

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 11, 2014

Nummer 11, 2014

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:PHR:2013:2379](#) 13-12-2013

Conclusie inzake verbodenverklaring Vereniging Martijn

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:608](#) 05-03-2014

Thijsius Holding / Conew

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:630](#) 04-03-2014

Stichting Zorg en Ondersteuning c.s./Stichting Gehandicaptenzorg c.s.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:581](#) 04-03-2014

Van der Knijff q.q./Robro Vastgoed

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:581](#) 04-03-2014

Vereniging Consument & Geldzaken / Aegon Bank NV (Spaarbeleg)

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:597](#) 27-02-2014

Kinta c.s. / Tica c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4575](#) 10-12-2013

Hoger beroep tegen inmiddels ontbonden vennootschap

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:5129](#) 12-11-2013

Holland Retail Fund

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:1264](#) 16-04-2013

A/BV X

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2014:1383](#) 05-03-2014

Eurocommerce

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2014:1438](#) 26-02-2014

Diks q.q. / Bestuurders X c.s.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:1056](#) 19-02-2014

De Regge

RECHTSPRAAK

Eurocommerce

Gevi Gorssel B.V. (voorheen Eurocommerce Promotie B.V., hierna Gorssel) maakt deel uit van de Eurocommerce Groep, actief op het gebied van projectontwikkeling en onroerend goed. Gorssel exploiteerde een zeer exclusieve paardenstal. Bestuursleden van de groep(svennootschappen) zijn X (vader), Y (zoon) en Z (dochter). Vanwege de ingezakte vastgoedmarkt is intensief gesproken met de banken over herfinanciering. Deze gesprekken zijn echter mislukt. In het zicht van faillissement heeft Eurocommerce Holding B.V. omvangrijke vorderingen op Gorssel kwijtgescholden en de aandelen in Gorssel vervreemd op niet-marktconforme wijze (I). Verder heeft Gorssel voor faillissement ten behoeve van een verbonden onderneming (Gorssel International B.V., hierna International) een hypotheek op haar toebehorende goederen gevestigd (II). Tot slot zijn beweerdelijk door Gorssel paarden verkocht aan International (III) dan wel externe partijen (IV). De handelingen onder I en II zijn wat de rechtbank betreft geldig buitengerechtelijk vernietigd; aan de voorwaarden voor pauliana is voldaan. Wat III en IV betreft is geen sprake van benadeling, nu de paarden op basis van een vaststellingsovereenkomst worden geacht aan Gorssel toe te komen. Wel is het handelen onrechtmatig jegens de bank wat betreft de aan externe partijen verkochte paarden, nu de opbrengst niet op de bankrekening van Gorssel is gestort maar op die van International.

Eurocommerce Holding B.V. (hierna: Holding) maakt deel uit van de Eurocommerce Groep, actief op het gebied van onroerend goed. De aandelen worden gehouden door een familie-STAK, met X en kinderen Y en Z als (indirect) bestuurders. Holding en Y waren tot 1 december

2011 (mede)bestuurder van Gorssel. Gorssel exploiteerde een zeer gerenommeerde paardenstal. Y is per 1 december 2011 enig bestuurder van Gorssel geworden. Y was eveneens bestuurder van Gevi International B.V. (hierna: International). De stal was structureel verlieslatend; de verliezen werden aangezuiverd door Holding. Sinds medio 2010 was er veel contact met de banken inzake de kredietverlening. Op 1 december 2011 hebben Holding en Gorssel een serie overeenkomsten gesloten, inhoudende Ia) een storting op agio door Holding op de door haar gehouden aandelen Gorssel ad € 38,25 miljoen, waardoor een vordering van gelijke omvang in feite werd kwijtgescholden, en Ib) verkoop van de aandelen in Gorssel door Holding aan International ad € 7 miljoen, onder schulderkenning door International van de koopsom, waarbij aflossing zou plaatsvinden in zeven jaar en waarbij gelijktijdig sponsoring door Holding gedurende zeven jaar voor jaarlijks € 1 miljoen werd overeengekomen, welke bedragen op gelijktijdige data betaald dienden te worden en II) vestiging van een eerste recht van hypotheek door Gorssel ten behoeve van International op onroerende zaken van Gorssel. Ook is in geschil of III) geldige overdracht van de paarden door Gorssel aan International IV) dan wel jegens externe partijen heeft plaatsgevonden. Holding is per 12 juli 2012 samen met andere groepsvennootschappen failliet verklaard. Rabobank en de curatoren hebben de genoemde transacties bestreden als zijnde paulianeus en buitengerechtelijk vernietigd. Vraag is of dat terecht is. De rechtbank oordeelt als volgt. Allereerst volgt uit Hoge Raad 21 december 2001, NJ 2005/91, dat de individuele schuldeiser in geval van faillissement geen beroep kan doen op de actio pauliana, aangezien dit de exclusieve bevoegdheid van de curator is. Rabobank is ad I) en II) derhalve niet-ontvankelijk. Voor rechtsgeldigheid van de buitengerechtelijke vernietiging door de curatoren van handelingen ad I) en II) dient aan de voorwaarden van artikel 42 Fw (onverplichtheid, benadeling en wetenschap) voldaan te zijn.

Ad I) heeft Gorssel gesteld dat Holding zich reeds voor 1 december 2011 had verbonden tot het hiervoor genoemde stelsel van rechtshandelingen, zodat sprake is van verplichte rechtshandelingen. Dit kan echter niet uit de overlegde brieven worden afgeleid. Weliswaar wordt de wens tot overname geventileerd en worden de condities aangegeven, maar van wilsovereenstemming blijkt niet. De handelingen zijn derhalve onverplicht. Bovendien hebben de handelingen geleid tot benadeling, nu de verhaalsmogelijkheden zijn verminderd ten opzichte van de situatie dat zij niet zouden hebben plaatsgevonden. Het verweer van Gorssel dat niet sprake is van een serieuze vordering maar van kapitaalverschaffing wordt verworpen, nu de (door de accountant goedgekeurde) jaarstukken juist een vordering vermelden en de overeenkomst van 1 december 2011 ook geen melding maakt van kapitaal. De nieuwe vordering op International van € 7 miljoen kan niet leiden tot reële vermogenstoename, nu Gorssel eveneens een jaarlijkse sponsorverplichting van € 1 miljoen op zich nam. Wat de wetenschap van benadeling betreft, wordt vermoed dat deze aanwezig was bij zowel Holding als bij Gorssel/International, nu de rechtshandelingen zijn verricht

binnen een jaar voor de faillietverklaring (art. 43 lid 1 aanhef en sub 5a Fw). De door Holding daartegen aangevoerde argumenten slagen niet. Op 1 december 2011 was Holding er niet in geslaagd de schuld bij de ABN af te lossen, was geen herfinanciering gevonden en had bovendien de afdeling Bijzonder Beheer van de Rabobank het dossier overgenomen. Dat NIBC nog een lening heeft verstrekt doet daar niet aan af, nu zij niet van de gang van zaken binnen de Groep op de hoogte was. Tot slot was het Holding niet gelukt een verschuldigde schadevergoeding te betalen wegens ontbinding van een koopovereenkomst. Bij die stand van zaken moet het voor X en daarmee Holding op 1 december 2011 met een redelijke mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar zijn geweest dat de Groep zou failleren met achterlating van een tekort in het faillissement, nu Holding, die de spil vormde in de financiering, hoofdelijk aansprakelijk was voor schulden van groepsvennootschappen. Voorzienbaar was namelijk eveneens dat uitwinning van de zekerheden er niet toe zou leiden dat de schulden zouden kunnen worden terugbetaald. Wat Gorssel/International betreft, geldt dat Y bestuurder was, (indirect) aandeelhouder van Holding en eveneens medebestuurder was van de familie-STAK. Daarmee was Y en dus Gorssel/International op de hoogte van de financiële situatie van de groep en was het faillissement met achterlating van het tekort met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien. Ad I) is daarmee de aanwezigheid van paulianeus handelen gegeven. De geldlening- en sponsoringsovereenkomst zijn geldig buitengerechtelijk vernietigd. De aandelen in Gorssel zijn niet overgedragen aan International. Ad II) is de vraag of de vestiging van de hypotheek door Gorssel ten gunste van International paulianeus is. Niet betwist is dat de vestiging van hypotheek onverplicht is geschied. De schuldeisers van Holding verkeren door vestiging in een nadeliger positie, nu zij als gevolg van de hypotheek bij verhaal op Gorssel International voor moeten laten gaan. Zoals hiervoor is overwogen was op 1 december 2011 het faillissement van de Groep en daarmee van Holding, met achterlating van een tekort in het faillissement, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien. Wetenschap van de benadeling is daarmee gegeven, zodat ook ad II) sprake is van paulianeus handelen. De hypotheek is rechtsgeldig buitengerechtelijk vernietigd. Ad III en IV) speelt de vraag of de paarden van Gorssel zijn overgedragen aan International en/of derde partijen en of die overdracht paulianeus was. Op grond van een vaststellingsovereenkomst van 27 februari 2013 tussen Gorssel en International geldt dat de paarden toebehoren aan Gorssel, behoudens de aan derde partijen verkochte paarden. Daardoor is wat dat betreft geen sprake van benadeling van schuldeisers. De gevorderde verklaring voor recht dat geen geldige overdracht heeft plaatsgevonden zal echter toch worden toegewezen, omdat de overeenkomst slechts werking heeft tussen de betrokken partijen (Gorssel en International). International heeft echter na 1 december 2011 en (naar aangenomen dient te worden) met instemming van Gorssel het paard Vigaro aan een derde verkocht en de opbrengst laten storten op een te harer naam gestelde bankrekening. Op grond van hetgeen hiervoor aan de orde kwam, dient ervan

uitgegaan te worden dat het faillissement van de Groep/Holding op dat moment met een redelijke mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar was. De schuldeisers van Gorssel zijn door die transactie benadeeld. In zoverre is wel sprake van onrechtmatig handelen jegens de Rabobank.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 05-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2014:1383

Zaaknummer: C/06/133375 / HA ZA 12-391

Wetsartikelen: 3:45 BW, 42 Fw, 43 Fw, 45 Fw, 47 Fw en 51 Fw

RECHTSPRAAK

Thijsius Holding / Conew

Dient de jaarrekening opnieuw te worden vastgesteld?

Conew is opgericht door Jacht & Berg Management en Advies B.V. (hierna J&B). Thijsius heeft in de loop van 2001 alle gewone aandelen in het geplaatste kapitaal van Conew verworven en houdt deze sindsdien. Voorts wordt een prioriteitsaandeel P2 gehouden voor een derde deel door de erven van A, voor een derde deel door de erven van B, en voor een derde deel door C. De algemene vergadering van aandeelhouders van Conew heeft op 16 december 2004 een jaarrekening van Conew over 2001 vastgesteld. Op vordering van Thijsius heeft de OK op 26 juni 2008 aan Conew bevolen haar jaarrekening over het boekjaar 2001 binnen drie maanden opnieuw in te richten. De OK heeft voorts het standpunt van Thijsius, dat vorderingen die Conew heeft op J&B dienden te worden gewaardeerd op nihil in verband met de omstandigheid dat J&B in staat van faillissement is verklaard, verworpen. De Hoge Raad heeft het door Thijsius tegen de uitspraak van de OK ingestelde beroep in cassatie verworpen. Bij brief heeft Thijsius Conew verzocht om haar jaarrekening over 2001 in te richten en op te maken met inachtneming van de aanwijzingen als verwoord in het arrest van de OK. De OK oordeelt als volgt. Het oordeel van de OK dat de vordering van Conew op J&B niet per 31 december 2001 op nihil gewaardeerd diende te worden, hing samen met een vonnis van de Rechtbank te Haarlem van 25 mei 2005, waarbij G, voormalig bestuurder en grootaandeelhouder van J&B, was veroordeeld om aan de curator het tekort in het faillissement van J&B te voldoen. Bij arrest van het Gerechtshof Amsterdam is dit vonnis vernietigd en is de desbetreffende vordering van de curator alsnog afgewezen. Dit arrest is inmiddels onherroepelijk. Conew bestrijdt niet dat inmiddels wel is komen vast te staan dat de bedoelde vordering op J&B oninbaar is. Dit betekent dat die vordering – gelet op het bepaalde in artikel 2:362 leden 1 en 6 BW – op nihil zou moeten worden gewaardeerd en derhalve inderdaad niet in de post 'vorderingen' zou mogen voorkomen, indien de algemene vergadering van aandeelhouders de jaarrekening over 2001 thans zou dienen vast te stellen. Dat doet zich echter niet voor. De hier aan de orde zijnde procedure betreft een jaarrekening over 2001 die beoordeeld dient te worden aan de hand van de artikelen 999 e.v. Rv (oud) en in het bijzonder artikel 1002 lid 4 Rv (oud). Zoals Conew terecht heeft opgemerkt, heeft de Hoge Raad in zijn uitspraak geoordeeld dat artikel 1002 lid 4 Rv (oud) niet inhoudt dat de

vernietiging van de vaststelling van de jaarrekening die aan het geschil ten grondslag ligt, zich ook uitstrekt tot dat onderdeel van de jaarrekening dat niet door het bevel wordt bestreken. Dat oordeel strekt de OK in deze procedure tot uitgangspunt. Dat betekent dat de vernietiging van de jaarrekening 2001 op de voet van artikel 1002 lid 4 Rv (oud), die het gevolg is van de uitspraak van de OK, geen betrekking heeft op voormelde post en dat de jaarrekening in zoverre niet opnieuw behoeft te worden vastgesteld.

De stelling van Thijsius dat de omvang van de vordering op J&B pas duidelijk is geworden met de brief van de accountant, doet daaraan niet af. Wel dient – gelet op het vereiste dat de jaarrekening het in artikel 2:362 lid 1 BW bedoelde inzicht verschaft – te worden voorkomen dat op dit punt misverstand optreedt en dient in het bijzonder de indruk te worden vermeden dat de hernieuwde vaststelling van de jaarrekening mede op voormelde post betrekking heeft en het bestaan daarvan in zoverre bevestigt. Daarom dient Conew in de toelichting op de jaarrekening tot uitdrukking te brengen dat de jaarrekening wordt vastgesteld ter voldoening aan het arrest van 26 juni 2008, dat die vaststelling dienovereenkomstig beperkt is tot de aanwijzingen in dat arrest, dat voor het overige de inhoud van de op 16 december 2004 vastgestelde jaarrekening over 2001 niet opnieuw wordt vastgesteld en dat ten aanzien van de niet opnieuw vastgestelde posten dus geen rekening is gehouden met feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na 16 december 2004.

Uit het voorgaande volgt dat geen van de stellingen van Thijsius kan leiden tot toewijzing van haar verzoek. In het licht daarvan en gelet op het voornemen van Conew om het concept van de jaarrekening 2001 aan haar algemene vergadering van aandeelhouders voor te leggen, kan in het midden blijven of in een algemene vergadering van aandeelhouders de jaarrekening 2001 is vastgesteld en of, zoals Conew heeft aangevoerd, het onderhavige verzoek van Thijsius tardief is omdat het niet is ingediend binnen de in artikel 2:449 lid 1 BW vermelde termijn van twee maanden na die datum.

De slotsom is dat het verzoek van Thijsius niet toewijsbaar is. Thijsius zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:608

Zaaknummer: 200.129.868 OK

Wetsartikelen: 2:362 BW, 2:447 BW, 2:449 BW en 2:450 BW

RECHTSPRAAK

Vereniging Consument & Geldzaken / Aegon Bank NV (Spaarbeleg)

***Vervolg van Hof Amsterdam 30 oktober 2012
(ECLI:NL:GHAMS:2012:BY1450) en 7 mei 2013
(ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9564). Collectieve actie van een vereniging
ten behoeve van deelnemers aan het Sprintplan van Spaarbeleg (thans
Aegon). Het gaat om een tussenarrest. Aegon wordt opgedragen
stukken in het geding te brengen en gegevens te verstrekken. Deze
dienen om te kunnen vaststellen of Aegon voor rekening van het
Garantiefonds effecten heeft aangekocht voor een bedrag gelijk aan
het bedrag dat de deelnemers van Aegon hebben geleend.***

In deze procedure heeft de Vereniging Consument & Geldzaken onder andere het standpunt ingenomen dat aan de deelnemers van het Sprintplan een hoger krediet is verstrekt dan nodig was om de door Aegon Bank N.V. (mede handelend onder de naam Spaarbeleg) toegezegde verplichtingen te kunnen nakomen. Aldus is volgens de Vereniging door het Garantiefonds door de gekozen wijze van beleggen voor een lager bedrag belegd dan de som van de aan de afnemers verstrekte kredieten. Aegon heeft dit bestreden. Zij stelt dat het Garantiefonds wel degelijk heeft belegd voor een bedrag gelijk aan de door de afnemers verstrekte leningen. Het hof heeft Aegon opgedragen bij akte, gespecificeerd en voor zover mogelijk met stukken onderbouwd, duidelijk te maken op welke wijze het Garantiefonds de beschikking heeft gekregen over een bedrag gelijk aan de door de afnemers van het Sprintplan geleende bedragen en vervolgens hoe en voor welk bedrag het Garantiefonds tot belegging daarvan is overgegaan.

Het hof overweegt als volgt. Aegon heeft naar aanleiding van de vragen van het hof bij het tussenarrest van 7 mei 2013 een rapport van overgelegd van PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. (hierna: PWC) getiteld 'AEGON Bank N.V. Onderzoek SprintPlan'. Het rapport is opgesteld door R.A. B. van PWC en dateert van 3 januari 2012. Aegon heeft dit rapport daarmee niet naar aanleiding van het tussenarrest van 7 mei 2013 laten opstellen. Zij had dit rapport al

in haar bezit. Verder heeft Aegon een tweede rapport overgelegd, getiteld: 'Rapport SprintPlan AEGON Bank N.V.'. Dit rapport is eveneens van de hand van B., maar ditmaal in zijn hoedanigheid van partner van Oliver Wyman en Charco & Dique. Het tweede rapport van B. is gedateerd 25 juli 2013. In de akte na tussenarrest betoogt Aegon aan de hand van de rapporten, kort gezegd, dat het Garantiefonds heeft belegd voor een bedrag minimaal gelijk aan de door de afnemers verstrekte leningen.

Het hof overweegt het volgende. Uit het eerste rapport van B. volgt dat totaal 58 Sprintplan-portefeuilles door Aegon zijn afgewikkeld. Elke portefeuille wordt in dit rapport als een apart subfonds beschouwd. In paragraaf 4.2 van het eerste rapport van B. staat dat voor elk subfonds door Aegon Custody en Aegon Investment Management namens het Garantiefonds een overeenkomst werd gesloten met een investment bank, betreffende de aankoop van financiële instrumenten. Door middel van deze overeenkomsten met deze investment banks dekte het Garantiefonds haar verplichtingen jegens de afnemers in. Aegon Investment Management betaalde de aankoopprijs voor de financiële instrumenten aan de investment banks en die keerden op hun beurt na vijf jaar weer uit aan Aegon Investment Management. De uitbetaling betrof het gegarandeerde bedrag, eventueel verhoogd door een click en het behaalde betaalde rendement. De leningen van de deelnemers met Aegon werden uit die opbrengst terugbetaald. Een eventueel overschot van de opbrengst in het Garantiefonds werd door Aegon aan de deelnemers uitgekeerd. Het hof wenst kennis te nemen van de overeenkomsten die Aegon, naar zij stelt, heeft gesloten met de investment banks. Deze overeenkomsten dient Aegon in de procedure over te leggen. Zij dient in de door haar te nemen akte deze documenten te voorzien van een toereikende toelichting. Aegon dient aan de hand van die overeenkomsten en eventuele overige documentatie specifiek en cijfermatig onderbouwd voor het hof inzichtelijk te maken door wie welk bedrag aan de investment banks is betaald, voor welk bedrag financiële instrumenten zijn aangekocht en welke specifieke bedragen de investment banks telkens na vijf jaren op grond van de overeenkomsten aan Aegon hebben uitbetaald. Verder is het volgende van belang. Uit het eerste rapport van B. blijkt dat hij zijn onderzoek onder andere heeft gebaseerd op de jaarverslagen van het Garantiefonds, van Aegon Bank N.V. en van Stichting Aegon Beleggingsgiro. Uit de rapportage blijkt niet dat B. de jaarrekeningen en/of de administratie van Aegon Custody B.V. in zijn onderzoek heeft betrokken. Aegon Custody B.V. wordt in de rapportage als bewaarder van het Garantiefonds aangeduid. Blijkens artikel 4.2 van het 'Prospectus Spaarbeleg SprintPlan (tevens prospectus van het AEGON GarantieFonds)' is Aegon Custody B.V. de partij die de fondswaarden van het Garantiefonds op eigen naam, maar voor rekening van het Garantiefonds houdt. Het hof veronderstelt aldus dat de door Aegon Investment Management aangekochte financiële instrumenten door Aegon Custody B.V. op haar naam in haar administratie zijn opgenomen. Aegon heeft zich hierover echter nog niet uitgelaten. Daartoe wordt zij in de gelegenheid gesteld. Aegon dient in verband

met het voorgaande de gegevens te verschaffen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld:

- op naam van welke vennootschap de aangekochte financiële instrumenten zijn gesteld en geadministreerd;
- dat alle op grond van de met de investment banks gesloten overeenkomsten aangekochte financiële instrumenten door deze vennootschap daadwerkelijk zijn gehouden voor rekening van het Garantiefonds.

Aegon dient in de door haar te nemen akte de door haar verschafte gegevens te voorzien van een toereikende toelichting. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:581

Zaaknummer: 106.0050.89/02

Wetsartikelen: 3:303a BW

RECHTSPRAAK

Van der Knijff q.q./Robro Vastgoed

In oktober 2003 brandt een pand van Robro af. Hiervoor ontvangt Robro een schadevergoeding welke deels wordt aangewend voor de herbouw van het pand. Robro verkoopt en levert in december 2008 het pand aan Romela, waarna Robro achterblijft als lege vennootschap. Op 18 november 2009 wordt Robro failliet verklaard. Voorshands wijst het hof de vordering tegen de oud-bestuurders van Robro op grond van artikel 2:248 lid 1 BW toe. De vordering van de curator op grond van artikel 2:216 lid 3 BW is nog onvoldoende gemotiveerd. De wijze waarop de transactie tussen Romela en Robro tot stand komt, leidt tot de vaststelling dat Romela en de bestuurders van Robro onrechtmatig hebben gehandeld.

A is enig bestuurder van Beheer B.V. (hierna: Beheer). Een door hem gecontroleerde stichting houdt alle aandelen in Beheer BV. Beheer was van 1997 tot 15 of 16 januari 2009 enig aandeelhouder en bestuurder van Robro Vastgoed B.V. (hierna: Robro). Robro heeft in 2001 een perceel met daarop een pand verkregen dat in oktober 2003 door een brand is verwoest. De verzekeraar heeft ter vergoeding van de schade een bedrag van € 4.393.824 uitgekeerd. Van deze vergoeding is voor een bedrag van € 2.918.728 een herinvesteringsreserve (hierna: HIR) gevormd. Begin 2006 heeft Robro € 1.6 miljoen aan dividend uitgekeerd ten gunste van Beheer. Cogas heeft in 2007 werkzaamheden ten behoeve van het pand verricht voor Robro welke onbetaald zijn gebleven.

Robro heeft op 14 mei 2007 het pand verkocht en geleverd aan Romela B.V. (hierna: Romela). Beheer is bestuurder van Romela en houdt tevens 60% van de aandelen. De inspecteur heeft Robro op 10 mei 2008, wegens de vrijval van de HIR voor het jaar 2005 een aanslag vennootschapsbelasting van € 721.150 opgelegd. Robro heeft bezwaar gemaakt tegen de aanslag. Beheer heeft in december 2008 alle aandelen Robro voor € 1 verkocht en deze een maand later geleverd aan koper 1, welke tevens enig bestuurder werd, die op zijn beurt op 29

januari 2009 alle aandelen voor € 1 heeft verkocht en geleverd aan koper 2, die vanaf dat moment enig bestuurder werd. Robro is op 18 november 2009 failliet verklaard.

De curator vordert dat Beheer, A en koper 2 op grond van artikel 2:228 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedeltekort en de faillissementskosten. Ook vordert de curator voor recht te verklaren dat Beheer door de uitkering van de verzekeringspenningen ongerechtvaardigd is verrijkt en deze € 1 miljoen aan Robro dient te voldoen. Verder vordert de curator dat primair het besluit tot het uitkeren van dividend niet rechtsgeldig is en subsidiair dat Beheer met het besluit tot uitkering onrechtmatig heeft gehandeld. Tot slot vordert de curator primair de verkoop van het pand aan Romela te vernietigen omdat deze de koopprijs niet zou hebben voldaan en subsidiair Romela te veroordelen tot het betalen van € 1 miljoen aan de boedel.

Het hof oordeelt als volgt. Uit de stukken volgt dat Beheer en A vanaf april of mei 2007 wisten, of behoorden te weten, dat Robro haar schuld aan Cogas onbetaald zou laten en geen verhaal zou bieden. Het feit dat een gedeelte van de koopprijs van het pand is gedaan door middel van verrekening heeft ertoe geleid dat schuldeisers zijn benadeeld. Deze handelwijze dient als kennelijk onbehoorlijk te worden beschouwd en is een belangrijke oorzaak geweest van het faillissement. Het beroep van Beheer en A op matiging, op grond van artikel 2:248 lid 4 BW, kan slagen wanneer zij erin slagen de materiële belastingschuld succesvol te betwisten. Het hof oordeelt dat de vordering van de curator op grond van onrechtvaardige verrijking onvoldoende is toegelicht.

Wat betreft het beroep op artikel 2:216 lid 3 BW oordeelt het hof dat er geen gronden zijn aan te nemen dat, op het moment van de dividenduitkering, beheer en A wisten of behoorden te begrijpen dat de uitkering schuldeisers zou benadelen. Ook kunnen de formele gebreken die de curator stelt in voorkomend geval niet leiden tot nietigheid. Het hof oordeelt dat vaststaat dat Romela de koopprijs van het pand heeft voldaan. Echter is een deel van de koopprijs, € 300.000, betaald door het inbrengen van een lening. Hierdoor is € 300.000 niet beschikbaar gekomen voor het voldoen van andere schuldeisers. Zowel beheer, A als Romela begrepen of behoorden te begrijpen dat de schuldeisers hierdoor werden benadeeld. Hierom is de vordering op Romela deels gegrond. Het hof verzoekt partijen meer informatie te verschaffen en beveelt een comparitie.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 04-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:581

Zaaknummer: HD 200.094.918_01

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW, 2:216 BW, 42 Fw en 47 Fw

RECHTSPRAAK

**Stichting Zorg en Ondersteuning c.s./Stichting
Gehandicaptenzorg c.s.**

De statuten van SZO bepalen dat er in het bestuur van SZO in ieder geval één bestuurder plaats moet hebben die ook bestuurder is van SGL. X is de bestuurder die ook bestuurder is van SGL. De overige bestuurders ontslaan X als bestuurder van SZO in een bestuursvergadering waar X niet aanwezig is en wijzigen de statuten. Voor wijziging van de statuten is het op grond van de statuten noodzakelijk dat het besluit door het voltallige bestuur en unaniem wordt genomen. De besluiten van het bestuur konden niet geldig worden genomen zonder dat op dat moment een bestuurslid van SGL was vertegenwoordigd.

X vormde samen met drie medebestuurders het bestuur van de Stichting Zorg en Ondersteuning (SZO). SZO houdt alle aandelen in Tara-Manda B.V. Ook bezat SZO onroerend goed. X was daarnaast (enig) bestuurder van de Stichting Gehandicaptenzorg (voorheen genaamd Stichting Gehandicaptenzorg Limburg) (SGL).

De statuten van SZO bevatten onder andere de bepaling dat het bestuur uit ten minste drie bestuurders dient te bestaan, waarbij één bestuurslid, niet zijnde de voorzitter, tevens bestuurslid dient te zijn van SGL. Ook is in de statuten opgenomen dat het bestuur verplicht is SZO te ontbinden in geval een tussen SGL en Tara-Manda B.V. gesloten samenwerkingsovereenkomst zorgfaciliteiten wordt beëindigd, waarbij na ontbinding het liquidatiesaldo na vereffening bestemd is voor de Stichting Vrienden Gehandicaptenzorg ('SVG'). De vereffening dient te geschieden door de bestuurder die op grond van de voornoemde statutaire bepaling tevens bestuurslid is van SGL.

Op 10 juni 2013 heeft X een oproep ontvangen voor een op 18 juni 2013 te houden bestuursvergadering van SZO, met als agendapunt onder meer het ontslag van een bestuurslid. Op de vergadering, waar X niet aanwezig was, hebben de overige bestuurders van SZO het

bestuursbesluit genomen X te ontslaan. Ook is op de vergadering besloten tot het wijzigen van de statuten van SZO. Bij notariële akte van 20 juni 2013 zijn de statuten van SZO gewijzigd in die zin dat de hiervoor genoemde bepalingen zijn geschrapt.

Bij verstekvonnis van 25 juni 2013 is aan SZO verboden om te besluiten tot het ontslag van X als bestuurder van SZO en is het SZO verboden om zonder medewerking en/of goedkeuring enig besluit te nemen als bestuurder van SZO waarvoor krachtens de statuten van SZO unanimiteit bij de besluitvorming is vereist.

In het onderhavige geschil hebben SGL c.s. gevorderd dat de voorzieningenrechter SZO beveelt om binnen twee dagen de statuten van SZO zodanig te wijzigen dat de tekst daarvan identiek is aan de oude tekst en dat zij X in het handelsregister zullen laten inschrijven als bestuurder en te gehangen en te gedogen dat X zijn functie als bestuurder van SZO ongehinderd zal uitoefenen. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen grotendeels toegewezen tegen welke uitspraak SZO c.s. hoger beroep hebben ingesteld.

In het hoger beroep vorderen SZO c.s. dat het hof het vonnis zal vernietigen en de vorderingen alsnog zal afwijzen. Hieraan hebben SZO c.s. onder andere ten grondslag gelegd dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat het besluit tot ontslag van X en de daarop volgende wijziging van de statuten van SZO niet kon worden genomen zonder dat in het bestuur van SZO op dat moment een bestuurslid van SGL was vertegenwoordigd. Deze grief faalt. De statuten van SZO bepalen dat een bestuurslid van SZO tevens bestuurslid van SGL dient te zijn. Blijkens de statuten kan alleen het voltallige bestuur de statuten bij unaniem besluit wijzigen. Daar waar vooropstaat dat het bestuur van SZO mede moet bestaan uit een lid dat tevens bestuurslid is van SGL, is het in beginsel niet mogelijk om de statuten te wijzigen zonder dat daarbij betrokken is een bestuurslid dat tevens bestuurslid is van SGL. Er zijn geen omstandigheden aangevoerd die zodanig zwaar van gewicht zijn dat van voornoemd beginsel zou mogen worden afgeweken.

Ook richten SZO c.s. een grief tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat het ontslag van X in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden geacht. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat het ontslag van X, zonder diens onmiddellijke herbenoeming, als strijdig met de statuten van SZO moet worden geoordeeld, en dus niet in stand kan blijven. De beoordeling van de voornoemde grief kan evenwel in het midden blijven nu onverlet laat dat het ontslag van X niet in stand blijft omdat het tevens in strijd is geoordeeld met de statuten van SZO.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 04-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:630

Zaaknummer: HD200.133.559/01

Wetsartikelen: 2:14 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Kinta c.s. / Tica c.s.

Verzoek tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij een coöperatie. Een statutair vereiste versterkte meerderheid is niet in acht genomen. Onder deze omstandigheden levert dit gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen. In dat verband worden ook onmiddellijke voorzieningen getroffen.

Tica is een coöperatie met 25 leden. Tica is enig aandeelhouder en enig bestuurder van Tica Holding, welke vennootschap op haar beurt enig aandeelhouder en enig bestuurder is van Tica Aalsmeer. Tica Holding heeft een bod ontvangen op de door haar gehouden aandelen in Tica Aalsmeer. Kinta c.s. hebben de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Tica c.s. en een aantal onmiddellijke voorzieningen te treffen.

Kinta c.s. hebben aan hun verzoeken ten grondslag gelegd dat het besluit tot verkoop van de aandelen in Tica Aalsmeer neerkomt op ontbinding en vereffening van Tica, voor welk besluit op grond van artikel 10 lid 1 van de statuten een versterkte meerderheid is vereist. Deze is niet in acht genomen. Daarnaast zijn Kinta C.S. van mening dat er, ook indien geen versterkte meerderheid vereist zou zijn, het besluit tot verkoop van Tica Aalsmeer zo ingrijpend is dat de gevolgen daarvan uitdrukkelijk aan de orde gesteld dienen te worden in de algemene ledenvergadering.

De OK oordeelt dat tussen partijen niet in geschil is dat Tica geen andere activiteiten ontplooit dan de exploitatie van de expositiehal door Tica Aalsmeer, zodat het besluit tot verkoop van alle aandelen in Tica Aalsmeer zou neerkomen op een materiële liquidatie van Tica. Er bestaat geen uitzicht op het voortbestaan van de coöperatie nadat alle aandelen in Tica Aalsmeer zijn vervreemd.

De OK stelt voorop dat niet zij, maar de gewone burgerlijke rechter bevoegd is te oordelen over de vraag of een besluit nietig of vernietigbaar is omdat het niet met de vereiste meerderheid van stemmen is genomen. De OK oordeelt evenwel dat het bestuur van Tica niet, althans onvoldoende onder ogen heeft gezien dat voor het onderhavige besluit een versterkte

meerderheid was vereist. Om die reden levert de gang van zaken met betrekking tot de besluitvorming over het bod op de aandelen in Tica Aalsmeer naar het oordeel van de OK gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen.

Het bestuur van Tica heeft voorafgaand aan de algemene ledenvergadering waarin over de overdracht van de aandelen werd gestemd, advies ingewonnen bij een notaris. Deze notaris heeft te kennen gegeven van mening te zijn dat het besluit van het bestuur tot aanvaarding van de bieding door de algemene ledenvergaderingen kan worden goedgekeurd met een gewone meerderheid. Onduidelijk is echter gebleven op grond van welke informatie dit advies is gegeven en op grond van welke afweging de notaris tot zijn advies is gekomen, zodat daaraan in deze procedure geen gewicht toekomt.

Evenmin kan een beroep worden gedaan op het feit dat er in de algemene ledenvergadering toepassing is gegeven aan een geschillenregeling uit de statuten en dat een gewone meerderheid van de ledenvergadering ermee heeft ingestemd dat een gewone meerderheid volstaat voor de goedkeuring van de bieding en het bestuursbesluit tot vervreemding van Tica Aalsmeer. De OK verwerpt dat standpunt omdat niet kan worden aanvaard dat de bescherming die leden kunnen ontlenen aan het voorschrift dat voor bepaalde besluiten een versterkte meerderheid is vereist, ongedaan kan worden gemaakt door een andersluidende opvatting van een gewone meerderheid.

De overige bezwaren van Kinta c.s. zijn ongegrond.

De eerder genoemde redenen voor twijfel aan een juist beleid rechtvaardigen echter een onderzoek daarnaar. In dat kader acht de OK het noodzakelijk om bij wijze van onmiddellijke voorziening het besluit van de algemene ledenvergadering tot instemming met de overdracht van de deelneming in Tica Aalsmeer te schorsen. Daarnaast wordt het bestuur van Tica verboden om met gebruikmaking van het hier bedoelde besluit van de algemene ledenvergadering de aandelen in Tica Aalsmeer te vervreemden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-02-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:597

Zaaknummer: 200.139.449/01 OK

Wetsartikelen: 2:344 e.v. BW, 2:14 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Diks q.q. / Bestuurders X c.s.

Bestuurdersaansprakelijkheid. Curator verlangt afgifte van stukken. De curator houdt gedaagden voorts aansprakelijk voor het gehele faillissementstekort. De curator legt aan zijn vordering ten grondslag dat, hoewel de jaarrekeningen tijdig zijn gedeponeed, in dat kader toch niet is voldaan aan de deponeringsplicht van artikel 2:394 BW. De deponeringsplicht ziet immers niet alleen op het deponeren van een jaarrekening, maar ook op het deponeren van een juiste jaarrekening. Het loopt vooralsnog met een sisser af, omdat de gedaagden ter comparitie te kennen hebben gegeven zo spoedig mogelijk aan de curator de administratie van Mesthandel B.V. ter hand te stellen.

Gedaagden c.s. zijn (indirect) bestuurders van Mesthandel B.V. Mesthandel B.V. wordt failliet verklaard met aanstelling van mr. Diks tot curator. De curator verzoekt gedaagden tot afgifte van verschillende stukken, waaronder de administratie van Mesthandel B.V. Gedaagden geven daaraan geen gehoor. De curator houdt gedaagden voorts aansprakelijk voor het gehele faillissementstekort en betreft hen in rechte. De curator vordert onder meer verklaring voor recht dat gedaagden als bestuurders van Mesthandel B.V. hun taak onbehoorlijk hebben vervuld ex artikel 2:248 BW en aansprakelijk zijn voor het tekort in de boedel.

De curator legt aan zijn vordering ten grondslag dat, hoewel de jaarrekeningen tijdig zijn gedeponeed, in dat kader toch niet is voldaan aan de deponeringsplicht van artikel 2:394 BW. De deponeringsplicht ziet immers niet alleen op het deponeren van een jaarrekening, maar ook op het deponeren van een juiste jaarrekening. Het gaat er namelijk om dat daaruit de rechten en verplichtingen voor derden kenbaar zijn. Aldus moet de jaarrekening een correcte weergave zijn van de vermogenspositie van de vennootschap. Volgens de curator is daarvan in het geval van Mesthandel B.V. geen sprake. Gedaagden voeren verweer.

De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 2:248 lid 1 BW in geval van faillissement van een vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel aansprakelijk is voor het tekort, indien

het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In lid 2 is bepaald dat onweerlegbaar wordt aangenomen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld indien het niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 of 2:394 BW en dat wel weerlegbaar wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Lid 6 bepaalt dat de vordering (tot aanzuivering van het tekort) op grond van dit artikel slechts kan worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Lid 7 bepaalt dat met een bestuurder voor de toepassing van dit artikel wordt gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Ten slotte rust ingevolge artikel 2:11 BW de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is.

Artikel 2:394 BW ziet voorts op de publicatieplicht. Hier is in lid 3 bepaald dat de rechtspersoon uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar haar jaarrekening openbaar moet maken door nederlegging daarvan ten kantore van het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

Bij de beoordeling van de vraag of de bestuurder aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW heeft voldaan, geldt als maatstaf of de administratie zodanig is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en de omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie.

Ter comparitie hebben gedaagden te kennen gegeven zo spoedig mogelijk aan de curator de administratie van Mesthandel B.V. ter hand te stellen.

De curator wordt door de rechtbank in de gelegenheid gesteld om bij akte zijn bevindingen naar aanleiding van de (te) ontvangen administratie van Mesthandel B.V. uiteen te zetten en zijn stellingen ten aanzien van gedaagden voor wat betreft de publicatieplicht en/of de boekhoudplicht zo nodig aan te passen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 26-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2014:1438

Zaaknummer: 248608

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:10 BW, 2:11 BW, 2:248 BW, 2:394 BW, 2:396 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

De Regge

Geen aansprakelijkheid nieuwe vennoot voor reeds bestaande schulden van de vennootschap onder firma.

De vennootschap onder firma Adviesgroep De Regge (hierna: De Regge) is een assurantietussenpersoon. Op 15 maart 2007 en 28 december 2010 heeft eiseres € 15.000 respectievelijk € 20.000 overgemaakt aan De Regge. Deze bedragen zouden doorgestort moeten worden naar de verzekering. De Regge heeft dit echter niet gedaan. Eiseres heeft daarom R, P en gedaagde gedagvaard, alle drie voormalig vennoot van De Regge. Als gevolg van het faillissement van R en P is het geding ten aanzien van hen geschorst. Ten aanzien van gedaagde is de zaak voortgezet en is door partijen vonnis gevraagd. Het onderhavige vonnis heeft derhalve alleen betrekking op gedaagde.

Ten aanzien van de vraag of gedaagde aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap roept de rechtbank in herinnering dat artikel 18 van het Wetboek van Koophandel bepaalt dat elke vennoot hoofdelijk aansprakelijk is. Of dit ook betekent dat nieuwe vennoten aansprakelijk zijn voor reeds bestaande schulden van de vof, waarbij het gaat om de situatie dat de vennootschap gewoon blijft bestaan en de nieuwe vennoot erbij komt, staat echter niet vast.

In het voormalige wetsvoorstel 28746 (titel 13 van boek 7 BW) stond in artikel 7:824 de bepaling dat een nieuwe vennoot slechts verbonden is voor verbintenissen die zijn ontstaan na zijn toetreden of opvolgen. Vooruitlopend op de invoering van deze titel zijn er uitspraken gewezen waarin aansprakelijkheid om deze reden is afgewezen. Inmiddels is het wetsvoorstel op 15 december 2011 ingetrokken. Er is derhalve geen reden meer om vooruit te lopen op komende wetgeving. De vraag of een nieuw toetredende vennoot aansprakelijk is voor bestaande schulden, ligt weer geheel open.

Op 15 maart 2013 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over aansprakelijkheid in geval van een maatschap. De rechtbank leidt uit dit arrest af dat de Hoge Raad voor persoonlijke aansprakelijkheid van een vennoot voldoende vindt: 1) dat na toetreding van de vennoot een deel van de (gestelde) schuld is ontstaan, of 2) dat na toetreding van de vennoot de opdracht is

aanvaard. Of de vennoot persoonlijk iets met de opdracht te maken heeft gehad, is niet van belang. De rechtbank ziet geen aanleiding om te veronderstellen dat de situatie van een vof op dit onderdeel relevant verschilt van die van een maatschap. Vennoten in een vof zijn op grond van artikel 18 Wetboek van Koophandel hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden van de vof, dus ook als zij met de uitvoering van die opdracht niets te maken hebben gehad.

Gedaagde is vennoot geweest van de vof in de periode van 19 oktober 2011 tot 10 augustus 2012. Dat zij met de uitvoering van de opdracht van eiseres niets van doen heeft gehad, is gelet op bovengenoemd arrest, niet relevant. De te beantwoorden vraag is of, nadat gedaagde vennoot is geworden, 1) een deel van de gestelde schuld is ontstaan of 2) de opdracht is aanvaard. Vaststaat dat de opdrachten, ook in de visie van eiseres, zijn gegeven in 2006 en 2010. De opdrachten zijn dus niet aanvaard nadat gedaagde vennoot is geworden en zij kan dus ook niet op deze grond aansprakelijk worden gehouden. Naar het oordeel van de rechtbank kan evenmin gezegd worden dat (een deel van) de schuld is ontstaan nadat gedaagde vennoot is geworden. De vordering van eiseres is gebaseerd op de stelling dat met (een van de vennoten van) De Regge is afgesproken dat eiseres een bedrag zou storten in een levensverzekering c.q. overlijdensrisicoverzekering, terwijl het aan De Regge overgemaakte bedrag door De Regge niet is doorgestort aan die verzekeringen. Naar het oordeel van de rechtbank ontstaat de schuld dan op het moment dat De Regge (redelijkerwijs) het overgemaakte bedrag had moeten doorstorten. Weliswaar loopt de schade wel door (niet-verlaagde maandpremie, rente), maar dat is niet het ontstaan van een schuld. In deze zaak is de schuld ontstaan voordat gedaagde vennoot werd. De bedragen die op 15 maart 2007 respectievelijk 28 december 2010 door eiseres zijn overgemaakt aan De Regge, hadden naar het oordeel van de rechtbank – ervan uitgaande dat de door eiseres gestelde afspraak inderdaad is gemaakt – moeten worden doorgestort voordat gedaagde op 19 oktober 2011 vennoot werd.

De rechtbank concludeert dat gedaagde niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de door eiseres ingestelde vorderingen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 19-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:1056

Zaaknummer: C/08/136477 / HA ZA 13-95

Wetsartikelen: 18 WvK

RECHTSPRAAK

Conclusie inzake verbodenverklaring Vereniging Martijn

Advocaat-generaal adviseert verbod van de Vereniging Martijn op grond van artikel 2:20 BW. Werkzaamheid in strijd met de openbare orde.

Inzet van dit geding is de verbodenverklaring en ontbinding van de vereniging op de voet van artikel 2:20 BW. Volgens het OM is de werkzaamheid van deze vereniging in strijd is met de openbare orde. De vereniging betwist dat. De rechtbank heeft het verzoek van het OM tot verbodenverklaring en ontbinding toegewezen. Het gerechtshof heeft die beslissing vernietigd en het verzoek afgewezen. Met zijn cassatieberoep stelt het OM de vraag aan de orde welke maatstaf bij de beoordeling van een verzoek tot verbodenverklaring en ontbinding moet worden gehanteerd. De vereniging is in cassatie niet verschenen.

Deze zaak betreft een gevoelige kwestie. Enerzijds gaat het om de ontbinding van een rechtspersoon. Een gedwongen ontbinding van een rechtspersoon brengt een vergaande inbreuk op de vrijheid van vereniging mee. Anderzijds heeft de procedure te maken met de waarde van bescherming van de lichamelijke en geestelijke integriteit van kinderen. Die verdient in het recht bescherming. In feitelijke instanties heeft het debat tussen partijen zich gericht op de volgende vragen: welke uitingen en gedragingen hebben plaatsgevonden? Hoe dienen deze geïnterpreteerd te worden? Kan de werkzaamheid van de vereniging een verbodenverklaring en ontbinding rechtvaardigen? In cassatie is de omvang van de zaak beperkter dan in eerste aanleg en hoger beroep. Het OM heeft in zijn cassatieberoep de beschikking van het gerechtshof op een beperkt aantal punten bestreden. De rechtsvraag die in cassatie centraal staat, is onder welke omstandigheden gedragingen die een daadwerkelijke en ernstige aantasting vormen van als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel, onze samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten. De conclusie van A-G Timmerman strekt tot vernietiging. De A-G geeft de Hoge Raad in overweging de zaak zelf af te doen en de vereniging verboden en ontbonden te verklaren. Het cassatieverzoekschrift van het OM omvat vier onderdelen, waarin het volgende wordt betoogd:

- de vereniging had in hoger beroep niet-ontvankelijk moeten worden verklaard (onderdeel 1);

- de vaststelling van het hof dat sprake is van een ernstige en daadwerkelijke aantasting van een in ons rechtssysteem als wezenlijk beschouwd beginsel, had tot verbodenverklaring en ontbinding van de vereniging moeten leiden, omdat de (mogelijke) ontwrichting van de samenleving min of meer daaraan inherent moet worden geacht; ook heeft het hof ten onrechte een daadwerkelijke ontwrichting van de samenleving geëist om tot een verbodenverklaring en ontbinding van de rechtspersoon te geraken (onderdeel 2);
- de overweging van het hof, dat het OM niet zou hebben aangevoerd dat het materiaal op de website van de vereniging aanzet tot seksuele handelingen met kinderen, is onbegrijpelijk (onderdeel 3), hetgeen ook de proceskostenveroordeling treft (onderdeel 4).

In het vervolg wordt alleen het tweede onderdeel besproken. Het ontwrichtingsvereiste heeft betrekking op de werkzaamheid van de rechtspersoon: de werkzaamheid van de rechtspersoon dient voor de samenleving ontwrichtend te zijn. In dit geval bestaat de werkzaamheid van de vereniging uit materiaal op de website en de uitlatingen van (voormalig) bestuurders in de media. Het gaat er dan uiteraard om te bezien welk gedachtegoed in het materiaal en de uitlatingen tot uiting komt en vervolgens te beoordelen welke gevolgen dit gedachtegoed voor de samenleving zou kunnen hebben. De vereniging is niet slechts een platform voor debat. Het is evenmin slechts een veilige plek voor bepaalde personen om bepaalde gevoelens te uiten. De uitingen en gedragingen van de vereniging zijn er niet op gericht een maatschappelijke discussie over wijziging van de zedenwetgeving te initiëren. De vereniging draagt, naar in cassatie vaststaat, het idee uit dat seksueel contact van volwassenen met jonge kinderen normaal is en zij verheerlijkt dit soort contact. Daarmee propageert en beoogt de vereniging een samenleving waarin jonge kinderen blootstaan aan handelingen van volwassenen die naar huidige wetenschappelijke inzichten schadelijk zijn voor hun geestelijke gezondheid, aldus de A-G. Dit voortschrijdend wetenschappelijk inzicht in de gevolgen van seksuele contacten tussen volwassenen en jonge kinderen is relevant voor de toepassing van artikel 2:20 BW. Uit wetsgeschiedenis blijkt immers dat de rechter artikel 2:20 BW moet toepassen in het licht van de rechtsovertuigingen ten tijde van zijn oordeel. De uitkomsten van het wetenschappelijk onderzoek kleuren de op dit moment geldende rechtsovertuigingen. Daar komt nog bij dat een aantal van de door de vereniging gepropageerde gedragingen tussen volwassenen en jonge kinderen in artikel 244 en 245 Sr strafbaar zijn gesteld. Van belang is ten slotte dat het uitgangspunt van de schadelijkheid van seksuele contacten tussen volwassenen en jonge kinderen ook ten grondslag ligt aan diverse internationaal- en Unierechtelijke regelingen die in de afgelopen twee decennia tot stand zijn gekomen. De vereniging meent dat geen sprake is van misbruik (of van schade) wanneer het jonge kind zelf seksueel contact zoekt, daarmee instemt of zich niet daartegen verzet. Dat is volgens de A-G geen juiste benadering. Jonge kinderen beschikken niet over een

oordeelsvermogen dat zodanig ontwikkeld is dat zij de wenselijkheid van bepaalde handelingen en de gevolgen daarvan op korte en lange termijn op een weloverwogen wijze kunnen bepalen. Zij behoeven om deze reden van de kant van de maatschappij bescherming en zorg bij de groei naar volwassenheid. In onder andere de strafwetgeving bestaat ook oog voor deze problematiek. De A-G verwijst naar artikel 244-249 Sr. In die bepalingen speelt terecht de houding van een kind jegens een volwassene geen rol (vgl. HR 24 juni 1997, NJ 1997/676), aldus de A-G. Relevant is ook dat de kwestie van mogelijke gezondheidsschade als gevolg van het seksueel contact van volwassenen met nog kwetsbare jonge kinderen velen (waaronder in de eerste plaats ouders van jonge kinderen) in de samenleving beroert. Die ongerustheid is te begrijpen. Zij vindt ondersteuning in wetenschappelijk onderzoek. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever eist dat de rechter om tot een goede toepassing van het criterium van de ontwrichting van de samenleving te geraken dient in te schatten wat het effect op de samenleving is van de gedragingen van de rechtspersoon die met een fundamenteel beginsel van rechtsstelsel in strijd zijn, wanneer deze gedragingen grootschalig plaatsvinden. Een dergelijke inschatting heeft het hof in zijn bestreden beschikking ten onrechte niet gemaakt. De A-G acht het aannemelijk dat het grootschalig uitdragen van het idee dat seksueel contact tussen volwassenen en jonge kinderen normaal is en het grootschalig verheerlijken van dit soort contact zodanige bezorgdheid om het lot van jonge kinderen in de samenleving veroorzaken dat velen in de samenleving zullen kunnen menen dat de samenleving in dit opzicht geen veiligheid aan jonge kinderen biedt. Dit kan tot allerlei ongewenste effecten leiden, zoals het weghouden van jonge kinderen van kinderdagverblijven, scholen en sportclubs. Het gevolg hiervan is dat het uitdragen door de vereniging van de hierboven aangeduide ideeën voor de samenleving, indien op grote schaal toegepast, ontwrichtend werkt of kan werken. Een en ander maakt naar het inzicht van de A-G de door het OM verzochte maatregel noodzakelijk. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat onderdeel 2 terecht is voorgesteld. De A-G wijst ten overvloede nog op twee punten. Hij is zich ervan bewust dat mensen met pedofiele gevoelens te maken hebben met een moeilijke persoonlijke problematiek. Het is zijn overtuiging dat het via een vereniging verheerlijken van seksuele contacten van volwassenen met jonge kinderen deze moeilijke problemen niet kan oplossen. Tegelijkertijd zal het isoleren en benauwen van deze personen de moeilijke persoonlijke problematiek niet verlichten en verhelpen. Het lijkt zinvoller om deze medemensen vanuit de samenleving hulp en begeleiding te bieden om deze problematiek te beheersen. Zijn tweede opmerking betreft het volgende: uit het in de conclusie gegeven overzicht blijkt zijns inziens dat het EHRM geen moeite zal hebben met de ontbinding van de vereniging. Dit hof biedt ruimte om diverse preventieve maatregelen te nemen ter bescherming van kinderen. Hierbij beschikken de verdragsstaten over een zekere vrije beoordelingsmarge.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-12-2013

ECLI: ECLI:NL:PHR:2013:2379

Zaaknummer: 13/02498

Wetsartikelen: 2:20 BW

RECHTSPRAAK

Hoger beroep tegen inmiddels ontbonden vennootschap

Procedure na faillissement van vennootschap (eisers) buiten bezwaar van de boedel voortgezet. Hoger beroep tegen inmiddels geliquideerde en ontbonden vennootschap is ontvankelijk.

Deze zaak betreft het hoger beroep tegen het eindvonnis van 13 februari 2013 waarbij de kantonrechter verweerster heeft veroordeeld tot betaling aan eiser sub 1 van een bedrag van (in hoofdsom) € 2027,47. Op 8 mei 2013 is verweerster in hoger beroep gekomen tegen dit eindvonnis. Verweerster heeft bij memorie vijf grieven geformuleerd en bescheiden in het geding gebracht, met conclusie, kort gezegd, dat het hof het eindvonnis zal vernietigen.

Daarop hebben eisers een incidentele conclusie genomen, waarin zij betogen dat het hof verweerster niet kan ontvangen in haar vordering in de hoofdzaak omdat de liquidatie van eiser sub 1 is voltooid en de vennootschap is ontbonden. Hangende de procedure in eerste aanleg is eiser sub 1 namelijk failliet verklaard en per 22 maart 2013 is eiser sub 1 uitgeschreven uit het handelsregister omdat per die datum de liquidatie is geëindigd en de vennootschap is ontbonden. De procedure is buiten bezwaar van de boedel voortgezet.

Het hof overweegt dat, nu de procedure tegen eiser sub 1 is aangevangen vóór het tijdstip van haar ontbinding en van de vereffening van haar vermogen, de procedure tegen eiser sub 1 kan worden voortgezet, mede in volgende instanties, ook indien de vereffening van haar vermogen inmiddels is geëindigd en daarvan opgaaf is gedaan door de vereffenaar aan de registers overeenkomstig artikel 2:19 lid 6 BW. De incidentele vordering kan daarom niet slagen.

Het hof wijst de vordering in het incident af. In de hoofdzaak verwijst het hof de zaak naar de rol van 7 januari 2014 voor memorie van grieven en houdt iedere verdere beslissing aan.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4575

Zaaknummer: 200.128.082-01

Wetsartikelen: 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Holland Retail Fund

X, die de EA-groep als indirect bestuurder en aandeelhouder aanstuurt, komt te overlijden. A en B, lid van de RvC van een groepsvennootschap binnen de EA-groep, nemen de feitelijke leiding op zich. Een groeps-CV verkoopt op hun initiatief onroerend goed en betaalt de opbrengst vervolgens niet aan de moeder-BV uit, maar aan de grootmoeder-BV. Later failleert de moeder-BV en worden A en B door de rechtbank aansprakelijk gesteld wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het hof overweegt echter dat daarvoor in casu geen plaats is. A en B hadden voorafgaand aan de transactie positieve (externe) adviezen ingewonnen, waaraan zij niet hoefden te twijfelen; gezien de wijze van concernfinanciering kon verschillend gedacht worden over de vraag welke vennootschap als feitelijk schuldeiser gold; A en B hadden geen persoonlijk belang bij de wijze van uitvoering; het eindresultaat zou vanwege een overeenkomst met de bank hetzelfde zijn en de CV beschikte op het moment van verkoop nog over voldoende activa om externe crediteuren te voldoen. Nu geen sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur acht het hof de vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid evenmin op grond van onrechtmatige daad toewijsbaar, nu niet valt in te zien dat A en B hebben toegelaten of bewerkstelligd dat HRF BV een wettelijke of contractuele verplichting niet is nagekomen.

EA Holland Retail Fund IV B.V. (hierna: HRF BV) maakt deel uit van de Euro American-groep (hierna: EA-groep) en is beherend vennoot van EA Holland Retail Fund IV C.V. (hierna: HRF CV). De EA-groep wordt aangestuurd door de heer X als uiteindelijk bestuurder en enig aandeelhouder. Tussen de EA-groep en de Rabobank was een overeenkomst van kracht,

inhoudende dat de bank de saldi van alle groepsvennootschappen mocht salderen, waarbij deze hoofdelijk aansprakelijk waren voor het tekort. Op 3 september 2007 is X plotseling overleden, zodat een lacune in het bestuur ontstond. De leden van de RvC (A en B) van de grootmoeder van HRF BV hebben daarom de feitelijke leiding van de groep op zich genomen. Op 26 november 2007 hebben A en B een aan HRF BV toebehorende onroerende zaak verkocht en de opbrengst laten uitkeren, niet aan HRF BV zelf, maar aan haar moedervernootschap (EAIG BV). Op 17 juni 2008 is HRF BV failliet verklaard. De rechtbank heeft A en B als feitelijk beleidsbepalers op vordering van de curator hoofdelijk aansprakelijk gesteld wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, overwegende dat de transactie een belangrijke oorzaak in het faillissement van HRF BV is geweest. In appèl is aan de orde of dat juist is.

Het hof acht van belang dat A en B hebben gehandeld op advies van de financieel controller van de EA-groep en zich voorts hebben laten adviseren door een advocaat. Niet gesteld of gebleken is dat A en B redenen hadden moeten hebben om te twijfelen aan de juistheid van die adviezen. Gezien de wijze van concernfinanciering kon ook op zijn minst verschillend gedacht worden over de vraag welke vennootschap (EAIG BV of HRF BV) als feitelijk schuldeiser van HRF CV diende te worden aangemerkt. Gesteld noch gebleken is voorts dat A en B een persoonlijk belang hadden bij betaling aan EAIG BV. Voorts zou het eindresultaat in verband met de Rabo-overeenkomst hetzelfde zijn. Tot slot beschikte HRF CV op het moment van verkoop nog over voldoende activa om externe crediteuren te voldoen. Daarom valt niet in te zien dat geen redelijk denkend bestuurder de verkoopopbrengst zou hebben aangewend om de schuld af te lossen aan de vennootschap (EAIG BV) die zij redelijkerwijs als schuldeiser mocht beschouwen. Dit brengt mee dat de handelwijze van A en B niet kan worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk ex artikel 2:248 BW. Daarom is de vordering ook niet op grond van onrechtmatige daad toewijsbaar. A en B treft geen persoonlijk voldoende ernstig verwijt, nu op grond van bovenstaande niet valt in te zien dat A en B hebben toegelaten of bewerkstelligd dat HRF BV een wettelijke of contractuele verplichting niet is nagekomen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 12-11-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:5129

Zaaknummer: 200.106.245/01

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:11 BW, 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

A/BV X

De rechtbank heeft in eerste instantie A veroordeeld tot betaling van de schade die BV X heeft geleden doordat B haar verplichtingen jegens BV X niet is nagekomen. A is als bestuurder aansprakelijk op grond van het feit dat hij wist of had behoren te weten dat B haar verplichting jegens BV X niet zou kunnen nakomen. Hetgeen door de deskundigen is vastgesteld, kan geen uitsluitel geven over de financiële positie van B ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met BV X. Het hof oordeelt dat niet kan worden aangenomen dat A ten tijde van het sluiten van de overeenkomst wist, of redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat B haar verplichtingen niet kon nakomen.

De rechtbank heeft geoordeeld dat B wist of behoorde te begrijpen dat zij haar verplichtingen jegens BV X niet zou kunnen nakomen en ook overigens geen verhaal zou bieden. De rechtbank houdt A als bestuurder dan ook aansprakelijk voor de schade die BV X heeft geleden.

Het hof heeft in deze zaak tussenarresten uitgesproken op respectievelijk 3 mei 2007, 17 maart 2009 en 12 oktober 2010. Naar aanleiding van het tussenarrest van 17 maart 2009 zijn twee deskundigenberichten opgesteld welke beide zijn gedateerd op 18 november 2010. Aan de deskundigen is de vraag voorgelegd of de financiële situatie van B in een staat was waarin het duidelijk was dat de verplichting jegens BV X niet zou kunnen worden nagekomen.

De onderzoekers concluderen dat er in de onderneming registraties aanwezig waren welke gemakkelijk, en op een korte termijn, te gelde konden worden gemaakt. Wegens het ontbreken van gegevens is het echter lastig in te schatten wat de waarde van deze registraties was. Zo is onbekend of de continuïteit van de onderneming in gevaar zou komen wanneer de registraties zouden worden verkocht.

Het hof oordeelt als volgt. De waarde van de registraties kan niet worden vastgesteld. De vraag

op wie de bewijslast rust, wordt hiermee relevant. BV X betoogt, met verwijzing naar HR 10 juni 1994, NJ 1994/766, dat de bewijslast rust op A. Dit is echter niet het geval omdat het hier niet gaat om een geval waarin het vaststaat, of aannemelijk is, dat B niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Het hof merkt op dat het ontbreken van gegevens, waar deskundigen melding van maken, niet van dien aard is dat dit aan A kan worden toegerekend.

Verder oordeelt het hof dat A ervan uit kon gaan dat de verkoop van registraties aanzienlijke financiële middelen zou opleveren. Hetgeen voorts overwogen is met betrekking tot de waarde van de registraties van B brengt mee dat niet kan worden aangenomen dat A ten tijde van het sluiten van de overeenkomst wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat B niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Het bestreden vonnis kan niet in stand blijven en het hof wijst de vordering van BV X op A alsnog af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-04-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:1264

Zaaknummer: 106.002.651-01

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW