

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 28, 2013

Nummer 28, 2013

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:2013:CA0277](#) 12-07-2013

Jemnice en En SOF Property Fund 1/European Real Estate Debt

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:CA3845](#) 12-07-2013

X / Udink q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189](#) 12-07-2013

X c.s. / KÖNIG q.q.

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:3057](#) 16-07-2013

Curator / X en X Beheer

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2068](#) 08-01-2013

Vereniging X / Notaris

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV1255](#) 15-11-2011

VEB c.s. / KLM

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:5355](#) 26-06-2013

X/Y c.s.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:5310](#) 26-06-2013

Atradius Credit Insurance NV / X BV

Uitspraken zonder ECLI

[- onbekend -](#)

Pastorie Schiedam

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Curator / X en X Beheer

Centraal staat de vraag of de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is ex artikel 248 lid 2 of artikel 2:248 lid 1 BW? Niet komt vast te staan dat de bestuurder niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit hoofde van de artikelen 2:10 of 2:394 BW. Wel acht het hof dat de curator voldoende gesteld heeft om aan te nemen dat de bestuurders hun taak onbehoorlijk vervuld hebben

X was vanaf 28 september 2001 tot en met 28 september 2004 enig aandeelhouder en bestuurder van X Beheer. X Beheer heeft tot 26 juli 2004 alle aandelen gehouden in Optiland IT Components B.V. (hierna: Optiland IT Components) en Optiland B.V. (hierna: Optiland). Op 26 juli 2004 heeft X Beheer de aandelen in deze vennootschappen verkocht en geleverd aan Stichting Aandelenbeheer, in beide gevallen voor een koopprijs van € 1. IT Components B.V. (voorheen: Optiland IT Components B.V.) en Optiek B.V. (voorheen: Optiland B.V.) zijn op 28 september 2004 in staat van faillissement verklaard. In eerste aanleg stelt de curator zich op het standpunt dat de besturen van de gefailleerde vennootschappen hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat X Beheer en X hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de tekorten in de faillissementen van de vennootschappen.

De rechtbank: wijst de vorderingen van de curator af. In hoger beroep voert de curator dertien grieven aan.

Het hof doet grief een en twee eenvoudig af. De overige grieven stellen de vraag ter discussie of (i) het bestuur wel of niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 BW en/of 2:394 BW (grieven 5 t/m 13), (ii) de vraag of X in de periode dat hij geen bestuurder was van X Beheer niettemin feitelijk het beleid bepaalde in X Beheer en (iii) de vraag of de curator al dan niet voldoende heeft gesteld voor het door hem aan de (direct, indirect of feitelijk) bestuurders verweten onbehoorlijk bestuur (grief 3). Het hof acht de stelling van de curator - dat X in de periode dat hij geen bestuurder was van X Beheer wel (mede) het beleid in X Beheer en de door haar bestuurde vennootschappen bepaalde - bewezen. In de grieven 5 tot en met 13 keert de curator zich in het bijzonder tegen de verwerping door de rechtbank van

het beroep van de curator op het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. Het hof stelt echter dat uit de door de curator gestelde feiten niet kan worden geconcludeerd dat sprake is geweest van een niet naleving door de bestuurders van hun verplichtingen uit de artikelen 2:10 of 2:394 BW - de boekhoudplicht en de verplichting tot tijdige publicatie van de jaarrekening. In hoger beroep onderbouwt de curator onvoldoende dat niet is voldaan aan de in artikel 2:10 BW opgenomen minimum administratie-vereisten.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of de primaire vorderingen van de curator toewijsbaar zijn op grond van het bepaalde in artikel 2:248 lid 1 BW. Bij de beantwoording van die vraag dient in ogenschouw te worden genomen dat er sprake moet zijn van een kennelijke onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Naar het oordeel van het hof heeft de curator voldoende feiten en omstandigheden gesteld, en met bewijzen gestaafd, die de conclusie rechtvaardigen dat X Beheer en X hun taak als direct, indirect en/of feitelijk bestuurder van Optiland en Optiland IT Components onbehoorlijk hebben vervuld. Het hof houdt echter iedere verdere beslissing aan, de curator krijgt gelegenheid om het oorzakenrapport van BDO bij akte na dit tussenarrest in het geding brengen. Pas dan kan geoordeeld worden of en in hoeverre dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van de faillissementen is geweest.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:3057

Zaaknummer: HD 200.037.556/01

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW, 2:248 lid 1 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

X c.s. / KÖNIG q.q.

In casu is de vraag aan de orde of er sprake is van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in artikel 2:248 lid 2 laatste zin BW. Hierbij moeten alle omstandigheden van het geval worden meegenomen, in het bijzonder de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. In het onderhavige geval is de Hoge Raad van mening dat de door eisers aangevoerde omstandigheden een aanvaardbare verklaring kan opleveren voor de te late publicatie, op grond waarvan dat verzuim in dit geval niet aangemerkt hoeft te worden als een blijk van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur

Deze cassatie betreft het arrest van het hof Arnhem van 29 november 2011, LJN BU6901, JOR 2012/38, JONDR 2012/170. De casus is als volgt:

Eiser 2 is bestuurder van Eiseres 1 (hierna samen X c.s.), die op haar beurt bestuurder is geweest van Apeldoornse Asbestsanering B.V. Apeldoornse Asbestsanering is in maart 2005 in staat van faillissement verklaard, met de aanstelling van König tot curator. In de onderhavige procedure vordert de curator onder meer een verklaring voor recht dat X c.s. wegens onbehoorlijke taak vervulling op grond van artikel 2:248 en 2:11 BW aansprakelijk zijn jegens de boedel van Apeldoornse Asbestsanering voor het tekort in het faillissement, en een veroordeling van beide tot vergoeding van dat tekort. Aan die vordering heeft de curator ten grondslag gelegd dat de jaarrekening over 2003 te laat is openbaar gemaakt, waarbij artikel 2:248 lid 2, eerste zin, BW bepaalt dat de te late openbaarmaking van de jaarrekening betekent dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur, en er wordt vermoed dat de aldus ontstane onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De rechtbank heeft de vordering van de curator afgewezen. Volgens de rechtbank was er in het onderhavige geval sprake van een onbelangrijk verzuim, zoals bedoeld in artikel 2:248 lid 2 laatste zin BW.

Het hof heeft de vordering van de curator alsnog toegewezen. Het hof is van mening dat de

door X c.s. aangevoerde omstandigheden – te weten dat de jaarrekening wel tijdig was vastgesteld en dat de te late publicatie een gevolg is geweest van het feit dat de jaarrekening voorheen altijd door de accountant werd gedeponereerd en dat dit met ingang van het boekjaar 2003 door de cliënt zelf diende te geschieden, wat eiser 2 niet wist, alsmede het feit dat eiser 2 door zijn dyslexie niet had onderkend de jaarrekening van de accountant op zijn huisadres te hebben ontvangen ter deponering en die jaarrekening vervolgens bij zijn verhuizing is beland in een verhuisdoos – voor rekening van eiseres 1 dienen te komen en dat eiseres 1 maatregelen had moeten treffen om de nakoming van haar openbaarmakingsverplichting te waarborgen, welke maatregelen zij onvoldoende heeft genomen. Om die reden is er volgens het hof geen sprake van een onbelangrijk verzuim. Daarnaast heeft het hof geoordeeld dat eisers het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW niet hebben ontzenuwt. Hierop ziet het principale beroep.

Het hof heeft geen aansprakelijkheid aangenomen omdat onrechtmatig zou zijn gehandeld doordat de activiteiten van de thans failliete vennootschap vanaf 2003 in een andere vennootschap zouden zijn voortgezet zonder dat daarvoor een reële vergoeding is betaald. Hierop ziet het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep.

Onderdeel 1 van het middel bestrijdt het oordeel van het hof dat de overschrijding van de termijn voor openbaarmaking van de jaarrekening met 28 dagen op zichzelf geen onbelangrijk verzuim oplevert. De klachten van het onderdeel komen erop neer, dat indien het belang bij openbaarmaking van de jaarrekening betrekkelijk is omdat de vennootschap geen of weinig activiteiten verricht dan wel zij geen of weinig relaties heeft, dit van belang kan zijn bij de beantwoording van de vraag of de niet-nakoming van de verplichting tot tijdige openbaarmaking een onbelangrijk verzuim oplevert als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW. Deze opvatting is onjuist, zie Kamerstukken II, 16 631, 1980-1981, nr. 3, p. 4 en HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329, NJ 1989/676, rov. 3.4. Ook indien het belang bij openbaarmaking in het gegeven geval betrekkelijk is om redenen als bedoeld in het onderdeel, wijst de niet-tijdige openbaarmaking van de jaarrekening op zichzelf op een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Die redenen kunnen derhalve geen grond zijn om een onbelangrijk verzuim aan te nemen als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW. Het onderdeel faalt daarom.

Onderdeel 2 bestrijdt het oordeel van het hof dat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim omdat de door X en Y aangevoerde omstandigheden voor rekening van X komen, en dat X maatregelen had moeten treffen om de nakoming van haar openbaarmakingsverplichting te waarborgen. Bij de beoordeling van het onderdeel wordt het volgende vooropgesteld. Er is sprake van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van artikel 2:248 lid 2 BW indien het niet voldoen aan de boekhoudplicht en de niet-tijdige openbaarmaking van de

jaarrekening in de omstandigheden van het desbetreffende geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Dit strookt met de op de slotzin gegeven toelichting waarnaar het onderdeel verwijst (Kamerstukken II, 16 631, 1983-1984, nr. 9, p. 16). Indien het, zoals hier, gaat om een overschrijding van de termijn van artikel 2:394 lid 3 BW voor openbaarmaking van de jaarrekening, geldt voor het overige hetgeen is beslist in HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1981, NJ 1996/406 (rov. 3.2) en HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2 (rov. 4.3.2 laatste zin), namelijk dat het antwoord op de vraag of een overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten. Tegen deze achtergrond is het onderdeel gegrond. De door X en Y aangevoerde omstandigheden komen erop neer dat de te late openbaarmaking valt terug te voeren op een misverstand. Daarvan uitgaande valt niet zonder meer in te zien dat in aanmerking is te nemen dat X maatregelen had moeten treffen om haar verplichting tot tijdige publicatie na te komen, zoals het hof heeft gedaan. De enkele omstandigheid dat X zodanige maatregelen vooraf had kunnen treffen, brengt echter nog niet mee dat geen sprake is van een aanvaardbare verklaring.

Gelet op het hiervoor overwogene is de voorwaarde vervuld waaronder het incidentele beroep is ingesteld. De in het middel in dat beroep aangevoerde klachten kunnen echter niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering.

De Hoge Raad vernietigt in het principale beroep het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 29 november 2011 en verwerpt het incidentele beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 12-07-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:BZ7189

Zaaknummer: 12/01213

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW, 2:394 Lid 3 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

X / Udink q.q.

Bestuurdersaansprakelijkheid op de voet van artikel 2:248 BW

X was statutair bestuurder van Legal Point Consultancy B.V. en feitelijk beleidsbepaler van een aantal andere Legal Point vennootschappen. In deze vennootschappen werd een advocatenpraktijk uitgeoefend. X was zelf geen advocaat. Na onderzoek door de Raad van Discipline op grond van art. 60c Advocatenwet blijkt dat € 136.767,30 van de derdengeldrekeningen niet wordt gedekt door liquide middelen. Nadat de Rabobank, na mededeling van de Deken van het verslag ex artikel 60g Advocatenwet, het krediet van Legal Point heeft opgezegd, worden de vennootschappen op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. Mr. Udink wordt tot curator benoemd. De curator vordert van X het faillissementstekort van de Legal Point vennootschappen op grond van artikel 2:248 BW. De rechtbank heeft de vordering van de curator toegewezen. Het hof heeft het vonnis bekrachtigd. X heeft beroep in cassatie ingesteld.

De conclusie van A-G Langemeijer strekt tot verwerping van het beroep. De A-G geeft toepassing van artikel 81 RO in overweging. Middel I heeft betrekking op het verwijt van misbruik van derdengelden en de onttrekking daarvan. Volgens de A-G blijft een feit dat derdengelden nimmer mogen worden gebruikt voor andere doeleinden dan waarvoor zij zijn bestemd. De kwalificatie 'misbruik van derdengelden' is door het hof voldoende verklaard. Het misbruik van derdengelden en het vervolgens opnemen daarvan is door het hof beschouwd als een 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' in de zin van artikel 2:248 BW. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk. Wanneer andere factoren mede tot het faillissement hebben bijgedragen, zoals in dit geval de mededeling van de Deken aan de bank en de daaropvolgende weigering van verdere kredietverlening, staan deze feiten niet in de weg aan de gevolgtrekking van het hof dat het initiële handelen (het vastgestelde misbruik van derdengelden en het onttrekken daarvan) een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest in de zin van artikel 2:248 BW. Middel II heeft betrekking op het verwijt van het zonder grond onttrekken van gelden aan Legal Point. Het hof is van oordeel dat voorzienbaar was dat het zonder grond onttrekken van gelden aan Legal Point, die steeds liquiditeitsproblemen heeft gehad, tot gevolg kon hebben dat het voortbestaan van deze

vennootschappen in gevaar kwam. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk.

De Hoge Raad oordeelt dat de in de middelen aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 12-07-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:CA3845

Zaaknummer: 12/024266

Wetsartikelen: 2:248 BW en 81 RO

RECHTSPRAAK

Jemnice en En SOF Property Fund 1/European Real Estate Debt

Verzoek tot faillietverklaring; Omdat er sprake is van achtergestelde vordering, is er niet voldaan aan de pluraliteitseis

De Nederlandse brievenbusmaatschappijen Jemnice en En Sof houden de aandelen van Continental Property Investments (CPI), een Franse vennootschap die via een conglomeraat aan vennootschappen een grote onroerend goed portefeuille bezit in Europa. Jemnice en En Sof hebben hun financiële verplichtingen aan de Engelse vennootschap European Real Estate Debt (ERED) niet voldaan. ERED vraagt het faillissement van de vennootschappen aan. Jemnice en En Sof worden door de rechtbank failliet verklaard, welk vonnis door het hof is bekrachtigd. In cassatie is uitsluitend aan de orde of het hof terecht en voldoende gemotiveerd heeft aangenomen dat ten aanzien van Jemnice c.s. sprake is van het bestaan van een viertal steunvorderingen.

De Hoge Raad oordeelt, dat de feiten waaruit het bestaan van de steunvorderingen 2, 3 en 4 moet blijken onvoldoende, danwel onvoldoende gemotiveerd zijn door het hof.

Met betrekking tot de achtergestelde vordering overweegt de Hoge Raad als volgt. Het hof heeft mede op basis van de achtergestelde vorderingen geoordeeld dat er sprake is van pluraliteit van schuldeisers en dat Jemnice c.s. verkeren in de toestand dat zij hebben opgehouden te betalen. Zoals de Hoge Raad echter in zijn beschikking van 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1380, NJ 2008/371 heeft beslist, kan, indien naast de vordering van de schuldeiser die het faillissement aanvraagt alleen blijkt van een achtergestelde schuld van de schuldenaar die pas bij liquidatie behoeft te worden voldaan, slechts onder bijzondere omstandigheden worden geoordeeld dat de schuldenaar is opgehouden te betalen. In het licht hiervan is het aangevallen oordeel van het hof – dat geen bijzondere omstandigheden als zojuist bedoeld heeft vastgesteld – ontoereikend gemotiveerd. Het onderdeel is gegrond. Er is geen sprake van pluraliteit van schuldeisers.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 12-07-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:CA0277

Zaaknummer: 13/00027

Wetsartikelen: 1 Fw.

RECHTSPRAAK

Atradius Credit Insurance NV / X BV

***Cessie vordering; overeenkomst van borgtocht; solidariteitsverklaring,
Beroep op doeloverschrijding, artikel 2:7 BW***

X heeft zich borg gesteld jegens de Belgische vennootschap Y-Kredietverzekeringen voor vorderingen die Y heeft op A uit hoofde van kredietverzekeringsovereenkomsten. Atradius heeft de activiteiten van Y door middel van een activa/passiva-transactie overgenomen. Daarbij is ook het vorderingsrecht op X uit hoofde van de solidariteitsverklaring op Atradius overgegaan. Verzekerden van Atradius (en/of X) hebben tot het als hoofdsom gevorderde bedrag onbetaalde vorderingen op A. X is daarvoor aansprakelijk. A gaat failliet. Atradius vordert terugbetaling.

X verweert zich onder meer met een beroep op doeloverschrijding (artikel 2:7 BW). Zij stelt daartoe dat borgstelling voor de schulden van andere vennootschappen geen deel uitmaakt van haar statutaire doelomschrijving zoals die luidde in de periode waarin de solidariteitsverklaring volgens Atradius tot stand is gekomen (eerste helft jaren '90). Atradius heeft op dit verweer aldus gereageerd dat de gestelde doeloverschrijding niet kenbaar was of kon zijn, terwijl bovendien het bestaan van de borgtocht in het belang van gedaagde en de overige in de solidariteitsverklaring genoemde vennootschappen is geweest.

De rechtbank overweegt dat anders dan gedaagde bij antwoord heeft gesteld, uit de doelomschrijving niet 'uitdrukkelijk' volgt dat het zich sterk maken voor schulden van andere ondernemingen van de doelomschrijving is uitgesloten. Daar komt bij dat volgens vaste jurisprudentie voor het antwoord op de vraag of het doel is overschreden alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen, waarbij ook concernverhoudingen relevant zijn. Naar het oordeel van de rechtbank moet worden aangenomen dat het tot stand komen van de solidariteitsverklaring in het belang is geweest van gedaagde. Nu geen feiten zijn gesteld die desondanks tot een andere conclusie nopen, moet de slotsom zijn dat geen sprake is geweest van doeloverschrijding.

Voor het overige verwijst de rechtbank de zaak naar de rol van 7 augustus 2013, waarbij partijen de gelegenheid krijgen nadere stukken te overleggen en Atradius de gelegenheid krijgt

op de verweren van X te reageren.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:5310

Zaaknummer: C/10/411621 / HA ZA 12-943

Wetsartikelen: 2:7 BW

RECHTSPRAAK

X/Y c.s.

Bestuurdersaansprakelijkheid inzake het niet voldoen van de huur. De vordering wordt afgewezen ten aanzien van de bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon, nu artikel 2:11 BW daarvoor ingevolge artikel 3 Wet Conflictenrecht Corporaties niet geldt. De rechtbank overweegt dat een schuld niet noodzakelijk behoeft te worden voldaan uit voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen. Betaling kan ook plaatsvinden uit gelden die de vennootschap ter beschikking staan krachtens een kredietfaciliteit

Gedaagden sub 2, 3 en 4, te weten respectievelijk MB Holding, MB Retail en EBC N.V. (allen besloten vennootschappen binnen één concern) hielden zich bezig met de exploitatie van detailhandelszaken in - kort gezegd - fietsen. Gedaagde sub 5 is de bestuurder van EBC N.V. en – net als EBC N.V. een rechtspersoon naar Belgisch recht. MB Utrecht was, voordat deze failliet ging ook een vennootschap binnen voornoemd concern.

Gedaagde sub 1 is vertegenwoordiger (natuurlijk persoon) van voornoemde groep vennootschappen, inclusief MB Utrecht en heeft namens MB Utrecht met eisers een huurovereenkomst gesloten. Eisers zijn verhuurder en MB Utrecht is de huurder.

Betaling van de huurovereenkomst blijft (deels) uit. Ook een vonnis tot betaling wordt niet door MB Utrecht nageleefd.

MB Utrecht gaat vervolgens failliet. Eisers stellen gedaagden persoonlijk aansprakelijk op grond van artikel 6:162 BW jo 2:11 BW, onder meer op basis van betalingsonwil.

Gedaagden voeren verweer en stellen onder meer dat gedaagde sub 1 niet als bestuurder aansprakelijk is en dat bij MB Utrecht sprake was van betalingsonmacht, hetgeen in de weg staat aan bestuurdersaansprakelijkheid. Daarnaast hebben gedaagden opgemerkt dat EBC en SP rechtspersonen naar het recht van België zijn zodat artikel 2:11 BW op hen niet van toepassing is

De rechtbank behandelt eerst het verweer ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 2:11 BW voor buitenlandse rechtspersonen. Ingevolge het bepaalde in artikel 3, aanhef en onder e van de Wet conflictenrecht corporaties beheerst het op de corporatie toepasselijke recht onder meer de vraag wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid, zoals die van bestuurder, naast de corporatie aansprakelijk is. Nu MB Holding een vennootschap naar Nederlands recht is, brengt dit mee dat Nederlands recht tevens de aansprakelijkheid van EBC als bestuurder van MB Holding beheerst en dat artikel 2:11 BW binnen deze vennootschapsrechtelijke verhouding van toepassing is. Gelet op het feit dat EBC een rechtspersoon naar het recht van België is, worden de vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen EBC en haar bestuurder(s) niet beheerst door Nederlands recht. Dit is immers niet het incorporatierecht van EBC. Eisers hebben hun vordering enkel gebaseerd op artikel 2:11 BW. Daarom zal de vordering ten aanzien van SP worden afgewezen. De vraag of gedaagde sub 1 bestuurder is van EBC en/of SP behoeft daarom geen bespreking.

De rechtbank overweegt dat het geschil draait om de vraag of sprake is van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als feitelijk bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Dit kan het geval zijn als het handelen of nalaten van de feitelijk bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de feitelijk bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

Toegesplitst op het geval van betalingsonwil betekent dit het volgende. Hoewel het een feitelijk bestuurder in beginsel vrij staat op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden worden voldaan, kan hem mogelijk een tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens de crediteur leidend ernstig verwijt worden gemaakt indien hij bewerkstelligt of toelaat dat een vennootschap die wel kan of zou kunnen betalen zonder legitieme redenen niet betaalt en geen verhaal biedt.

De rechtbank overweegt dat voor zover gedaagden hebben willen betogen dat bij MB Utrecht sprake was van betalingsonmacht omdat er geen voor verhaal vatbaar actief was en de rekening-courantverhouding met de bank een toegestane debetstand had, een schuld niet noodzakelijk hoeft te worden voldaan uit voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen.

Betaling kan ook plaatsvinden uit gelden die de vennootschap ter beschikking staan krachtens een kredietfaciliteit en gedaagden hebben aangevoerd dat de kredietlimiet nog niet was overschreden ten tijde van het ontstaan van de betalingsverplichting. Dat MB Utrecht haar financiële situatie aan eisers kenbaar heeft gemaakt is in dit verband geen relevante omstandigheid.

De rechtbank is van oordeel dat gedaagde sub 1 als feitelijk bestuurder van MB Utrecht heeft bewerkstelligd dan wel toegelaten dat MB Utrecht een schuld aan haar zustervenootschap MB Retail heeft voldaan terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat MB Utrecht over onvoldoende middelen beschikte om al haar schuldeisers te voldoen.

Wat betreft de formeel bestuurder van MB Utrecht – MB Holding – is de rechtbank van oordeel dat MB Holding op haar minst genomen toegelaten heeft dat gedaagde sub 1 als feitelijk bestuurder van MB Utrecht optrad en daarbij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat zij betaling van haar verplichtingen uit de huurovereenkomst achterwege heeft gelaten hoewel zij daarvoor geen legitieme redenen had. Hiervan treft MB Holding een ernstig verwijt, zij heeft aldus als bestuurder van MB Utrecht onrechtmatig gehandeld jegens eisers.

Wat betreft de formeel bestuurder van MB Holding – EBC N.V. – is de rechtbank van oordeel dat op grond van artikel 2:11 BW de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder tevens rust op de bestuurder van deze rechtspersoon. Bepalend voor het ontstaan van aansprakelijkheid van EBC N.V. is het ontstaan van de aansprakelijkheid van MB Holding. Nu is geoordeeld dat MB Holding als bestuurder van MB Utrecht onrechtmatig heeft gehandeld jegens eisers, heeft ook EBC N.V. als bestuurder van MB holding onrechtmatig gehandeld jegens hen.

De overige vorderingen worden afgewezen.

Gedaagde sub 1, MB Holding en EBC N.V. worden hoofdelijk veroordeeld tot betaling.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:5355

Zaaknummer: CIV-363925_26062013

Wetsartikelen: 2:11, 6:162 BW en 3 Wet Conflictenrecht Corporaties

RECHTSPRAAK

Vereniging X / Notaris

Een notaris vermeldt twee bestuursleden in een akte van vestiging opstalrecht. Het bestuur in kwestie kent op dat moment echter nog een derde, onvermeld, bestuurslid. De notaris valt echter geen verwijt te maken. Uit het handelsregister bleek namelijk niet dat deze derde persoon ook lid was van het bestuur van de Vereniging. Het is de plicht van het bestuur zelf om zorg te dragen voor een juiste inschrijving van al zijn bestuursleden in het handelsregister

In casu verwijt Vereniging X (hierna: de Vereniging) de notaris dat hij in een door hem op 12 november 2010 verleden akte van vestiging opstalrecht, een fout heeft gemaakt in de comparitie. Hij zou enkel de voorzitter en de penningmeester als rechtsgeldig vertegenwoordigend bestuur van de Vereniging hebben vermeld, en niet de secretaris als (mede-)vertegenwoordiger. Daardoor is er volgens de Vereniging sprake van een nietige akte omdat de statuten van de Vereniging in artikel 9 lid 3 voorschrijven dat de vereniging wordt vertegenwoordigd door de voorzitter, secretaris en penningmeester tezamen. De notaris stelt dat hem geen enkele verwijt kan worden gemaakt. Uit het opgevraagde uittreksel uit het handelsregister bleek volgens de notaris dat er slechts twee bestuursleden waren ingeschreven in het handelsregister, te weten: de voorzitter en de penningmeester. Het betreft in deze zaak een hoger beroep ingesteld tegen een beslissing van de kamer van toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen te Dordrecht (hierna: kamer).

Het hof overweegt dat op grond van het bepaalde in artikel 2:6 lid 2 BW een beroep op een eventuele statutaire onbevoegdheid van het bestuur ten tijde van het verlijden van de litigieuze akte niet tegen een onkundige wederpartij kan worden gedaan, indien de beperking of uitsluiting niet ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling op de door de wet voorgeschreven wijze openbaar is gemaakt. Statutaire onbevoegdheid van het bestuur kan alleen voorkomen bij de vereniging in de gevallen voorzien in artikel 2:44 BW in verbinding met artikel 2:45 BW. Dat ook de secretaris ten tijde van het verlijden van de akte lid was van het bestuur bleek alstoen niet uit het handelsregister, noch uit een haar betreffend

benoemingsbesluit. In verbinding met het bepaalde in artikel 9 lid 2, eerste zin, van de statuten van de Vereniging moet onder deze omstandigheden worden aangenomen dat in de omvang van het bestuur ten tijde van het verlijden van de akte van vestiging opstalrecht geen grond is gelegen die tot nietigheid dan wel vernietigbaarheid van die akte aanleiding geeft.

Voor zover de Vereniging de notaris verwijt dat hij geen verdere actie heeft ondernomen op het moment dat hem bekend werd dat er drie bestuursleden waren en dat dit niet in overeenstemming was met de inschrijving in het handelsregister, volgt het hof de kamer in haar overweging dat het de plicht van het bestuur zelf is om zorg te dragen voor een juiste inschrijving van al zijn bestuursleden in het handelsregister. In dit geval heeft de notaris door de bestuursleden te wijzen op hun desbetreffende plicht, gedaan wat redelijkerwijs van hem in deze omstandigheden verwacht mocht worden. Het hof is het met de kamer eens dat de klacht van de Vereniging in alle onderdelen ongegrond is. Het hof bekrachtigt de bestreden beslissing van de kamer.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-01-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2068

Zaaknummer: 200 098 562/01 NOT

Wetsartikelen: 2:6 lid 2 BW, 2:44 BW en 2:45 BW

RECHTSPRAAK

VEB c.s. / KLM

Beschikking ondernemingskamer inzake VEB c.s. tegen Air-France/KLM van november 2011 (zie voor de HR-uitspraak OR 2013-0249)

AFKLM heeft in het kader van een openbaar bod in totaal 96,3% van de geplaatste gewone aandelen in KLM verkregen. Daarnaast heeft zij alle geplaatste prioriteitsaandelen in KLM verkregen. Haar prioriteitsaandelen en gewone aandelen vertegenwoordigen samen 49% van de stemrechten in KLM. Voor het overige zijn de stemrechten verdeeld over SAK I, SAK II, de Staten der Nederland en gewone aandeelhouders waaronder VEB en Emarcy (hierna gezamenlijk VEB c.s.). Op 3 juli 2008 heeft de vergadering van houders van prioriteitsaandelen van KLM 90,7% van de in de vastgestelde jaarrekening vastgestelde winst over het boekjaar 2007/2008 bestemd tot het versterken van reserves. De algemene vergadering van houders van gewone aandelen van KLM heeft besloten dat het overblijvende bedrag van de winst aan de gewone aandeelhouders dient te worden uitgekeerd. VEB c.s. hebben in eerste aanleg kort gezegd gevorderd dat het besluit van de vergadering van prioriteitsaandeelhouders van KLM omtrent de reservering van de winst en het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van KLM om de rest van de winst uit te keren, te vernietigen. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen, waartegen VEB c.s. tien grieven heeft aangevoerd. Grief I en V zien op de totstandkoming van het besluit van de houders van prioriteitsaandelen en worden gezamenlijk behandeld.

VEB c.s. zijn van mening dat tussen AFKLM en de RvB en de RvC van KLM voorafgaand aan het besluit tot reservering van de winst deugdelijk overleg had moeten plaatsvinden over de reservering en de daarbij betrokken belangen van de minderheidsaandeelhouders. Het hof overweegt dat artikel 32 van de statuten van KLM geen bijzondere eisen stelt aan het voorafgaand overleg. In het bijzonder volgt volgens het hof uit deze bepaling niet dat indien in het voorafgaand overleg belangen van de minderheidsaandeelhouders niet aan de orde zijn gekomen, daardoor sprake zou zijn van handelen in strijd met de statuten, of dat het voorafgaand overleg ertoe dient te leiden dat het nadien te nemen besluit over reservering van de winst is aan te merken als een gezamenlijk besluit van de RvB, de RvC en AFKLM of dat de

RvB en/of de RvC het nadien te nemen besluit daadwerkelijk hebben beïnvloed, nu de vergadering van houders van prioriteitsaandelen niet aan de zienswijze van de RvB en RvC is verbonden en uiteindelijk zelf de betrokken belangen in aanmerking dient te nemen. Daar komt bij dat VEB c.s. niet heeft betwist dat voorafgaand overleg heeft plaatsgevonden en dat de RvB, RvC en AFKLM het inhoudelijk eens waren over het door AFKLM voorgenomen besluit tot reservering. Hiermee is volgens het hof aan artikel 32 van de statuten van KLM voldaan. Het Hof is aldus van mening dat niet gezegd kan worden dat vanwege tekortkomingen in het voorafgaand overleg tussen AFKLM, de RvB en RvC in strijd is gehandeld met de statuten van KLM of jegens de minderheidsaandeelhouders onrechtmatig is gehandeld of gehandeld is in strijd met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.

Met de Grieven II, IV, VI en VII bestrijdt VEB c.s. de conclusie van de rechtbank dat het besluit tot reservering de toets van redelijkheid en billijkheid kan doorstaan. Het hof neemt in haar arrest tot uitgangspunt dat, overeenkomstig de statuten van KLM, haar vergadering van houders van prioriteitsaandelen, bij het nemen van het in dit geding bestreden besluit tot reservering van de winst, een afweging diende te maken, met in acht neming van alle, haar destijds bekende, feiten en omstandigheden, tussen alle met haar besluit gemoeide (en voor haar kenbare) belangen van de vennootschap, van de daaraan verbonden onderneming en van de belanghebbenden, waaronder het belang van de minderheidsaandeelhouder bij een redelijk dividend. Het hof is van mening dat daarbij de vergadering van houders van prioriteitsaandeelhouders en haar algemene vergadering van aandeelhouders een ruime mate van beoordelingsvrijheid moet worden toegekend, wat met zich meebrengt dat het besluit tot reservering van de winst niet met een beroep op de eisen van redelijkheid en billijkheid kan worden aangetast als enkel verschillend kan worden gedacht over de juistheid van dat besluit, of met een betoog dat er wenselijker alternatieven voor de minderheidsaandeelhouders voor handen waren.

Op grond van het voorgaande kan het hof uitsluitend beoordelen of KLM in redelijkheid geen verdedigbare argument kan hebben gevonden voor het besluit waardoor niet tegemoet is gekomen aan het verlangen van de minderheidsaandeelhouders. Het hof laat bij die beoordeling van dat besluit de door de rechtbank terecht hoog geplaatste lat hoog liggen. Na een aantal overwegingen concludeert het hof dat de dividenduitkering van KLM niet in strijd is met hetgeen redelijkheid en billijkheid vorderen. Ook kan die uitkering niet als misbruik van meerderheidsmacht of anderszins onrechtmatig jegens de minderheidsaandeelhouders worden geoordeeld.

De overige grieven hebben evenmin succes. Het bestreden vonnis wordt om die reden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-11-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BV1255

Zaaknummer: 200.080.959/01

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:15 lid 1 en 2 BW en 2:105 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Pastorie Schiedam

Onrechtmatige daad. Bestuurdersaansprakelijkheid. Ernstig persoonlijk verwijt (indirect) bestuurder?

X was eigenares van een pastorie in Schiedam. Y is enig aandeelhouder en bestuurder van B B.V. B B.V. en C B.V. zijn oprichter en bestuurder van Ars Renovandi B.V. Ars Renovandi heeft de vennootschap Lange Haven II opgericht. Er bestonden plannen tot herontwikkeling van de Havenkerk te Schiedam. De plannen omvatten ook de naastgelegen pastorie. Partijen hebben een akkoord bereikt over een koopprijs voor de pastorie van € 725.000. Als koper zal optreden de vennootschap Lange Haven II. In de onderhandelingen is door koper afgezien van een financieringsvoorbehoud. Lange Haven II heeft, nadat meermalen uitstel van levering was overeengekomen, uiteindelijk niet meegewerkt aan de levering van de pastorie, aangezien zij daar financieel niet toe in staat was. De rechtbank heeft de vorderingen van X toegewezen door voor recht te verklaren dat Y in zijn hoedanigheid van (indirect) bestuurder van Lange Haven II onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld en mitsdien aansprakelijk is voor als gevolg van dat onrechtmatig handelen door X geleden schade, nader op te maken bij staat. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Y heeft beroep in cassatie ingesteld.

Conclusie: De conclusie van A-G Timmerman strekt tot verwerping van het beroep. De onderdelen van het cassatiemiddel falen, vanwege het missen van feitelijke grondslag, omdat het hof volgens de AG wel in voldoende mate is ingegaan op de in het onderdeel gereleveerde omstandigheden, omdat eiser geen belang bij het onderdeel of omdat het onderdeel een veegklacht bevat die geen zelfstandige behandeling behoeft.

De Hoge Raad: De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Datum uitspraak:

Zaaknummer: