

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 26, 2012

Nummer 26, 2012

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2012:BX5881](#) 23-11-2012

X/A BV

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2012:BW7006](#) 28-09-2012

Global Hail Group

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4021](#) 20-11-2012

CS Adviesgroep c.s./X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3630](#) 20-11-2012

X /de leden van X

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX7085](#) 06-09-2012

Turboliquidatie

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY3661](#) 21-11-2012

St. Investor Claims Against Fortis/Ageas c.s.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3569](#) 14-11-2012

Curator Divisie Projects BV

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBALM:2012:BY3812](#) 24-10-2012

Yvomar/Rimplex

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBZLY:2012:BY3414](#) 26-09-2012

Werknemers S en T/Noordhuis Emmen

RECHTSPRAAK

X/A BV

Onrechtmatige daad. Persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder anders dan voor tekortkoming of onrechtmatig handelen vennootschap door onbehoorlijke taakvervulling. Maatstaf. Niet vereist dat bestuurder ernstig verwijt kan worden gemaakt, ook niet indien onrechtmatige gedragingen bestuurder moeten worden toegerekend aan vennootschap

In dit geding staat de hoofdelijke veroordeling van X en A B.V. (hierna: de Vennootschap) tot betaling van schadevergoeding centraal. Y c.s. hebben aan deze vordering onder meer ten grondslag gelegd dat X en de Vennootschap onrechtmatig jegens hen hebben gehandeld door hen niet op de hoogte te stellen van het feit dat de door Y c.s. gekochte villa's illegaal gebouwd waren en dat er een risico bestond op sloop. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en X en de Vennootschap hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 200.000 aan Y c.s.

X is tegen het arrest van het hof in cassatie gekomen. Volgens X heeft het hof miskend dat indien onrechtmatige gedragingen van een bestuurder van een vennootschap in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als onrechtmatige gedragingen van die vennootschap (zodat die vennootschap deswege aansprakelijk is op grond van art. 6:162 BW), de desbetreffende bestuurder slechts naast de vennootschap aansprakelijk kan zijn indien hem (persoonlijk), mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Althans heeft het hof volgens X miskend dat aan een bestuurder geen voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt als hij niet heeft toegelaten of bewerkstelligd dat de vordering van de benadeelde op de vennootschap onbetaald of onverhaalbaar is gebleven. Voorts heeft het hof volgens X miskend dat slechts sprake kan zijn van een voldoende ernstig verwijt dat tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder leidt indien het niet een verwijt betreft ter zake van een gedraging die in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als een onrechtmatige daad van de vennootschap.

X beroept zich ter ondersteuning van voormelde klachten op de in de rechtspraak van de Hoge Raad - in het bijzonder wordt vermeld HR 8 december 2006, LJN AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen) - ontwikkelde criteria voor de aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen jegens derden. De bedoelde rechtspraak en genoemd arrest zien op een eventuele aansprakelijkheid van de bestuurder in een situatie waarin een schuldeiser van de vennootschap wordt benadeeld door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering op de vennootschap, ingeval de bestuurder (i) namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In deze gevallen is voor aansprakelijkheid van de bestuurder vereist dat hem (persoonlijk) een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Eenzelfde maatstaf is op zijn plaats bij beantwoording van de vraag of een bestuurder aansprakelijk is voor onrechtmatig handelen van de vennootschap. Ook daarvoor kan de bestuurder slechts (naast de vennootschap) persoonlijk aansprakelijk gehouden worden indien hem ter zake van het onrechtmatig handelen van de vennootschap persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt op de grond dat hij dat handelen in verband met de kenbare belangen van de benadeelde had behoren te voorkomen.

Volgens A-G Timmerman heeft het hof de hoedanigheid van bestuurder niet als uitgangspunt genomen voor de aansprakelijkheid, maar geoordeeld dat de persoon een rechtstreekse onrechtmatige daad heeft gepleegd. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen rechtstreeks daderschap en secundair daderschap (zie de conclusie van de A-G). De Hoge Raad overweegt (conform de conclusie van A-G Timmerman) dat in het onderhavige geval X niet aansprakelijk is gehouden voor een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de Vennootschap. Het hof heeft X immers aansprakelijk geoordeeld op de grond dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Y c.s., en niet op de grond dat hem als bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de Vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Y c.s. Voor een dergelijke aansprakelijkheid van een bestuurder - die niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder betreft, maar berust op een daarvan los staande zorgvuldigheidsnorm - gelden de gewone regels van onrechtmatige daad. In het bijzonder is dan niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt. Dat geldt ook in een geval als het onderhavige, waarin de onrechtmatige gedragingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer (tevens) als gedragingen van de vennootschap kunnen worden aangemerkt, zodat ook de vennootschap uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden kan worden. Op het voorgaande stuiten de rechtsklachten af en verwerpt de Hoge Raad het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 23-11-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BX5881

Zaaknummer: 11/03296

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

St. Investor Claims Against Fortis/Ageas c.s.

Fortis-zaak. Rechtbank bevoegd op grond van artikel 6 sub 1 EEX-Vo vanwege nauwe band tussen vorderingen. Afwijzing incident tot aanhouding ex artikel 28 EEX-Vo i.v.m. artikel 6 EVRM

In de onderhavige zaak wordt uitspraak gedaan over een incident tot onbevoegdverklaring en een incident tot aanhouding van de zaak. De zaak speelt tussen de Stichting Investor Claims Against Fortis en Ageas NV (voorheen Fortis NV), Ageas SA/NV, Merrill Lynch International P.U.C. en Fortis Bank SA/NV (handelend onder de naam BNP Paribas Fortis). Ageas NV is in Nederland gevestigd, Merrill Lynch in het Verenigd Koninkrijk en Ageas SA/NV en Fortis Bank SA/NV in België. Fortis Bank vordert dat de rechtbank zich onbevoegd verklaart. Volgens Fortis Bank heeft de Nederlandse rechter geen rechtsmacht om kennis te nemen van de tegen haar ingestelde vorderingen, aangezien zij in België gevestigd is. De Stichting heeft aangevoerd dat de bevoegdheid van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van het geschil tegen Fortis Bank berust op artikel 6 sub 1 van de EEX-Vo. Ageas NV en Ageas SA vorderen in dit incident dat de rechtbank de zaak ex artikel 28 EEX-Vo aanhoudt totdat het Belgische Tribunal de Commerce de Bruxelles in een eerder door Deminor aangehangig gemaakte zaak uitspraak heeft gedaan. Volgens de Stichting vertonen de verordeningen van de Deminor-zaak geen samenhang met de vorderingen uit onderhavige zaak. Daarnaast zijn er volgens haar goede redenen voor de rechtbank om geen gebruik te maken van haar discretionaire bevoegdheid tot aanhouding.

De rechtbank overweegt met betrekking tot het incident tot onbevoegdverklaring als volgt. Op grond van artikel 6 sub 1 EEX-Vo kan een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat - indien er meer dan één verweerder is - ook worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van één van hen, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven. Met verwijzing naar het Hof van Justitie 1 december 2011, C-145/10 (Painer) stelt de rechtbank vast dat beoordeeld dient te worden of er tussen de verschillende bij haar ingediende vorderingen een verband bestaat, dat wil zeggen of

er gevaar bestaat voor onverenigbare beslissingen bij afzonderlijke beslechting van de vorderingen. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn beslissingen niet reeds onverenigbaar op grond van het feit dat er een divergentie plaatsvindt in de beslechting van het geschil. Vereist is dat de divergentie zich voordoet in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens (Painer r.o. 79). De rechtbank oordeelt dat - gelet op de duale structuur van de toenmalige Fortis Groep - het handelen van Ageas NV en Ageas SA niet los van elkaar gezien kan worden. Ditzelfde moet ook gelden voor het handelen van Ageas NV en Fortis Bank, die deel uitmaakte van de Fortis Groep en middellijk moedermaatschappij was van zowel de Nederlandse als de Belgische bankentak van de groep. In het kader van dit incident kan vooralsnog niet worden aangenomen dat de verantwoordelijkheid van Fortis Bank - zoals zij stelt - beperkt was tot België, zodat ook het aan haar verweten handelen en nalaten niet geacht kan worden beperkt te zijn tot België. De rechtbank stelt voorop dat volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie het identiek zijn van de rechtsgrondslagen van de ingediende vorderingen geen onmisbare voorwaarde is voor de toepassing van artikel 6 sub 1 EEX-Vo. Indien voor de verweerders voorzienbaar was dat zij konden worden opgeroepen in de lidstaat waar ten minste één van hen zijn woonplaats had, staat een verschillende rechtsgrondslag niet aan de toepassing van deze bepaling in de weg (Painer r.o. 80 en 81). De rechtbank constateert dat de rechtsgrondslagen in het onderhavige geval in hoofdzaak identiek zijn. Indien wel een verschil in rechtsgrondslagen zou moeten worden aangenomen, geldt dat het voor Ageas NV en Fortis Bank voorzienbaar was dat zij voor de Nederlandse rechter zouden worden opgeroepen. De rechtbank oordeelt dat er een nauwe band is tussen de vorderingen die zijn ingesteld tegen Ageas NV en Fortis Bank. Onbevoegdverklaring ten aanzien van Fortis Bank zou betekenen dat deze gedaagde door de Stichting zou moeten worden gedagvaard voor de Belgische rechter, hetgeen een parallelle procedure tot gevolg heeft die artikel 6 sub 1 EEX-Vo juist beoogt te voorkomen. Bij onbevoegdverklaring van deze rechtbank is er een gevaar aanwezig voor onverenigbare beslissingen. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat deze rechtbank op grond van artikel 6 sub 1 EEX-Vo bevoegd is om kennis te nemen van de tegen Fortis Bank ingestelde vorderingen.

Vervolgens overweegt de rechtbank met betrekking tot het incident tot aanhouding ex artikel 28 EEX-Verordening als volgt. Naar het oordeel van de rechtbank kan in het midden blijven of de vorderingen van de onderhavige zaak en de vorderingen die zijn ingesteld in de Deminor-zaak samenhangend zijn in de zin van artikel 28 EEX-Vo. Immers, ook indien dat het geval is, ziet de rechtbank geen aanleiding om haar uitspraak aan te houden. De behandeling van de zaak voor het Tribunal ligt stil en onzeker is of deze behandeling wordt voortgezet. Ook indien wel voortzetting plaatsvindt, is zeer onzeker op welke termijn dat zal gebeuren. Eerst moet het strafrechtelijk onderzoek nog worden afgerond. Ageas NV en Ageas SA hebben zich niet uitgelaten over de vraag binnen welke termijn dat kan worden verwacht. Indien tot

strafvervolgning wordt overgegaan, kan de Belgische strafrechter ook een oordeel geven over de civiele vordering van Deminor, maar over de termijn waarbinnen een dergelijke uitspraak zou kunnen plaatsvinden, hebben Ageas NV en Ageas SA evenmin iets naar voren gebracht. Naar het oordeel van de rechtbank is een aanhouding van de zaak onder deze omstandigheden, mede gelet op het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op behandeling binnen een redelijke termijn, niet gerechtvaardigd. Het verzoek om aanhouding van de zaak wordt afgewezen. De rechtbank stelt tussentijds hoger beroep open voor het bevoegdheidsincident en het incident ex artikel 28 EEX-Vo.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 21-11-2012

ECLI: ECLI:NL:RBUTR:2012:BY3661

Zaaknummer: 311089/HA ZA 11-1541

Wetsartikelen: 6 EEX-Vo, 28 EEX-Vo en 6 EVRM

RECHTSPRAAK

X /de leden van X

De grieven leggen de vraag voor of appellante op grond van haar algemene statutaire bevoegdheid was gerechtigd aan leden een boete op te leggen voor het niet nakomen van een verplichting, terwijl die verplichting niet in enig stuk was vastgelegd

X is een coöperatie die zich bezighoudt met de verwerking van 'fabrieksaardappelen' geleverd door haar leden. De leden van X sluiten jaarlijks teeltcontracten met X af betreffende de teelt van aardappelen, waarbij zij in beginsel enerzijds het recht hebben om conform deze contracten aardappelen aan X te leveren en anderzijds ook verplicht zijn aardappelen aan X te leveren. Op basis van het aantal aandelen dat de in het geding betrokken leden op hun naam hadden staan, zijn boetes opgelegd voor het niet nakomen van de leverplicht voor de teeltjaren 2007 en/of 2008. De leden van X vorderen in eerste aanleg dat de besluiten van het bestuur van X van 25 juli 2008 waarin aan de leden van X een boete is opgelegd, alsmede de daaropvolgende besluiten van de raad van commissarissen waarin de besluiten van het bestuur worden gesanctioneerd, nietig te verklaren dan wel te vernietigen. Het hoger beroep beperkt zich enkel tot de vraag of X gerechtigd was om aan de leden van X een boete op te leggen vanwege het niet aanleveren van een getekend teeltcontract.

De rechtbank oordeelt dat het bedrag van de boetes jaarlijks dient te worden vastgesteld door het bestuur, na voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen. Deze formaliteit is niet door X nageleefd. Doordat X heeft verzuimd deze formaliteiten van artikel 8 lid 4 van de statuten in acht te nemen, is de rechtbank tot de slotsom gekomen dat de boetebesluiten geen juiste grondslag in de statuten hebben en aldus op grond van artikel 2:14 BW nietig zijn.

Het hof richt zich enkel tot de vraag of X gerechtigd was om aan de leden van X een boete op te leggen vanwege het niet aanleveren van een getekend teeltcontract. Vaststaat dat de verplichting tot het insturen van een getekend teeltcontract niet als een zelfstandige verplichting van de leden in de statuten, het huishoudelijk reglement of in enig ander reglement is opgenomen.

Het hof stelt voorop dat besluiten die de strekking hebben de leden van een coöperatie een

boete op te leggen vanwege het niet indienen van een getekend teeltcontract in redelijkheid niet anders kunnen worden aangemerkt als besluiten die krachtens artikel 2:27 lid 4 sub c in samenhang met artikel 2:34a BW een grondslag in de statuten behoeven.

Het hof concludeert dat de boetebesluiten door X zijn genomen terwijl niet is gebleken dat de leden van X door het niet insturen van het teeltcontract in strijd met de statuten hebben gehandeld. De boetebesluiten zijn aldus in strijd met de statuten genomen en zijn daardoor nietig. De grieven falen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-11-2012

ECLI: ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3630

Zaaknummer: 200.087.952/01

Wetsartikelen: 2:27 lid 4 sub c BW en 2:34a BW

RECHTSPRAAK

CS Adviesgroep c.s./X

Toerekenbare tekortkoming rechtspersoon die als vermogensbeheerder (art. 7:401 BW) is opgetreden en onrechtmatig handelen van bestuurder van die rechtspersoon

Y was bestuurder en enig aandeelhouder van een besloten vennootschap die actief was op het terrein van assurantien en hypotheek. Y heeft in de loop der jaren een vertrouwensband opgebouwd met cliënt X. Op enig moment heeft X met de vennootschap, vertegenwoordigd door Y, een overeenkomst gesloten over het voeren van beheer over vermogensbestanddelen van X. Hiertoe is bij Alex een 'en/of'-beleggingsrekening geopend. X heeft voor dit doel een bedrag van in totaal € 252.081,49 naar Y overgemaakt. De vennootschap van Y is sinds 2005 CS Adviesgroep genaamd. CS Adviesgroep houdt zich bezig met het optreden als assurantietussenpersoon, bemiddelen bij afsluiten van assurantiepolissen en bij (hypothecaire) financieringen. CS Adviesgroep is in 2012 ontbonden. Het belegde vermogen van X is verdampt. Y heeft erkend dat hij en CS Adviesgroep zich niet deskundig achten op het gebied van beleggingen en zich niet bezighielden met het beheren van beleggingsportefeuilles. X heeft aan de vordering tegen CS Adviesgroep en Y (hierna: CS Adviesgroep c.s.) ten grondslag gelegd bedrog, misbruik van omstandigheden door CS Adviesgroep c.s. bij het aangaan van de beheersovereenkomst, onrechtmatig handelen van CS Adviesgroep c.s., ongerechtvaardigde verrijking van CS Adviesgroep c.s. en een toerekenbare tekortkoming van de uit de beheersovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. De rechtbank heeft CS Adviesgroep c.s. hoofdelijk veroordeeld tot betaling van € 252.081,49. Hoewel Y woonachtig is in België acht het hof zich bevoegd op grond van artikel 6 lid 1 EEX-Vo (nauwe band tussen de vorderingen jegens Y en CS Adviesgroep) en artikel 24 EEX-Vo (Y is voor het gerecht van Nederland verschenen zonder de bevoegdheid te betwisten). Ambtshalve onderzoekt het hof het toepasselijk recht. Op grond van artikel 4 lid 2 EVO en artikel 3 lid 1 WCOD is Nederlands recht van toepassing. Met verwijzing naar artikel 2:23c BW oordeelt het Hof dat CS Adviesgroep ter afwikkeling van onderhavige procedure niet geacht is opgehouden te bestaan.

Het hof overweegt met betrekking tot de onrechtmatige daad en toerekenbare tekortkoming als volgt. Het hof is van oordeel dat CS Adviesgroep niet heeft gehandeld zoals van een

redelijk bekwaam en redelijk handelend vermogensbeheerder mag worden verwacht. CS Adviesgroep heeft de op haar rustende zorgplicht als bedoeld in artikel 7:401 BW geschonden. Het hof is van oordeel dat nu CS Adviesgroep heeft nagelaten een beleggingsprofiel van X op te stellen en naar eigen zeggen niet deskundig was op het gebied van beleggingen, maar desondanks zeer risicovol heeft belegd (louter in aandelen, certificaten van aandelen en opties), CS Adviesgroep tevens onrechtmatig jegens X heeft gehandeld. Het hof zal de vordering jegens CS Adviesgroep toewijzen op grond van een toerekenbare tekortkoming van CS Adviesgroep.

Naar het oordeel van het hof treft Y als bestuurder van CS Adviesgroep persoonlijk een ernstig verwijt van voormeld handelen van CS Adviesgroep. Nu vaststaat dat Y als bestuurder van CS Adviesgroep de beheersovereenkomst met X heeft gesloten en Y feitelijk het beheer over het vermogen van X zou voeren en heeft gevoerd terwijl vermogensbeheer niet tot de activiteiten van CS Adviesgroep behoorde en Y noch CS Adviesgroep zichzelf destijds deskundig heeft geacht op het gebied van beleggingen, was de tekortkoming in de nakoming door de rechtspersoon ten tijde van het aangaan van de beheersovereenkomst voor Y als bestuurder van CS Adviesgroep ook voorzienbaar (HR 14 november 1997, NJ 1998, 270; HR 20 november 1998, NJ 1999, 684). Nu het handelen van CS Adviesgroep niet alleen een toerekenbare tekortkoming oplevert maar tevens een onrechtmatige daad is het beroep van CS Adviesgroep c.s. op de exoneration uit de beheersovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, waarop X zich, naar het hof begrijpt, ook beroept. Op grond van artikel 6:237 aanhef en onder f BW wordt een dergelijk beding in een consumentenovereenkomst overigens ook vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Het beroep op het exonerationbeding wordt derhalve verworpen. Vaststaat dat dit totale vermogen door en tijdens het beheer van CS Adviesgroep, althans Y, is verdampt, zodat dit totale bedrag kan worden aangemerkt als door X geleden schade ten gevolge van het (wan)beheer van CS Adviesgroep, althans Y. Het voorgaande betekent dat de door X geleden schade in beginsel toewijsbaar is tot het gevorderde bedrag van € 252.081,49. Het hof acht het een feit van algemene bekendheid dat aan beleggen (in effecten) risico's zijn verbonden. Nu X met CS Adviesgroep een overeenkomst heeft gesloten waarbij zij haar vermogen in beheer heeft gegeven met als doel dit vermogen te beleggen of te investeren, was zij kennelijk ook bereid enig risico te lopen. Het hof ziet hierin, mede gelet op de dalende aandelenkoersen, aanleiding een deel van de door X geleden schade aan haar toe te rekenen, in die zin dat zij wordt geacht voor 25% aan de schade te hebben bijgedragen. Dit betekent dat de gevorderde schade voor 75%, ofwel tot een bedrag van € 189.061,12, toewijsbaar is.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 20-11-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4021

Zaaknummer: HD 200.038.810

Wetsartikelen: 6:162 BW en 7:401 BW

RECHTSPRAAK

Curator Divisie Projects BV

Bestuurdersaansprakelijkheid. Administratieplicht. Dividenduitkeringen. Onbehoorlijk bestuur. Ernstige verwijtbaarheid. Vorderingen van de curator worden grotendeels afgewezen

Divisie Projects B.V. (hierna: DP) is in 2001 opgericht. Haar activiteiten bestonden uit het detacheren van technisch personeel voor met name projecten in de bouw en infrastructuur. A en D zijn de bestuurders en beiden zijn voor 50% aandeelhouder van DP. E is enig aandeelhouder en bestuurder van D. C en B zijn de aandeelhouders en bestuurders van A.

Divisie Projects Engineering B.V. (hierna: DPE) exploiteert een ingenieurbureau. DPE leende voor haar projecten technisch personeel in bij DP. De (mede-)aandeelhouder en bestuurder van DPE is Divisie Holding B.V. (hierna: Divisie Holding). A en D zijn de aandeelhouders en bestuurders van Divisie Holding.

DP gaat failliet. De curator vordert te verklaren voor recht dat bestuurders A t/m E hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld, dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement en te verklaren voor recht dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld jegens de schuldeisers.

De rechtbank oordeelt dat C, B en E op grond van artikel 2:11 BW als middellijk bestuurder kunnen worden aangesproken, op de voorwaarde dat A en D aansprakelijk zijn op grond van onbehoorlijk bestuur.

De curator vordert primair dat A t/m E als de bestuurders van DP op grond van artikel 2:248 BW persoonlijk aansprakelijk zijn doordat zij niet voldaan zouden hebben aan hun verplichtingen uit artikel 2:10 BW, de administratieplicht. De schending van de administratieplicht bestaat er volgens de curator uit dat de bestuurders bepaalde facturen voor een project ('Project Jakarta') en de facturen voor de terbeschikkingstelling van vier personeelsleden begin 2010 aan DPE als omzet in de administratie hebben verantwoord en ter zake daarvan geen voorziening wegens oninbaarheid hebben getroffen.

De rechtbank komt echter tot het oordeel dat A t/m E hun verplichtingen ex artikel 2:10 BW niet hebben geschonden door geen voorziening wegens oninbaarheid te treffen. Voor interne administratie, waarop artikel 2:10 BW betrekking heeft, gelden niet dezelfde eisen als voor een jaarrekening, aldus de rechtbank.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank of A t/m E anderszins hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld, en zo ja, of aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, een en ander zoals bedoeld in lid 1 van artikel 2:248 BW. Daarbij stelt de rechtbank voorop dat de vraag of A t/m E hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld beoordeeld moet worden naar hetgeen zij voorzagen of konden voorzien op het moment dat zij hun bestuurstaak vervulden en dat het niet gaat om verkeerde beslissingen of beleidsfouten zonder meer, maar om onmiskenbare onbehoorlijkheid van de taakvervulling en ernstige verwijtbaarheid. De rechtbank komt tot het oordeel dat er in casu geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen en stelt dat er geen sprake is van het gestelde onbehoorlijk bestuur op grond van artikel 2:248 lid 1 BW. Ook de vorderingen van de curator op grond van artikel 2:9 en 6:162 BW worden door de rechtbank afgewezen doordat er niet ernstig verwijtbaar gehandeld is.

Ten slotte gaat de rechtbank in op de vorderingen van de curator op A t/m E als de bestuurders van DPE op grond van artikel 6:162 BW. De curator stelt dat A t/m E in hun hoedanigheid van (middellijk) bestuurders van DPE onrechtmatig hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van DP, onder meer omdat A t/m E namens DPE personeel hebben ingeleend van DP, terwijl zij wisten of behoorden te weten dat DPE de daaruit voortvloeiende verplichtingen niet kon nakomen en daarvoor onvoldoende verhaal bood.

Bij de beoordeling neemt de rechtbank als uitgangspunt dat A t/m E onder omstandigheden aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de contractuele verplichtingen van DPE, indien zij (i) namens DPE een verplichting zijn aangegaan, terwijl zij wisten of redelijkerwijs moesten begrijpen dat DPE niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en onvoldoende verhaal zou bieden dan wel (ii) zij hebben bewerkstelligd of toegelaten dat DPE haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt.

Ten aanzien van het onder (i) genoemde geval overweegt de rechtbank als volgt. Gelet op de samenwerking tussen DP en DPE en de personele unie tussen hun (middellijke) bestuurders en aandeelhouders hadden de bestuurders van DP geen andere kennis van financiële vooruitzichten dan de bestuurders van DPE. Zoals reeds overwogen waren de vooruitzichten voor DP in de herfst van 2009 nog goed en verwachtte men mede door het Project Jakarta over langere tijd veel inkomsten te kunnen genereren. De rechtbank gaat er daarom van uit dat A t/m E als (middellijk) bestuurders van DPE en (middellijk) bestuurders van DP zich pas begin

2010 behoeften te realiseren dat de financiële situatie van DPE zo verslechterde dat maatregelen moesten worden genomen. Dat DPE in het begin van 2010 nog vier gedetacheerden van DP heeft ingehuurd om opdrachten te werven om de financiële situatie te kunnen herstellen, kan hun niet ernstig worden verweten. Hoewel A t/m E wellicht vanaf begin 2010 moesten beseffen dat de financiële situatie verslechterde, mochten zij nog wel vertrouwen op een redelijke kans dat de financiële situatie van DPE door het werven van opdrachten zou verbeteren. A t/m E zijn daardoor als bestuurders van DPE niet op de onder (i) genoemde grondslag aansprakelijk.

Om de vordering op de onder (ii) genoemde grondslag, dus de betalingsonwil althans selectieve betaling, te kunnen beoordelen zal de rechtbank A t/m E in de gelegenheid stellen om bij akte informatie te geven over de ingaande 24 december 2009 (de datum van de eerste in deze procedure relevante facturen van DP aan DPE) bestaand hebbende schulden van DPE en de betalingen van die schulden tot aan de datum van de te nemen akte. DPE dient daarbij aan te geven op welke data welke schuldeisers door wie zijn betaald.

Elke verdere beslissing zal worden aangehouden. In afwachting van het verloop van de procedure in conventie zal de beoordeling van de vordering in reconventie worden aangehouden.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-11-2012

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2012:BY3569

Zaaknummer: 368540/HA ZA 10-3646

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:248 BW, 2:10 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Yvomar/Rimplex

Ontvankelijkheid rechtspersoon na ontbinding van de rechtspersoon

In casu bepleit Rimplex als verweer de niet-ontvankelijkheid van Yvomar. Uit het uittreksel van het handelsregister, gedateerd 5 januari 2012, blijkt volgens Rimplex dat Yvomar door haar bestuur was ontbonden en daarbij heeft opgegeven dat de rechtspersoon op het moment van ontbinding geen baten meer had.

De rechtbank overweegt als volgt. Op zichzelf is de constatering van Rimplex over de inhoud van het handelsregister op 5 januari 2012 ten aanzien van Yvomar juist. Toch leidt dat in dit geval niet tot niet-ontvankelijkheid van Yvomar in haar vorderingen. Een rechtspersoon houdt op te bestaan indien de rechtspersoon op het tijdstip van ontbinding geen baten meer heeft. In dat geval blijft vereffening achterwege, doordat er niets te vereffenen valt. Zou dat het geval zijn, dan zou Yvomar niet meer bestaan en daardoor niet meer in rechte kunnen optreden. Deze regel kan leiden tot uitzondering indien op de datum van de ontbinding nog wel een bate aanwezig blijkt te zijn (zie HR 26 maart 2004, JOR 2004/127). Het enkele feit dat in het handelsregister staat vermeld dat geen baten meer aanwezig zijn, staat daaraan niet zonder meer in de weg. Onder meer niet indien degene die op de inschrijving een beroep doet, die inschrijving niet zonder meer voor juist mocht houden.

De rechtbank stelt vast dat er op het moment van inschrijving op 5 januari 2012 nog een bate aanwezig was, namelijk een niet-betwiste vordering op Rimplex van € 500, welk bedrag op 19 januari 2012 is voldaan. De inschrijving was dus niet juist en de rechtspersoon heeft niet opgehouden te bestaan. Doordat Rimplex wist dat Yvomar nog een vordering op haar had, kan Yvomar zich jegens Rimplex op grond van artikel 2:6 lid 3 BW beroepen op de onjuistheid van de inschrijving. De slotsom is dan ook dat Yvomar voor de duur van de vereffening is blijven bestaan en zelfstandig in rechte kan optreden. Zij is ontvankelijk in haar vorderingen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 24-10-2012

ECLI: ECLI:NL:RBALM:2012:BY3812

Zaaknummer: 125051/HA ZA 11-725

Wetsartikelen: 2:6 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Werknemers S en T/Noordhuis Emmen

Bestuurder en indirect bestuurder worden met succes aangesproken door twee ex-werknemers omdat zij de ex-werkgeefster/B.V. failliet hebben laten gaan met als enig doel om aldus snel en goedkoop van de arbeidsrechtelijke verplichting jegens eisers af te komen

Noordhuis Emmen behoorde met andere besloten vennootschappen, waaronder Noordhuis Meppel B.V., tot de Noordhuis Groep. De Noordhuis Groep legt zich toe op het leveren van, kort gezegd, kantoorbenodigdheden en aanverwante artikelen. Op 22 september 2009 is Noordhuis Emmen op eigen aangifte door Y failliet verklaard. X (een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) was de enige bestuurder van Noordhuis Emmen (en de andere tot de Noordhuis Groep behorende vennootschappen). Y is de enige bestuurder van X. Y was tevens (indirect) enig aandeelhouder van Noordhuis Emmen.

Op 5 oktober 2009 heeft een doorstart van de onderneming van Noordhuis Emmen plaatsgevonden. De activa van Noordhuis Emmen - behoudens de vorderingen - zijn toen gekocht door de op 5 oktober 2009 opgerichte besloten vennootschap Noordhuis KantoorSpecialisten Emmen B.V. (hierna: Noordhuis KantoorSpecialisten Emmen). Enig aandeelhouder en bestuurder van Noordhuis KantoorSpecialisten Emmen is R Holding B.V. R is enig aandeelhouder en bestuurder van R Holding B.V. Aan alle vijf werknemers die op het moment van haar faillietverklaring bij Noordhuis Emmen in dienst waren, heeft Noordhuis KantoorSpecialisten Emmen direct na de overname van de activa van Noordhuis Emmen een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden, met uitzondering van S en T. S en T zijn van mening dat X en Y misbruik van recht hebben gemaakt door het faillissement van Noordhuis Emmen aan te vragen. In het licht van de door hen geschetste omstandigheden is de faillissementsaangifte volgens S en T enkel gedaan om zonder veel kosten van de arbeidsrechtelijke verplichtingen jegens hen af te komen teneinde vervolgens de activa van Noordhuis Emmen te kunnen verkopen aan R.

De rechtbank stelt voorop dat in een geval zoals het onderhavige, waarin de voormalige werknemers van een besloten vennootschap die op eigen aangifte failliet is verklaard de

voormalige bestuurders daarvan aanspreken tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad, omdat die eigen aangifte volgens die werknemers is gedaan teneinde zich van hen te kunnen ontdoen zonder de hun normaal toekomende arbeidsrechtelijke bescherming, beoordeeld zal moeten worden of de eigen aangifte in hoofdzaak met dat beoogde doel is gedaan. Als dat komt vast te staan, en die bestuurders bovendien de volledige zeggenschap hadden in de failliete vennootschap, zal het doen van de eigen aangifte door die bestuurders - ook al was de financiële situatie van de besloten vennootschap ten tijde van de aanvraag mogelijk faillissementswaardig - als onrechtmatig jegens die werknemers moeten worden aangemerkt.

Vaststaat dat Y aan S en T heeft voorgesteld de tussen hen en Noordhuis Emmen gesloten arbeidsovereenkomsten met wederzijds goedvinden te beëindigen vanwege het feit dat in verband met verslechterde bedrijfseconomische omstandigheden hun functies zouden komen te vervallen. Tevens staat vast dat toen S en T met dat voorstel niet akkoord gingen Y om dezelfde redenen geprobeerd heeft toestemming te verkrijgen van het UWV Werkbedrijf om die arbeidsovereenkomsten te mogen opzeggen. Voorts staat vast dat na de weigeringen van het UWV Werkbedrijf tot het geven van de verzochte toestemmingen S en T opnieuw zijn benaderd met een voorstel tot een beëindiging van de met Noordhuis Emmen gesloten arbeidsovereenkomsten met wederzijds goedvinden. Weliswaar is dit voorstel toen feitelijk gedaan door R en niet door Y, maar dit wordt van ondergeschikte betekenis geacht. Niet, althans onvoldoende weersproken, is namelijk de stelling van S en T dat R daarbij handelde namens Y.

Daarbij komt dat R niet genoeg heeft weersproken dat hij bij zijn bezoek aan S heeft gezegd dat S en T de aan hen voorgelegde beëindigingsovereenkomsten moesten tekenen, waarna R de onderneming van Noordhuis Emmen zou overnemen met de resterende drie werknemers van Noordhuis Emmen. Y zou het faillissement van Noordhuis Emmen aanvragen als S en T dat niet zouden doen.

Nu vaststaat dat Y het faillissement van Noordhuis Emmen ook daadwerkelijk heeft aangevraagd en dat R, althans zijn onderneming Noordhuis KantoorSpecialisten Emmen B.V., ook daadwerkelijk de onderneming van Noordhuis Emmen heeft overgenomen zonder S en T, zoals R dit vóór het faillissement van Noordhuis Emmen al wenste, zou van X en Y een nadere onderbouwing verwacht hebben mogen worden van hun stelling dat R niet namens Y heeft gehandeld.

Verder staat vast dat Noordhuis Emmen geen procedures bij de kantonrechter ex artikel 7:685 BW heeft gestart om de met S en T gesloten arbeidsovereenkomsten te doen beëindigen. Dit is vreemd, nu in elk geval in juni 2009 Noordhuis Emmen in de visie van Y en Y Beheer nog levensvatbaar was zonder deze beide werknemers. Dit geldt temeer nu Y en Y Beheer hebben

gesteld dat zij het niet eens zijn met de beslissingen van het UWV Werkbedrijf en dat zij de motiveringen van de betreffende afwijzingen onbegrijpelijk vinden. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt dan ook niet goed in te zien waarom zij niet eerst hebben gekozen voor het entameren van ontbindingsprocedures bij de kantonrechter.

De onderneming van Noordhuis Emmen stond er ten tijde van de faillissementsaangifte niet florissant voor. Niet is weersproken dat de onderneming vanaf 2003 tot aan de datum van haar faillissement ieder jaar verlies leed. Daarmee is nog niet gezegd dat het doen van de eigen faillissementsaangifte ook nodig was. X en Y hebben weliswaar aangevoerd dat Noordhuis Emmen niet meer aan haar lopende en toekomstige verplichtingen kon voldoen, maar dit is onvoldoende onderbouwd in het licht van de onweersproken gebleven stellingen van S en T dat het faillissementstekort slechts ongeveer € 10.000,00 bedroeg, dat dit is betaald door Y en dat daarmee alle schuldeisers in het faillissement van Noordhuis Emmen zijn voldaan. Welke schuldeisers precies ten tijde van de faillissementsaangifte niet meer betaald konden worden, hebben X en Y ook niet gesteld, laat staan dat zij de namen van schuldeisers hebben genoemd die toen opeisbare vorderingen hadden. Dit waren in elk geval niet de leveranciers, omdat deze werden betaald door Noordhuis Meppel B.V. Kortom, dat het ook nodig was om Noordhuis Emmen failliet te laten verklaren, is onvoldoende gebleken.

Tegen deze achtergrond en omstandigheden, in onderling verband en samenhang bezien, en gelet op de daarbij gegeven overwegingen, is voldoende komen vast te staan dat de aangifte van het faillissement van Noordhuis Emmen in hoofdzaak is gedaan om aldus gemakkelijk en goedkoop af te komen van de arbeidsrechtelijke verplichtingen jegens S en T teneinde de onderneming van Noordhuis Emmen te kunnen doorverkopen aan R.

Anders dan S en T is de rechtbank van oordeel dat bij de vaststelling van de omvang van die schade niet kan worden aangeknoopt bij de kantonrechtersformule. Ten eerste bestond er geen gehoudenheid voor Noordhuis Emmen om ontbindingsprocedures te starten. Voorts is het te speculatief om vast te stellen hetgeen een kantonrechter in een ontbindingsprocedure beslist zou hebben. Eventuele ontbindingsverzoeken hadden ook afgewezen kunnen worden. Bovendien strekt de ontbindingsvergoeding ex artikel 7:685 lid 8 BW niet tot schadevergoeding, maar betreft dit een vergoeding naar billijkheid.

De rechtbank beveelt een verschijning van partijen, bijgestaan door hun advocaten, voor het geven van inlichtingen en ter beproeving van een minnelijke regeling.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 26-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBZLY:2012:BY3414

Zaaknummer: 190821

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Global Hail Group

Prejudiciële vragen aan HvJ EU met betrekking tot uitleg Prospectusrichtlijn. Moet men bij een executoriale verkoop van in beslag genomen certificaten van aandelen ook een prospectus uitvaardigen? Toepasselijkheid prospectusplicht (art. 5:2 Wft) en vrijstellingsbepaling (art. 53 lid 2 Vrijstellingsregeling Wft). Hoge Raad stelt vragen van uitleg aan HvJ EU met betrekking tot artikel 1 en 3 Prospectusrichtlijn (Richtlijn 2003/71/EG)

Almer Beheer BV en Daedalus Holding BV zijn in kort geding door de Rechtbank Breda, bekrachtigd door het Hof 's-Hertogenbosch, veroordeeld tot betaling van € 500.000 aan verweerster c.s. ten titel van voorschot op de koopsom voor de aan Global Hail Group B.V. geleverde aandelen in een aantal vennootschappen. Alle aandelen in Global Hail Group B.V. zijn ondergebracht in de Stichting Administratiekantoor Global Hail Group (hierna: STAK). Almer Beheer c.s. zijn houders van de certificaten van aandelen. Verweerster c.s. hebben de door STAK uitgegeven certificaten van aandelen in executoriaal beslag doen nemen. Zij hebben voorts conservatoir beslag gelegd op de certificaten van aandelen welk beslag door het vonnis in de bodemprocedure tussen partijen in een executoriaal beslag is overgegaan. Het gaat in cassatie, kort gezegd, om de vraag of ten aanzien van de door de rechtbank op de voet van artikel 474g Rv bepaalde verkoop en overdracht van de in beslag genomen certificaten van aandelen in Global Hail Group B.V. de in artikel 5:2 Wft omschreven prospectusplicht van toepassing is, alsmede om de vraag of de door de rechtbank bepaalde verkoop met voldoende waarborgen is omkleed.

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Verweerster c.s. hebben primair betoogd dat de prospectusplicht van artikel 5:2 Wft niet van toepassing is op een executoriale verkoop van effecten. De rechtbank heeft dat standpunt aanvaard. Het hof heeft de juistheid van dat standpunt in het midden gelaten, maar wel – overeenkomstig het subsidiaire standpunt van verweerster c.s. – geoordeeld dat de onderhavige executoriale verkoop in ieder geval onder de vrijstelling als bedoeld in artikel 53

lid 2 Vrijstellingsregeling Wft valt. Die vrijstelling betreft, kort gezegd, aanbiedingen van effecten waarbij de totale tegenwaarde van de aanbieding minder dan € 2,5 miljoen bedraagt. Artikel 5:2 Wft vormt de implementatie van artikel 3 lid 1 van Richtlijn 2003/71/EG (hierna: de Prospectusrichtlijn). Artikel 5:2 Wft moet dus worden uitgelegd in het licht van de bewoordingen en het doel van deze richtlijn, teneinde het met de richtlijn beoogde resultaat te bereiken. Daarbij dient voorts aandacht te worden geschonken aan de inhoud van Richtlijn 2010/73/EU (hierna: de herziene Prospectusrichtlijn).

De Prospectusrichtlijn heeft blijkens de punten 10 en 18 van de considerans ten doel door het verstrekken van passende en volledige informatie over effecten beleggers te beschermen, het vertrouwen in effecten te versterken en aldus bij te dragen aan de goede werking en de ontwikkeling van de effectenmarkten. Afgaande op de bewoordingen van de Prospectusrichtlijn, zowel in de oude versie als in de met ingang van 31 december 2010 geldende versie, zou in beginsel – dat wil zeggen afgezien van de in de richtlijn opgenomen vrijstellingen en uitzonderingen voor bepaalde gevallen – ook een executoriale verkoop van effecten onder de in artikel 3 lid 1 van de Prospectusrichtlijn opgenomen prospectusplicht vallen. De door de rechtbank in het onderhavige geval bevolen wijze van executie (door middel van openbare verkoop door een deurwaarder via een advertentie in twee landelijke dagbladen, waarbij gegadigden schriftelijk kunnen bieden en de effecten aan de hoogste bieder worden verkocht) lijkt immers een ‘aanbieding van effecten aan het publiek’ te zijn, zoals omschreven in artikel 2 lid 1 punt d van de Prospectusrichtlijn. Ondanks het zojuist overwogene is evenwel niet boven redelijke twijfel verheven dat artikel 3 lid 1 van de Prospectusrichtlijn in beginsel ook op een executoriale verkoop van in beslag genomen effecten van toepassing is. De Hoge Raad zal aan het HvJ EU de vraag voorleggen of artikel 3 lid 1 van de Prospectusrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de daarin opgenomen prospectusplicht in beginsel (dat wil zeggen afgezien van de in de richtlijn opgenomen vrijstellingen en uitzonderingen voor bepaalde gevallen) ook van toepassing is op een executoriale verkoop van effecten. Indien de Prospectusrichtlijn in beginsel ook van toepassing is op een executoriale verkoop van effecten, rijst de vraag of in het onderhavige geval de vrijstellingsbepaling van artikel 53 lid 2 Vrijstellingsregeling Wft van toepassing is. De hierin opgenomen vrijstelling van de prospectusplicht voor ‘effecten die deel uitmaken van een aanbieding waarbij de totale tegenwaarde van de aanbieding, berekend over een periode van twaalf maanden, minder dan € 2,5 miljoen bedraagt’ berust op het zakelijk gelijkkluidende artikel 1 lid 2 punt h van de Prospectusrichtlijn. Voor de berekening van de tegenwaarde van een aanbieding van effecten rijst de vraag wat moet worden verstaan onder ‘de totale tegenwaarde van de aanbieding’. Bezwaarlijk kan worden aangenomen dat daarmee is bedoeld op de daadwerkelijk verkregen opbrengst bij de verkoop, aangezien de toepasselijkheid van de prospectusplicht dan pas achteraf zou kunnen worden vastgesteld. De bedoelde tegenwaarde

zal dan ook vooraf bepaalbaar moeten zijn. Voorstelbaar is dat bij een executoriale verkoop wordt aangeknoopt bij de waarde van de effecten in het economisch verkeer, nu bij een normale aanbidding van effecten redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de opbrengst daarmee zal overeenstemmen. Maar juist bij een executoriale verkoop van effecten ligt een dergelijke opbrengst niet voor de hand. Daarom lijkt het passender dat 'de totale tegenwaarde van de aanbidding' als bedoeld in artikel 1 lid 2 punt h van de Prospectusrichtlijn, bij een executoriale verkoop bepaald moet worden op de waarde van de, met inachtneming van het bijzondere karakter van een executieverkoop, redelijkerwijs te verwachten opbrengst, ook indien de redelijkerwijs te verwachten opbrengst aanzienlijk onder de waarde in het economisch verkeer ligt. Aangezien echter de juistheid van deze uitleg niet boven redelijke twijfel verheven is, zal de Hoge Raad ook op dit punt een prejudiciële vraag aan het HvJ EU voorleggen.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 28-09-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BW7006

Zaaknummer: 11/03038

Wetsartikelen: 5:2 Wft, 53 lid 2 Vrijstellingsregeling Wft, 474g Rv, 1 Prospectusrichtlijn (Richtlijn 2003/71/EG) en 3 Prospectusrichtlijn (Richtlijn 2003/71/EG)

RECHTSPRAAK

Turboliquidatie

Turboliquidatie. Vennootschap is ontbonden volgens turboliquidatie (art. 2:19 lid 4 BW) bij gebrek aan baten. Schuldeisers hebben aannemelijk gemaakt dat er nog wel sprake was van (toekomstige voorzienbare) baten, onder meer op grond van het feit dat de bestuurder van de vennootschap de jaarrekening te laat gedeponneerd heeft en de vennootschap (bij faillissement) een vordering op grond van artikel 2:248 BW op de bestuurder zou kunnen hebben

Op 10 februari 2012 is de vennootschap (opgericht op 4 juni 2010) ontbonden conform artikel 2:19 lid 4 BW (een zogenoemde turboliquidatie) en opgehouden te bestaan doordat er geen bekende baten meer aanwezig waren. Schuldeisers van de vennootschap komen in verzet tegen deze ontbinding en verzoeken tot faillietverklaring van de vennootschap. Volgens de schuldeisers is voldaan aan de vereisten van heropening van de vereffening van een vennootschap als bedoeld in artikel 2:23c lid 1 BW en aan die van faillietverklaring. Er zijn twee schuldeisers die tot het saldo opkomen en volgens schuldeisers is er tevens summierlijk gebleken van het bestaan van baten bestaande uit een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid en een mogelijk positief aandelenkapitaal en/of latente belastingteruggaven.

De rechtbank wijst het verzoek tot faillissement af omdat niet summierlijk is gebleken van het bestaan van de door schuldeisers gestelde baten.

Het hof overweegt dat vaststaat dat er sprake is van een toestand van te hebben opgehouden te bestaan met betrekking tot de vennootschap. Evenmin is in dispuut dat voldaan is aan de pluraliteitseis. Daardoor kan, als summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn, het faillissement worden uitgesproken, ook al is de vennootschap reeds ontbonden. In dat geval moet de rechtspersoon geacht worden ter afwikkeling van het faillissement te zijn blijven bestaan (HR 27 januari 1995, NJ 1995, 579 (APH/Söderqvist)).

Het hof komt tot het oordeel dat aan de hier bedoelde voorwaarde (aannemelijk maken van summerlijke baten) is voldaan en wel op de volgende gronden. Ingevolge artikel 2:394 BW is een rechtspersoon verplicht om uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening openbaar te maken. Wanneer niet wordt voldaan aan deze verplichting heeft in geval van faillissement ingevolge artikel 2:248 BW het bestuur van de vennootschap zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Dit leidt ertoe dat alsdan iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort.

Uit de stukken kan worden opgemaakt dat de jaarrekening 2,5 maand na de uiterlijke termijn gedeponneerd is. De bestuurder heeft weliswaar tegengeworpen dat uitstel is gevraagd voor het doen van de aangifte. Aan deze tegenwerping gaat het hof echter voorbij. Het enkele feit dat op enig moment uitstel voor het doen van de aangifte vennootschapsbelasting 2010 is verzocht, brengt nog niet mee dat de termijn voor de publicatieverplichting is opgeschoven.

Nu vooralsnog geen, althans onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld of gebleken zijn op basis waarvan het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is kan worden weerlegd of die kunnen leiden tot de gevolgtrekking dat sprake is van een onbelangrijk verzuim, is voldoende aannemelijk dat de bestuurder in geval van faillissement kan worden aangesproken uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid, uit welke aanspraak een bate voor de boedel kan voortvloeien.

Opgemerkt wordt dat voldoende reëel is dat de bestuurder verhaal kan bieden voor een dergelijke vordering.

Ten overvloede wordt nog in aanmerking genomen dat het handelsregister weliswaar vermeldt dat op het moment van de ontbinding er geen baten meer waren, maar dat de juistheid van deze opgave niet aannemelijk is geworden, te minder nu de vennootschap, althans haar bestuurder, heeft nagelaten om desgevraagd informatie te verstrekken over de financiële toestand van de vennootschap op het moment van ontbinding. Meer in het bijzonder is niet aannemelijk geworden dat er geen baten meer waren, zoals vorderingen op gelieerde (rechts)personen, al dan niet in samenhang met een positief (nominaal) aandelenkapitaal.

Het hof merkt nog op dat deze zaak zich kenmerkt door een gebrek aan openheid aan de kant van de vennootschap/bestuurder, onder meer over het besluit tot ontbinding en over de omvang en samenstelling van de activa en passiva in de aanloop naar en ten tijde van de ontbinding. Schuldeisers maken daarom terecht bezwaar tegen de turboliquidatie. Zij hebben recht en belang bij een faillietverklaring van de vennootschap, waarna de curator een

onderzoek instelt naar de aanwezigheid van (eventueel te realiseren) vermogen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-09-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSGR:2012:BX7085

Zaaknummer: 200.107.209/01

Wetsartikelen: 2:19 BW en 2:23c BW