd dat ING ten opzichte van een derde als de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de kredietlimiet van [naam bv 2] terug te schroeven en vervolgens te bevriezen. Dat vervolgens bij de afwikkeling van het faillissement van [naam bv 2] is gebleken dat alle vorderingen van ING op [naam bv 2] konden worden voldaan, maakt dit niet anders. Het recht kent immers niet de regel dat een bank een kredietlimiet pas zou mogen terugschroeven en/of bevriezen als duidelijk is dat die bank niet meer al haar vorderingen op haar debiteur kan innen.

- 4.15 De andere grondslagen waarop de Gemeente haar vordering tegen ING heeft gebaseerd, kunnen evenmin tot toewijzing van die vordering leiden, omdat ook die grondslagen falen op grond van de hiervoor gegeven beoordelingen. Dit betekent dat ook de vordering van de Gemeente tegen ING moet worden afgewezen.

De proceskosten in conventie

- 4.16 De Gemeente heeft te gelden als de in het ongelijk gestelde partij en zal daarom worden veroordeeld in de proceskosten. Die worden aan de zijde van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] begroot op € 1.565,- aan griffierecht en € 19.280,- (5 pnt. tarief VIII) voor salaris advocaat, in totaal € 20.845,-. Aan de zijde van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] worden die kosten eveneens op € 20.845,- begroot. Aan de zijde van de ING worden die kosten begroot op € 3.964,- aan griffierecht en € 19.280,- (5 punt tarief VIII) voor salaris advocaat, dus in totaal € 23.244,-. Aan de zeer hoge maatstaf voor een veroordeling in de werkelijke proceskosten, is niet voldaan, zodat de betreffende vordering van de ING zal worden afgewezen.

#### in reconventie

- 4.17 Beide vorderingen tot opheffing van de beslagen laten zich gemeenschappelijk beoordelen. De vorderingen moeten ook worden beoordeeld omdat bij incidenteel vonnis van 25 juli 2018 de vorderingen tot opheffing van de beslagen zijn afgewezen. Bij de beoordeling van beide vorderingen heeft als uitgangspunt te gelden, gelet op de hiervoor gegeven oordelen, dat de Gemeente geen vordering heeft op [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2]. Dit betekent nog niet dat de vorderingen tot opheffing moeten worden toegewezen. De oordelen van de rechtbank zijn immers nog niet onherroepelijk, zodat nog een belangenafweging moet worden gemaakt (zie rov. 5.2 van het net genoemde incidenteel vonnis). In het kader van die belangenafweging heeft aan de zijde van de Gemeente te gelden dat ook al is de gevorderde som hoog, haar voortbestaan als Gemeente niet in gevaar komt als zij de gevorderde som niet krijgt. Meegevoegd wordt verder dat de Gemeente geen deugdelijke verklaring heeft gegeven waarom zij pas zoveel jaren na 2013 de onderhavige procedure met beslaglegging omstreeks januari 2018 is aangevangen zonder dat enige bespreking met [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] heeft plaatsgevonden. De rechtbank acht het hierbij niet op voorhand aannemelijk dat elke vorm van bespreking een serieus te nemen risico met zich bracht dat [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] hun vermogen zouden verplaatsen zodat het onvindbaar zou worden voor de Gemeente. Evenmin kan worden gesteld dat de Gemeente die toch tussen de datum van faillietverklaring van [naam bv 2] bij vonnis van 27 augustus 2013 en de beslagverzoeken van omstreeks januari 2018 veel tijd heeft gehad, na die beslaglegging voortvarend de bodemprocedure is begonnen met een perfecte en volledige dagvaarding. De rechtbank had op de comparitie zoveel vragen dat repliek noodzakelijk was en vervolgens vond de Gemeente dat de zaak kennelijk nog steeds niet voldoende was belicht en vroeg zij pleidooi. Kortom: de eerste aanlegprocedure heeft lang geduurd, en die duur moet in elk geval voor een deel aan de Gemeente worden toegerekend.

Anderzijds is duidelijk dat het economisch bestaan van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] door de beslagen inmiddels al ruim twee jaar volledig is lamgelegd, omdat de Gemeente op ongeveer alle mogelijke bekende vermogensbestanddelen beslag heeft gelegd. Bij afweging van al deze belangen, weegt het belang van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] op opheffing van de beslagen zodanig veel zwaarder dan het belang van de Gemeente op handhaving daarvan, dat de gevorderde opheffing zal worden toegewezen zoals hierna in het dictum is vermeld. Omdat de rechtbank zoals door [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] is gevorderd, de beslagen zal opheffen, bestaat geen belang op een dwangsomveroordeling. Die wordt dus afgewezen.

- 4.18 Nu de vorderingen op grond waarvan de Gemeente beslag heeft gelegd onder [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] niet blijken te bestaan, is het beslag onrechtmatig gelegd. De betreffende verklaring voor recht en verwijzing naar de schadestaat procedure zoals door [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] is gevorderd, zal daarom worden toegewezen.

- 4.19 De Gemeente heeft als in het ongelijk gesteld, de kosten van de reconventie te dragen. Die worden vastgesteld op een half punt voor salaris advocaat, tarief VIII, dus € 1.928,- voor [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] en [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] elk. Voor zover [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] heeft gevorderd om de Gemeente in de daadwerkelijk door hem gemaakte kosten van de procedure te veroordelen, is niet voldaan aan de daarvoor geldende zware maatstaf. Dat wordt dus afgewezen.

#### 5 De beslissing

De rechtbank:

#### in conventie

- 5.1 wijst het door de Gemeente gevorderde af;

- 5.2 veroordeelt de Gemeente in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] begroot op € 20.845,- en in de nakosten tot een bedrag van € 131,- indien de Gemeente aangeschreven dient te worden tot betaling van hetgeen waartoe zij bij dit vonnis is veroordeeld maar er geen betekening van dit vonnis plaats vindt, dan wel tot een bedrag van € 199,- indien er wel betekening van dit vonnis plaats vindt;
- 5.3 veroordeelt de Gemeente in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] begroot op € 20.845,- alsmede in de nakosten tot een bedrag van € 131,- indien de Gemeente aangeschreven dient te worden tot betaling van hetgeen waartoe zij bij dit vonnis is veroordeeld maar er geen betekening van dit vonnis plaats vindt, dan wel tot een bedrag van € 199,- indien er wel betekening van dit vonnis plaats vindt;
- 5.4 veroordeelt de Gemeente in de proceskosten en aan de zijde van ING begroot op € 23.244,-, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de achtste dag nadat dit vonnis is uitgesproken tot aan de dag van algehele voldoening, te vermeerderen met nakosten ad € 131,-, dan wel, indien betekening van dit vonnis plaatsvindt, ad € 199,-, dit allemaal te vermeerderen met de wettelijke rente indien niet binnen 8 dagen na betekening van het vonnis daaraan wordt voldaan;
- 5.5 verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

#### **in reconventie**

ten aanzien van de vordering van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] :

- 5.6 heft op met onmiddellijke ingang de door de Gemeente ten laste van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] gelegde conservatoire beslagen;
- 5.7 verklaart voor recht dat de door de Gemeente gelegde conservatoire beslagen onrechtmatig zijn en dat de Gemeente voor de schade die [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] daardoor lijdt en nog zal lijden aansprakelijk is;
- 5.8 veroordeelt de Gemeente tot vergoeding van de schade veroorzaakt door de onder 5.7 vastgestelde onrechtmatige daad, nader op te maken bij staat en te vereffenen als volgens de wet;
- 5.9 veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding, aan de zijde van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] begroot op € 1.928,- en tevens in de nakosten tot € 131,- indien de Gemeente aangeschreven dient te worden tot betaling van hetgeen waartoe zij in dit vonnis is veroordeeld maar er geen betekening van de uitspraak plaats vindt, dan wel € 199,- indien er wel betekening van dit vonnis plaats vindt;
- 5.10 verklaart hetgeen in rov. 5.6, 5.8 en 5.9 is vermeld, uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.11 wijst af het meer of anders gevorderde;
- ten aanzien van de vordering van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] :
- 5.12 heft op met onmiddellijke ingang de door de Gemeente ten laste van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] gelegde conservatoire beslagen;
- 5.13 veroordeelt de Gemeente in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 2] begroot op € 1.928, alsmede in de nakosten van € 131,- indien de Gemeente aangeschreven dient te worden tot betaling van hetgeen waartoe zij bij dit vonnis is veroordeeld maar er geen betekening van de uitspraak plaats vindt, dan wel € 199,- indien er wel betekening van dit vonnis plaats vindt;
- 5.14 verklaart hetgeen in rov. 5.12 en 5.13 is vermeld, uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.15 wijst af het meer of anders gevorderde.

Deze beslissing is gewezen door mrs. J.R. Sijmonsma, K.J.H. Hoofs en C.S. van den Pauwert, rechters, en in het openbaar uitgesproken op 11 maart 2020.

#### **VOETNOTEN**

---

1

Pag 1-2 productie 2 dagvaarding en nr. 92 antwoord [gedaagde in conventie, eiser in reconventie sub 1] .

2

Productie 1 dagvaarding

3

Productie 6 dagvaarding De datum is vermeld op pag. 4/50.

4

Pag 8 dagvaarding

5

Pag. 2 van dat proces-verbaal vermeldt “Het is de rechtbank onvoldoende duidelijk waarom de Gemeente zich op het standpunt stelt waarom zij vóór faillissement een vordering had en waarom deze opeisbaar is.”.

6

Productie 12 dagvaarding

7

Nr. 83 dagvaarding

8

HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285, HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 en HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399.

9

Nr. 130 dagvaarding

10

Productie 2 dagvaarding

Copyright 2021 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.