

## **Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 07, 2013**

Nummer 7, 2013

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

### INHOUDSOPGAVE

#### **Uitspraken zonder ECLI**

[- onbekend -](#)

Van der Moolen

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

[- onbekend -](#)

Curator LB & Verhuur / X Beheer B.V.

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

## RECHTSPRAAK

### Van der Moolen

#### ***Ondernemingskamer uitspraak 15 februari 2013 inzake Van der Moolen Holding N.V. De OK stelt vast dat er sprake is geweest van wanbeleid bij Van der Moolen en dat de (feitelijke) bestuurder(s) en raad van commissarissen hiervoor verantwoordelijk zijn geweest***

In onderhavige zaak doet de Ondernemingskamer uitspraak op het enquêteverzoek van (i) de curatoren van Van der Moolen Holding NV (VDM), (ii) VEB c.s. en (iii) ASR c.s. Bij beschikking van 5 juli 2010 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van VDM over de periode 1 januari 2005 tot 10 september 2009. VDM was een beursgenoteerde vennootschap die zich bezighield met de handel in effecten op de effectenbeurzen van Amsterdam en New York. Als gevolg van voortschrijdende automatisering is de wijze waarop in Amsterdam de handel in effecten functioneerde in de jaren negentig van de vorige eeuw ingrijpend gewijzigd, hetgeen VDM noopte tot aanpassing van de strategie. Medio 2005 heeft VDM besloten Curvalue Beheer B.V. (hierna: Curvalue) over te nemen. Curvalue was gespecialiseerd in de handel in financiële derivaten. Een van de bedrijfsonderdelen van Curvalue was Online Trader, een 'software platform' bestemd voor de elektronische handel in effecten. In het Jaarverslag 2005 van VDM is als strategische doelstelling onder meer vermeld het voortbouwen op de succesvolle lancering van Online Trader en het aanbieden van dit online brokerage systeem aan nieuwe markten en professionele afnemers. Den Drijver was ten tijde van de overname door VDM bestuurder en (middellijk) grootaandeelhouder van Curvalue. Op de aandeelhoudersvergadering van 2006 is Den Drijver benoemd tot lid van de raad van bestuur van VDM en enkele maanden later tot voorzitter van de raad van bestuur. In 2007 is Wolfswinkel benoemd tot CFO van VDM. Tijdens dezelfde aandeelhoudersvergadering in 2007 is Kroon gepresenteerd als adviseur van VDM. Eind 2007 heeft Wolfswinkel een (eerste) gesprek gevoerd met Avalon Media Group B.V. (verder Avalon, ook wel AMG) over samenwerking. Avalon was ruim een halfjaar voordien opgericht. Volgens haar businessplan beoogde zij activiteiten te ontplooiën op de entertainmentmarkt. Ten behoeve van deze samenwerking heeft VDM in de eerste zeven maanden van 2008 in tranches geldleningen aan Avalon verstrekt, tot een bedrag van in totaal

€ 6 miljoen. In 2007 is de toenmalige president-commissaris van VDM afgetreden, in 2008 zijn twee andere commissarissen afgetreden. Over de jaren 2006-2008 werden tientallen miljoenen euro's verlies geleden. In 2008 heeft VDM in twee tranches voor in totaal circa € 29 miljoen eigen aandelen ingekocht. Op 11 juli 2008 is Wolfswinkel als CFO van VDM afgetreden. Vanaf dat moment bestond de raad van bestuur van VDM nog (slechts) uit Den Drijver. De activiteiten van Online Trader zijn in augustus 2008 gestaakt. Onder voorbehoud van goedkeuring door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van VDM op 7 mei 2009 Kroon tot bestuurder van VDM benoemd. De AFM heeft de vereiste goedkeuring niet verleend. Op 16 juli 2009 is Den Drijver afgetreden als bestuurder van VDM. Aangezien er op dat moment geen andere bestuurders waren, waren de commissarissen op grond van de statuten toen met het bestuur belast. Op 10 september 2009 is het faillissement van VDM uitgesproken. De door de curatoren, VEB c.s. en ASR c.s. aan hun verzoeken ten grondslag gelegde onderdelen van het beleid en de gang van zaken van VDM zijn: (1) Online Trader; (2) de samenwerking met Avalon; (3) de inkoop van eigen aandelen; (4) de corporate governance, waaronder de rol van Kroon. De Ondernemingskamer oordeelt met betrekking tot (ad. 1) Online Trader als volgt. VDM heeft aan Online Trader, dat een speerpunt vormde van haar beleid en als zodanig publiekelijk is gepresenteerd, niet de aandacht geschonken die nodig was en strookte met het belang van Online Trader voor VDM. Een adequaat marktonderzoek, een doorwrochte strategie en een behoorlijk businessplan voor Online Trader ontbraken ten tijde van de overname van Curvalue en daarin is nadien geen verandering gekomen, terwijl de ontwikkeling van Online Trader stagneerde. VDM voer bovendien, bijvoorbeeld met betrekking tot het al dan niet verwerven van een banklicentie, niet steeds een duidelijke, weloverwogen koers. De Ondernemingskamer kwalificeert dat als wanbeleid en acht daarvoor de raad van bestuur en de raad van commissarissen verantwoordelijk. De Ondernemingskamer oordeelt met betrekking tot (ad 2) de samenwerking met Avalon als volgt. De Ondernemingskamer concludeert dat het navolgende handelen respectievelijk nalaten van VDM in het kader van de samenwerking tussen VDM en Avalon telkens afzonderlijk moet worden aangemerkt als wanbeleid: (a) het aangaan van die samenwerking en het verstrekken van geldleningen aan Avalon tot een bedrag van € 6 miljoen zonder een serieuze beoordeling en zorgvuldige besluitvorming; (b) het gestalte geven aan die samenwerking onder voor VDM nadelige en ondoordachte voorwaarden; en (c) het verzuimen om zich behoorlijk rekenschap te geven van de tegenstrijdige belangen van Kroon en daaraan vervolgens adequate consequenties te verbinden. In het licht van dit handelen en nalaten is ook het niet-vragen van toestemming aan de raad van commissarissen voor de geldleningen aan te merken als wanbeleid. De Ondernemingskamer oordeelt met betrekking tot (ad 3), de inkoop van eigen aandelen, als volgt. De Ondernemingskamer is van oordeel dat als wanbeleid moet worden aangemerkt dat: (a) Den Drijver ondanks het evidente tegenstrijdig belang

tussen VDM en de RDD stichting zich, met goedvinden van de raad van commissarissen, intensief heeft bemoeid met de besluitvorming over de inkoop van eigen aandelen en de uitvoering van het besluit inkoop van eigen aandelen; (b) Den Drijver aan de RDD stichting informatie heeft verschaft die VDM niet aan andere aandeelhouders had geopenbaard; (c) Den Drijver de brieven van 22 januari en 11 februari 2008 tegenover de raad van commissarissen heeft gebruikt als argument voor het verkrijgen van goedkeuring van de raad van commissarissen voor de inkoopprogramma's zonder te openbaren dat hij de inhoud en timing daarvan zelf had bepaald. De Ondernemingskamer oordeelt met betrekking tot (ad 4), de corporate governance, waaronder de rol van Kroon als volgt. Het functioneren van de raad van bestuur levert wanbeleid op, omdat het in overwegende mate is bepaald door de wijze van optreden van Den Drijver, dat gekenmerkt wordt door zeer beperkte aanwezigheid en toegankelijkheid, een bruuske wijze van managen en het op de spits drijven van conflicten, en dat leed onder onvoldoende aandacht voor compliance en onder vermenging van persoonlijke belangen van Den Drijver en Kroon met het belang van VDM. Dit heeft geleid tot het vertrek van een groot aantal staffunctionarissen, van Wolfswinkel en van leden van de raad van commissarissen, als gevolg waarvan de organisatie en het toezicht op het bestuur is verzwakt. Er is onvoldoende ondernomen om tijdig in aanvulling van de raad van bestuur te voorzien. De raad van commissarissen is in de periode vanaf 22 mei 2008 tot 7 mei 2009 ernstig in zijn functioneren tekortgeschoten door na te laten effectief toezicht te houden en doortastend op te treden, terwijl de raad van commissarissen toen wist dat de eerder door hem gesignaleerde problemen rondom het functioneren van de raad van bestuur niet waren opgelost en, in het bijzonder uit het exitgesprek met Wolfswinkel begin juli 2008, bleek dat die problemen nog ernstiger waren dan eerder gedacht, met name wat betreft het functioneren van Den Drijver als CEO, diverse integriteitskwesties en de rol van Kroon. In combinatie hiermee levert ook de omstandigheid dat de raad van commissarissen in deze periode niet naar behoren was samengesteld een ernstige tekortkoming op. Dit een en ander is aan te merken als wanbeleid. Het functioneren van Kroon als feitelijk bestuurder van VDM, in ieder geval vanaf mei 2008 tot 15 juli 2009, levert wanbeleid op omdat (a) Kroon zich schuldig maakte aan onbehoorlijke belangenvermenging, (b) deze gang van zaken inbreuk maakte op de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering tot benoeming van bestuurders, (c) het functioneren van Kroon zich aldus onttrok aan het toezicht door de raad van commissarissen en (d) het op grond van de Wft ontoelaatbaar is dat een persoon waarvan de betrouwbaarheid niet is vastgesteld door de AFM, functioneert als feitelijk beleidsbepaler van een financiële onderneming als VDM. De Ondernemingskamer stelt Den Drijver voor het vastgestelde wanbeleid verantwoordelijk. De raad van commissarissen wordt voor het vastgestelde wanbeleid ten aanzien van de corporate governance verantwoordelijk gesteld over de periode van 22 mei 2008 tot 7 mei 2009 en wordt voor het overige vastgestelde wanbeleid verantwoordelijk gesteld over de periode tot 7 mei

2009. Kroon wordt vanaf mei 2008 verantwoordelijk gesteld voor het vastgestelde wanbeleid.

---

**Datum uitspraak:**

**Zaaknummer:**

## RECHTSPRAAK

### **X en gelieerde vennootschappen / Promocean c.s.**

***Bestuurdersaansprakelijkheid. Op grond van diverse, in het vonnis besproken incidenten komt de rechtbank tot de conclusie dat gedaagde sub 3 stelselmatig heeft gehandeld met tegenstrijdig belang en ook overigens onrechtmatig heeft gehandeld, en aansprakelijk is voor de schade. Beroep op eigen schuld faalt***

Promocean B.V. maakt deel uit van de Li & Fung groep (hierna: Li & Fung). In 2005 is Promocean B.V. overgenomen door Li & Fung van Mid Ocean Holding B.V. (hierna: Mid Ocean). X, die bij Mid Ocean een managementpositie had, is toen bestuurder van Promocean B.V. geworden. X was vanaf 15 juni 2005 in dienst bij Promocean B.V. als statutair directeur en bij Li & Fung BVI als manager, zulks op grond van 'Service Agreement'-overeenkomsten (hierna: de Service Agreement-overeenkomsten). In een 'Tripartite Termination Agreement' (hierna: TTA) tussen Promocean en Li & Fung BVI enerzijds en X anderzijds is neergelegd dat de Service Agreement-overeenkomsten van X per 1 juli 2009 zouden eindigen. Promocean c.s. betichten X van onregelmatigheden bij Promocean B.V. Zij spreken hem en de aan hem gelieerde vennootschappen Y en Z aan tot schadevergoeding. In reconventie vorderen gedaagden primair een verklaring voor recht dat de rechts- en schuldverhouding met Promocean B.V. krachtens een mondelinge overeenkomst is beëindigd in juni 2009 en subsidiair stellen zij een recht op schadevergoeding te hebben.

De rechtbank overweegt dat ten aanzien van het toepasselijke recht op de rechtsverhouding het Nederlandse recht ook geldt voor de handelingen van X met betrekking tot overige, buitenlandse, vennootschappen. De vorderingen worden beoordeeld naar Nederlands recht. X, Y en Z stellen dat de inhoud van de TTA is overeengekomen tussen partijen, althans dat met betrekking tot de essentialia ter zake van de beëindiging van de overeenkomsten tussen X en Promocean c.s. overeenstemming bestond. Deze stelling is in een andere procedure tussen partijen al behandeld door het hof Arnhem. Het hof oordeelde dat geen wilsovereenstemming bestond over (de inhoud van de) TTA. In navolging van het hof komt de rechtbank tot het oordeel dat X, Y en Z onvoldoende hebben onderbouwd dat wilsovereenstemming bestond over de TTA of de essentialia daarvan. Een aantal van de door Promocean c.s. aangevoerde

incidenten ter onderbouwing van X's onregelmatigheden treffen geen doel. Zoals gesteld in de incidenten, heeft X gehandeld met tegenstrijdig belang. Deze handelingen worden door de rechtbank ook als onrechtmatig gekwalificeerd. X is aansprakelijk voor de schade, het beroep op eigen schuld faalt.

---

**Instantie:** Rechtbank Oost-Nederland

**Datum uitspraak:** 16-01-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBONE:2013:BZo415

**Zaaknummer:** 193155

**Wetsartikelen:** 6:162 BW en 2:256 BW

RECHTSPRAAK

**Curator LB & Verhuur / X Beheer B.V.**

***Curator vordert betaling van schulden in faillissement o.g.v. onbehoorlijk bestuur. Gedaagde heeft niet voldaan aan haar verplichtingen uit artikel 2:10 BW. Wettelijk vermoeden dat dit belangrijke oorzaak van het faillissement is. Gedaagde heeft wettelijk vermoeden niet weerlegd. Vordering toegewezen***

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid LB Verhuur & LB Verkoop B.V. (hierna: LB Verhuur) is een onderneming die zich bezighield met het facilitair ondersteunen van de verhuur, verkoop en verhandeling van - onder meer - licht- en geluidsapparatuur. Bij vonnis van 7 februari 2007 heeft de rechtbank LB Verhuur in staat van faillissement verklaard met aanstelling van de curator. Ten tijde van de faillietverklaring van LB Verhuur was X Beheer B.V. haar enig statutair bestuurder. Y was ten tijde van het faillissement enig aandeelhouder en statutair bestuurder van X Beheer B.V. De curator vordert dat bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, X Beheer B.V. en Y hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling aan de curator van de schulden in het faillissement van LB Verhuur, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan (het tekort). Volgens de curator heeft X Beheer B.V. haar taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld nu uit onderzoek van de aangetroffen financiële administratie is gebleken dat zij geen boekhouding heeft gevoerd die voldoet aan de eisen van artikel 2:10 BW en geen volledige administratie heeft bewaard over de periode van zeven jaar voorafgaand aan het faillissement van LB Verhuur.

De rechtbank overweegt ten aanzien van de vraag of X Beheer B.V. aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement van LB Verhuur als volgt. Een bestuurder is uit hoofde van artikel 2:248 BW aansprakelijk voor het tekort in het faillissement indien zij haar taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Aan de eisen van artikel 2:10 lid 1 BW is voldaan indien de administratie zodanig is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie. Volgens de rechtbank heeft X Beheer B.V. niet voldaan aan de verplichting om op zodanige wijze administratie te voeren en te bewaren

dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Grote fouten met betrekking tot de rekening-courantpositie rechtvaardigen, volgens de rechtbank, de conclusie dat niet aan het vereiste is voldaan dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie. Het is aan Y en X Beheer B.V. vervolgens om aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan haar onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Dit lukt Y en X Beheer B.V. echter niet en daarmee is het wettelijk vermoeden van artikel 2:248 BW niet weerlegd. X Beheer B.V. is dan ook aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van LB Verhuur. De vordering tot hoofdelijke betaling van het tekort, nader op te maken bij staat, wordt toegewezen.

---

**Datum uitspraak:**

**Zaaknummer:**