

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 13, 2014

Nummer 13, 2014

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:743](#) 17-03-2014

Enquête bij [A] en [B]

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:706](#) 11-03-2014

Dorigo/Frentz

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:518](#) 28-01-2014

B.V. / Statutair (ex)bestuurder

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:2052](#) 20-03-2014

Schuurbiers q.q. / JUVI

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:932](#) 19-03-2014

Econcern

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:720](#) 19-03-2014

X / KNJV en Y

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:818](#) 26-02-2014

St. Restschuld Eerlijk Delen, X en Y / ING Bank NV

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2014:1631](#) 19-02-2014

Nijhuis q.q. / gedaagde

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:1153](#) 15-01-2014

Studio Jas / Click Vision i.o. en X en BV Y

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2013:6447](#) 16-10-2013

Curator/Bestuurder Codink Beheer en Media Mix

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

Verzoek tot oprichten van een BV

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Schuurbiers q.q. / JUVI

De Rechtbank Rotterdam overweegt dat, indien er geen baten meer aanwezig zijn, op grond van artikel 2:19 lid 4 BW een besluit tot ontbinding moet worden genomen, waarna aan de vereffening (in het bijzonder art. 2:23a lid 4 BW) niet meer wordt toegekomen. Door niet de voornoemde weg te bewandelen, maar het faillissement aan te vragen is er in het onderhavige geval sprake van misbruik van recht.

Bij vonnis van 18 februari 2014 is JUVI in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. R. Kruisdijk tot rechter-commissaris en mr. H. Schuurbijs tot curator. De curator heeft tijdig verzet ingesteld tegen het faillissementsvonnis. De curator wordt als belanghebbende in de zin van artikel 10 Faillissementswet aangemerkt, nu hij als (potentieel) boedelschuldeiser bij de faillissementsbehandeling is betrokken.

In de onderhavige procedure is komen vast te staan dat JUVI niet meer aan haar betalingsverplichting kan voldoen, zodat in beginsel is voldaan aan de in de Faillissementswet geldende eisen om op eigen aangifte in staat van faillissement te kunnen worden verklaard. De rechtbank overweegt vervolgens dat het faillissement een liquidatieprocedure is ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en dat om die reden moet worden getoetst of er (enige) baten aanwezig zijn die onder de aanwezige crediteuren verdeeld zouden kunnen worden. JUVI heeft geen bezittingen, geen vorderingen op debiteuren, er is geen personeel in dienst, er is geen eigen bedrijfsruimte en de activiteiten zijn al ruim voor datum faillissement gestaakt. Er zijn geen baten aanwezig en er zijn ook geen baten te verwachten.

Omdat JUVI niet over baten beschikt, had haar bestuur ex artikel 2:19 lid 4 BW een besluit tot ontbinding moeten nemen. Aan de vereffening en in het bijzonder aan artikel 2:23 a lid 4 BW wordt dan niet meer toegekomen. Het doen van eigen aangifte levert in deze situatie misbruik van recht op. Er is immers een onevenredigheid tussen het gestelde belang bij de eigen aangifte van JUVI enerzijds en het belang van een te benoemen curator anderzijds, om verschoond te blijven van een benoeming in een faillissement, waarbij op voorhand vaststaat dat alle kosten voor rekening van een curator zullen komen.

Het verzoek tot vernietiging van het faillissementsvonnis wordt toegewezen. De bestuurder van JUVI wordt veroordeeld in de kosten van de procedure, alsmede in de faillissementskosten.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:2052

Zaaknummer: C/11/14/147F

Wetsartikelen: 10 Faillissementswet, 2:19 lid 4 BW en 2:23a lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Econcern

Renvooiprocedure. In verband met de strekking daarvan is in een renvooiprocedure geen plaats voor de beantwoording van de vragen of de failliet een vordering heeft op haar moeder/bestuurder/schuldeiser uit hoofde van artikel 2:248 BW, of de failliet vorderingen heeft op haar moeder die zouden kunnen worden verrekend en of, met uitzondering van de toepassing van de regeling van artikel 49 Fw, voor de curator van de failliet de mogelijkheid bestaat een aan een schuld ten grondslag liggende rechtsverhouding te vernietigen. In verband met hoofdelijke aansprakelijkheid van de moeder voor de schuld van dochter aan de bank mocht de bank op grond van artikel 234 Fw haar schuld aan de moeder (creditsaldo) verrekenen met haar vordering op de moeder. Als gevolg daarvan heeft de moeder een regresvordering op haar dochter gekregen. Door aanzuivering van het debetsaldo van de dochter door de moeder heeft de moeder eveneens een regresvordering op haar dochter gekregen. Beroep op pauliana door schuldeiser afgewezen.

Deze zaak betreft de renvooiprocedure in het faillissement van Econcern Power Assets International B.V. (hierna: EPAI). EPAI is een dochtervennootschap van Econcern N.V. Econcern heeft een rekening-courantvordering op EPAI van € 30.141.281,48 ter verificatie ingediend in het faillissement van EPAI. De curatoren van EPAI hebben de vordering van Econcern erkend. Self Elevating Platform JB-115 NV (hierna: SEP), een andere schuldeiser van EPAI, heeft deze vordering evenwel betwist.

De achtergrond van de vordering is onder meer gelegen in het volgende. Econcern had een syndicaatslening afgesloten. Onderdeel van de syndicaatslening was een zogenoemde 'ancillary', een rekening-courantkrediet van in hoofdsom € 20 miljoen, dat gekoppeld was aan een tussen ING Bank als agent en vrijwel alle concernvennootschappen gesloten 'cashpool-

agreement' (hierna: de cashpool). De bij de cashpool aangesloten groepsvennootschappen hadden in verband daarmee allemaal hun eigen ING-bankrekening. Op 31 december 2008 heeft een zogenoemde 'clearing' van de cashpool plaatsgevonden, die inhield dat alle debetstanden binnen de cashpool, waaronder een op naam van EPAI geadministreerd debetsaldo van € 18.559.010,11, werden aangezuiverd ten laste van het op de masteraccount van Econcern geadministreerde creditsaldo. Naar aanleiding hiervan is in de rekening-courantverhouding tussen Econcern en EPAI een vordering geboekt van Econcern op EPAI ter hoogte van € 18.559.010,11. Op 29 mei 2009 is de cashpool beëindigd. Bij gelegenheid van die beëindiging zijn de op naam van de deelnemers aan de cashpool, waaronder EPAI, geadministreerde debetstanden door ING verrekend met het op naam van Econcern geadministreerde creditsaldo. Naar aanleiding hiervan heeft Econcern op 3 juni 2009 in de tussen haar en EPAI bestaande rekening-courantverhouding een vordering van € 9.358.781,95 op EPAI geboekt.

Ten aanzien van de beëindiging van de cashpool overweegt de rechtbank dat ING de op naam van de deelnemers aan de cashpool, waaronder EPAI, geadministreerde debetstanden verrekend heeft met het op naam van Econcern geadministreerde creditsaldo. De curatoren van Econcern betogen terecht dat ING op grond van artikel 234 lid 1 Fw tot deze verrekening mocht overgaan. Omdat Econcern hoofdelijk aansprakelijk was voor de schuld van EPAI uit hoofde van de ancillary mocht ING deze vordering op Econcern immers verrekenen met haar schuld aan Econcern, bestaande uit het creditsaldo van Econcern. Dat sprake is van verrekening door ING is als zodanig ook niet door SEP betwist. De rechtbank kan SEP dan ook niet volgen in haar standpunt dat hier sprake is van een overboeking die een louter administratieve handeling is waaraan geen rechtsgevolg moet worden toegekend. Econcern heeft als gevolg van deze betaling aan ING een regresvordering op EPAI gekregen ter hoogte van € 9.358.781,95. De curatoren van EPAI hebben de vordering van Econcern, voor zover betrekking hebbend op het bedrag van € 9.358.781,95, dus terecht erkend.

Ten aanzien van de clearing van de cashpool overweegt de rechtbank dat de betaling door Econcern aan EPAI van € 18.559.010,11 moet worden beschouwd als een uitvloeisel van een – stilzwijgend gesloten – overeenkomst van geldlening voor hetzelfde bedrag, met als gevolg een vordering van Econcern op EPAI tot terugbetaling. Het betoog van SEP dat sprake is van een paulianeuze handeling slaagt niet, aangezien de door SEP aan de orde gestelde rechtshandeling van EPAI (het stilzwijgend sluiten van de overeenkomst van geldlening met Econcern) op zichzelf niet heeft geleid tot benadeling van haar schuldeisers. Tegelijk met het ontstaan van de schuld van EPAI aan Econcern van € 18.559.010,11 is de debetstand van de schuld uit hoofde van de ancillary immers met datzelfde bedrag verlaagd. Van een nieuwe schuld aan Econcern én een daadwerkelijke aanspraak op ING op (onder meer) EPAI voor een

hoger bedrag dan gold vóór de bedoelde overeenkomst, is dan ook geen sprake, althans niet als gevolg van die overeenkomst.

Ook de overige vorderingen van Econcern op EPAI zijn door de curatoren terecht erkend. De rechtbank komt derhalve tot de conclusie dat de vordering tot erkenning van de concurrente vordering van Econcern van € 30.141.281,48 moet worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:932

Zaaknummer: C-16-320834 - HA ZA 12-400

Wetsartikelen: 234 FW en 49 lid 2 FW

RECHTSPRAAK

X / KNJV en Y

Vernietiging van een tuchtrechtelijke uitspraak van de Ereiraad van de KNJV, waarbij een lid van de KNJV een berisping heeft gekregen. Bij de totstandkoming van de uitspraak is het fundamentele procesrechtelijke beginsel van hoor en wederhoor niet in acht genomen. Om die reden is het besluit op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b BW vernietigbaar.

X en Y zijn beiden lid van de KNJV. Zij zijn betrokken geweest bij een jachtongeval, waarbij het geweer van X onbedoeld afging en Y door hagel uit dat geweer in haar hoofd werd geraakt. Y heeft zich bij de Ereiraad van de KNJV over X beklagd over diens, volgens haar, oncollegiale gedrag. X heeft zich schriftelijk tegen die klacht verweerd.

De Ereiraad heeft aan X medegedeeld dat voor de inhoudelijke behandeling van de klacht een zittingsdatum zou worden bepaald en dat de voor de zitting vast te stellen datum niet meer zou kunnen worden gewijzigd, waarna X zijn verhinderdata aan de secretaris van de Ereiraad heeft opgegeven. De zitting is echter bepaald op een van de dagen waarop X – conform diens eerdere opgave – verhinderd was. Op het verzoek van X om de zittingsdatum te wijzigen heeft de secretaris van de Ereiraad niet meer gereageerd. Na de zitting, waarop Y schriftelijke verklaringen van een getuige en haar beide ouders aan de Ereiraad heeft overhandigd en een getuige een verklaring heeft afgelegd, heeft de Ereiraad uitspraak gedaan en de klacht gegrond verklaard en X berispt.

In de onderhavige procedure vordert X vernietiging van de uitspraak van de Ereiraad. Aan deze vordering legt hij ten grondslag dat de uitspraak van de Ereiraad zowel procedureel onzorgvuldig tot stand gekomen is, als inhoudelijk onjuist is.

De rechtbank overweegt dat de uitspraak van de Ereiraad moet worden aangemerkt als een rechtspersoonrechtelijk besluit in de zin van artikel 2:14/15 van het BW. Uit artikel 2:15 lid 3 sub a BW vloeit voort dat X met zijn vordering tot vernietiging van de uitspraak van de Ereiraad kon volstaan met dagvaarding van de KNJV. Bij zijn vordering tegen Y heeft hij daarom geen

belang en deze wordt afgewezen.

De rechtbank overweegt voorts dat de uitspraak van de Eereraad van de KNJV vernietigbaar is, indien bij de totstandkoming van de uitspraak fundamentele beginselen van procesrecht zijn geschonden en daardoor de beklagde partij in haar verdediging is geschaad. Bij zijn uitspraak heeft de Eereraad de voornoemde schriftelijke en mondelinge getuigenverklaringen in aanmerking genomen, zonder dat X in de gelegenheid is gesteld zich daarover uit te laten. Daarmee is het fundamentele procesrechtelijke beginsel van hoor en wederhoor geschonden, hetgeen de uitspraak vernietigbaar maakt (kennelijk niet alleen op de voet van art. 2:15 lid 1 sub c BW jo. art. 10 lid 2 van het Huishoudelijk Reglement KNJV, maar ook op voet van art. 2:15 lid 1 sub b BW).

Daarbij komt dat bij de agendering van de mondelinge behandeling geen rekening is gehouden met de vooraf door X opgegeven verhinderdata. Het zonder goede reden niet rekening houden met de verhinderdata van X bij de agendering van de zitting draagt bij aan de strijdigheid van de uitspraak met artikel 2:15 lid 2 sub b BW.

Aan het voorgaande doet niet af dat X zich in de schriftelijke procedure die voorafging aan de zitting al over diverse punten had uitgesproken.

Het voorgaande betekent dat de uitspraak van de Eereraad wordt vernietigd om redenen die liggen in de procedure van totstandkoming van die uitspraak. Aan de inhoudelijke bezwaren wordt om die reden niet toegekomen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:720

Zaaknummer: C/16/333274 / HA ZA 12-1275

Wetsartikelen: 2:14 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Enquête bij [A] en [B]

OK. Enquête. Onderzoek bevolen. Onmiddellijke voorziening getroffen. Omgang met minderheidsaandeelhouder. Informatievoorziening. Dividendbeleid. Artikel 2:345, 349a lid 2, 350 lid 1 BW.

Deze zaak betreft het verzoek tot een enquête bij [A] en [B]. [A] is een vennootschap wier aandelen op 4 december 2000 gecertificeerd zijn. [L] houdt sindsdien alle aandelen in [A]. Aanvankelijk, in 1998, werd aan [Q], [P], [R] en [S] elk een positie in het bestuur van [A] toegekend. Bij gelegenheid van de certificering van de aandelen in [A] op 4 december 2000, zijn [P], [S] en [R] als bestuurder van [A] teruggetreden. Als gevolg daarvan was [Q] enig bestuurder van [A] totdat op 1 januari 2002 [R] tot het bestuur van [A] toetrad. Ook [B] wordt thans bestuurd door [Q] en [R]. Voorts zijn [P], [Q], [R] en [S], ieder voor 25% aandeelhouder van [B].

[P] heeft de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van [A] en [B]. [P] heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat zij, ondanks verzoeken, niet voldoende wordt geïnformeerd over de gang van zaken binnen de onderneming, dat het dividendbeleid onjuist en onbegrijpelijk is in het licht van de resultaten, dat [B] niet voldoet aan de wettelijke verplichtingen tot het ten minste eenmaal per jaar houden van een algemene vergadering van aandeelhouders en dat het bestuur van [L] reeds geruime tijd niet conform de statuten is samengesteld. Zij meent dat in een en ander tot uiting komt dat het bestuur van [B] en [A] [P] benadeelt en elke bemoeienis van hem met de onderneming onmogelijk maakt.

Ten aanzien van de informatievoorziening overweegt de Ondernemingskamer als volgt. Nu [P] geen bestuurder meer is, heeft zij weliswaar geen recht op dezelfde informatie als die waarover het bestuur van [A] beschikt, maar dat doet er niet aan af dat op [A] en [B] jegens [P] als houder van een minderheidsbelang de verplichting rust haar belangen voldoende in het oog te houden en jegens haar zorgvuldig te handelen. Dat geldt in het bijzonder omdat hier sprake is van een besloten familieverbinding en tussen partijen in confesso is dat het steeds

de bedoeling is geweest om gelijkheid tussen de certificaat-/aandeelhouders te betrachten. De informatie die [P] wenst te ontvangen is van belang voor haar positie als aandeel-/certificaathouder; dat wordt ook niet betwist. Desalniettemin wordt deze informatie, ondanks verzoeken daartoe, niet verstrekt. Een deugdelijke grond daarvoor ontbreekt.

Ten aanzien van het dividendbeleid overweegt de Ondernemingskamer als volgt. Dat slechts beperkte dividenduitkeringen zijn gedaan is, gelet op de financiële resultaten en positie van de ondernemingen en de statuten van [L] (die wat betreft het dividendbeleid als orgaan van de vennootschap handelt) niet vanzelfsprekend. Dit roept reeds de vraag op of de algemene vergadering van aandeelhouders van [A] (lees: het bestuur van [L]) voldoende oog heeft gehad voor de belangen van [P] als certificaathouder die, anders dan [Q] en [R], niet meer als bestuurder bij de onderneming betrokken is. Het bij [P] bestaande vermoeden dat in feite wel degelijk dividenden worden uitgekeerd aan [Q] en [R], maar dan onder een andere naam (managementvergoeding of bonus), zodat zij daarop geen aanspraak kan maken, wordt onder meer gevoed door het gebrek aan kenbaar en consistent beleid.

De Ondernemingskamer concludeert dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van [A] en [B] te twijfelen. De Ondernemingskamer beveelt daarom een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van [A] en [B]. Voorts acht de Ondernemingskamer gronden aanwezig om bij wijze van onmiddellijke voorziening een commissaris te benoemen bij [A] en bij [B]. Deze commissaris mag het in het bijzonder tot zijn taak rekenen toe te zien op de informatieverschaffing aan [P].

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:743

Zaaknummer: 200.134.748 OK

Wetsartikelen: 2:345 BW, 349a lid 2 BW en 350 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Dorigo/Frentz

Dorigo sluit een participatie-overeenkomst met Frentz. De beoogde aandelenemissie vindt nooit plaats. De ter beschikking gestelde gelden zijn door X (bestuurder en enig aandeelhouder) gebruikt voor het aflossen van een privéschuld. De rechtbank oordeelt dat de buitengerechtelijke vernietiging van de overeenkomst door Dorigo geen gevolgen heeft. Ook de aansprakelijkheidsstelling van X op grond van artikel 6:162 BW faalt wegens onvoldoende onderbouwing van het causaal verband tussen de aflossing in privé en de gestelde schade. Nu de beoogde aandelenemissie niet heeft plaatsgevonden, hebben partijen niet gehandeld overeenkomstig hetgeen hen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond. De overeenkomst voorziet echter niet in een opzeggingsregeling. De rechtbank oordeelt echter dat in casu sprake is van verbruikleen voor onbepaalde tijd (7A:1791 e.v.), zodat Dorigo desondanks teruggave van de uitgeleende gelden kan vorderen.

Dorigo Holding B.V. (hierna: Dorigo) richt zich op het adviseren van ondernemingen. Mirjam Frentz Holding B.V. (hierna: Frentz) is bestuurder en enig aandeelhouder van HVB College B.V. (hierna: HVB, tot 8 maart 2011 Het Verrassingsburo Mirjam Frentz B.V.). X is bestuurder en enig aandeelhouder van Frentz. In 2006 en 2007 is door Dorigo een bedrijfsplan geschreven, waarin geconcludeerd werd dat HVB veel groeipotentie had. Op 14 augustus 2007 is, na waardering van de onderneming door de accountant van HVB, een participatie-overeenkomst gesloten. Voor € 150.000 werd Dorigo voor een derde deel economisch eigenaar van HVB. De daadwerkelijke aandelenemissie zou in 2008 plaatsvinden; daartussen werd de storting als renteloze lening aangemerkt. De beoogde emissie heeft echter nooit plaatsgevonden. In totaal heeft Dorigo uit hoofde van de participatieovereenkomst € 340.000 ter beschikking gesteld, om zo de beoogde groei te financieren. Met deze gelden heeft HVB

echter een rekening-courantschuld van HVB aan X in privé afgelost (€ 145.000). Bij brief van 1 december 2011 heeft Dorigo de overeenkomst vernietigd vanwege bedrog dan wel dwaling in verband met (beweerdelijke) onvolledige informatieverstrekking; subsidiair heeft zij de overeenkomst opgezegd wegens niet-nakoming. In rechte heeft zij ook X aangesproken tot schadevergoeding ex artikel 6:162 BW, nu X de aflossing van HVB aan X in privé zou hebben bewerkstelligd (art. 2:9 BW). De rechtbank oordeelt als volgt. Voor aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW en artikel 2:9 BW is plaats als de bestuurder een voldoende ernstig verwijt treft. De stelling van Dorigo dat verrekening van de rekening-courantschuld door X onrechtmatig is, strandt echter reeds wegens onvoldoende onderbouwing van het causaal verband tussen de verrekening en de gestelde schade. Niet onderbouwd wordt hoe daardoor de groeiverwachting van HVB niet is gerealiseerd. Voor zover Dorigo heeft betoogd dat de prognose te rooskleurig was, maar zij dat niet kon weten, omdat haar de cijfers over 2007 niet bekend waren, geldt eveneens dat niet nader geconcretiseerd is in welke zin de groeiscenario's niet op de werkelijke financiële situatie waren gebaseerd. Voorts heeft Dorigo ervoor gekozen niet zelf een accountant in te schakelen, en is gebleken dat zij zelf deskundig was ter zake van bedrijfswaardering, zodat het feit dat Dorigo is afgegaan op onjuiste informatie voor eigen rekening komt. X is daarom niet aansprakelijk ex artikel 6:162 BW. Voor hetgeen Dorigo heeft gesteld over bedrog, dwaling of een toerekenbare tekortkoming, kan hieraan voorbij worden gegaan, nu daaraan hetzelfde feitencomplex ten grondslag ligt. De vernietiging van de overeenkomst heeft daarom geen gevolg. Wat betreft ontbinding van de overeenkomst overweegt de rechtbank als volgt. Partijen stond bij het sluiten van de participatie-overeenkomst voor ogen de geldleningen in gelijke verhouding te brengen tot het relatieve belang van beide aandeelhouders. De daarvoor benodigde aandelenemissie heeft echter niet plaatsgevonden. De participatie-overeenkomst voorziet niet in een opzeggingsregeling. De rechtbank oordeelt echter dat in casu sprake is van verbruikleen voor onbepaalde tijd (7A:1791 en verder), zodat de uitlener teruggave kan vorderen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 11-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:706

Zaaknummer: C/05/235737 / HA ZA 12-774

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:11 BW, 3:44 BW, 6:162 BW, 6:228 BW, 6:265 BW en 7A:1797 BW

RECHTSPRAAK

St. Restschuld Eerlijk Delen, X en Y / ING Bank NV

Stichting stelt op de voet van artikel 3:305a een vordering in tegen ING. De rechtbank is van oordeel dat het statutaire doel van de Stichting – 'het oplossen van macro-economische vraagstukken' – te weinig specifiek is om te kunnen vaststellen dat de Stichting ingevolge haar statuten de belangen van derden behartigt jegens wie ING onrechtmatig zou hebben gehandeld bij het aangaan van overeenkomsten van geldlening en hypotheekverstrekking. Daarbij komt dat niet is gebleken dat de Stichting ook daadwerkelijk activiteiten heeft ontplooid om de belangen van 'de gedupeerden' te behartigen. De Stichting is daarom niet-ontvankelijk.

De Stichting Restschuld Eerlijk Delen, X en Y vorderen onder meer te verklaren voor recht dat ING haar verplichtingen jegens de aangesloten gedupeerden van Stichting Restschuld Eerlijk Delen heeft geschonden en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld en dat ING daarvoor jegens de aangesloten gedupeerden van de Stichting aansprakelijk is voor de schade die zij dientengevolge lijden en hebben geleden. Stichting Restschuld Eerlijk Delen heeft als statutaire doelomschrijving 'het oplossen van macro-economische vraagstukken'. ING vordert in het incident dat de procedure – op gronden van doelmatigheid – zal worden gesplitst in een procedure tussen Stichting Restschuld Eerlijk Delen en ING en een procedure tussen X en Y en ING en vordert tevens dat Stichting Restschuld Eerlijk Delen niet-ontvankelijk zal worden verklaard in haar vorderingen. Met betrekking tot de ontvankelijkheid van Stichting Restschuld Eerlijk Delen voert ING – kort gezegd – aan dat de ingestelde vordering om meerdere redenen in strijd is met de bepalingen van artikel 3:305a BW. Ook stelt ING dat Stichting Restschuld Eerlijk Delen geen feitelijke activiteiten heeft ontplooid ten aanzien van haar statutaire doelstelling en dat die doelstelling te vaag en onbepaald is.

De rechtbank is met ING van oordeel dat het statutaire doel van de Stichting Restschuld Eerlijk Delen – 'het oplossen van macro-economische vraagstukken' – zodanig abstract is geformuleerd dat daaruit niet kan volgen dat de Stichting Restschuld Eerlijk Delen ingevolge

haar statuten de belangen behartigt van, zoals zij stelt, degenen die een hypothecaire geldlening met een bank hebben afgesloten. Nu de Stichting Restschuld Eerlijk Delen blijkens haar vorderingen te dezen uitsluitend wenst op te komen voor 'de aangesloten gedupeerden' is de rechtbank van oordeel dat de statutaire doelomschrijving van Stichting Restschuld Eerlijk Delen te weinig specifiek is om te kunnen vaststellen dat Stichting Restschuld Eerlijk Delen ingevolge haar statuten de belangen van derden behartigt jegens wie ING onrechtmatig zou hebben gehandeld bij het aangaan van overeenkomsten van geldlening en hypotheekverstrekking. Daarbij komt dat – zeker in het licht van het gemotiveerde verweer van ING – niet voldoende is gebleken dat Stichting Restschuld Eerlijk Delen ook daadwerkelijk activiteiten heeft ontplooid om de belangen van, zoals zij het noemt, 'de gedupeerden' te behartigen. De stelling dat Stichting Restschuld Eerlijk Delen voortkomt uit een actiegroep is daartoe niet voldoende en ook overigens blijkt uit het dossier niet meer dan dat de Stichting Restschuld Eerlijk Delen een enkel persbericht heeft doen uitgaan. De Stichting Restschuld Eerlijk Delen voldoet dan ook niet aan de in het eerste lid van artikel 3:305a BW opgenomen eis. De slotsom is dan ook dat de Stichting Restschuld Eerlijk Delen niet-ontvankelijk is in de door haar op de voet van artikel 3:305a BW ingestelde vorderingen. Voor zover Stichting Restschuld Eerlijk Delen bedoeld heeft genoemde vorderingen in te stellen als gemachtigde of vertegenwoordiger namens 'de aangesloten gedupeerden' is de stichting niet-ontvankelijk omdat (met uitzondering van X en Y) niet blijkt namens wie zij procedeert en op welke grondslag zij daartoe bevoegd zou zijn. Gelet op het uitdrukkelijke verweer van ING had Stichting Restschuld Eerlijk Delen op dit punt duidelijkheid dienen te verschaffen, maar zij heeft dat niet gedaan. Aangezien X en Y zelf als procespartij optreden, heeft Stichting Restschuld Eerlijk Delen geen eigen belang bij haar vorderingen voor zover zij die namens X en Y instelt. Het voorgaande leidt ertoe dat Stichting Restschuld Eerlijk Delen niet-ontvankelijk is in haar vorderingen. Onder deze omstandigheden is de rechtbank met ING van oordeel dat om redenen van doelmatigheid een splitsing van de door X en Y jegens ING ingestelde vorderingen enerzijds en de door Stichting Restschuld Eerlijk Delen jegens ING ingestelde vorderingen anderzijds geboden is. Om die reden zal de procedure worden gesplitst voordat de niet-ontvankelijkheid van Stichting Restschuld Eerlijk Delen wordt uitgesproken.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:818

Zaaknummer: C/13/552208 / HA ZA 13-1599

Wetsartikelen: 3:305a BW

RECHTSPRAAK

Nijhuis q.q. / gedaagde

Bestuurder wordt aansprakelijk gesteld en gehouden op grond van artikel 2:248 BW.

Beijer Logistics voert een transportonderneming. Enig aandeelhouder van Beijer Logistics is J.G.V. Beijer Groep B.V. (hierna Beijer Groep), welke vennootschap tevens enig bestuurder is van Beijer Logistics. Enig aandeelhoudster/bestuurder van Beijer Groep is Tessem. Tessem functioneerde als financiële holding. Enig bestuurder van Tessem is gedaagde.

BLT B.V. (hierna: BLT) verzorgt logistieke opleidingen. Enig aandeelhoudster en bestuurder van BLT is de Stichting Administratiekantoor BLT, waarvan gedaagde enig bestuurder is.

Gedaagde is voorts enig aandeelhouder en bestuurder van Bridge Consulting B.V. (hierna Bridge Consulting), welke vennootschap op haar beurt enig aandeelhoudster en bestuurder is van de vennootschappen Jalobi B.V. (hierna Jalobi), Jalobi Duiven B.V. (hierna Jalobi Duiven) en IB Cargo Caspian B.V. (hierna IB).

Op enig moment wordt het faillissement van Beijer Logistics, Tessem en BLT uitgesproken. De curator vordert in alle drie de faillissementen verklaring voor recht dat gedaagde zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement als bedoeld in artikel 2:248 BW en/of dat gedaagde toerekenbaar tekort is geschoten in de behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak als bedoeld in artikel 2:9 BW en/of dat gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld als bedoeld in artikel 6:162 BW, alsmede veroordeling van gedaagde tot betaling van het tekort in de boedel.

Gedaagde voert verweer.

De rechtbank oordeelt dat het eerst en vooral gaat om de vraag of gedaagde als indirect bestuurder van de drie verschillende vennootschappen, Beijer Logistics, Tessem en BLT, zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van de faillissementen. Dat moet worden beoordeeld naar hetgeen gedaagde voorzag of kon voorzien op het moment dat hij zijn taak vervulde. Daarbij staat voorop dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur alleen kan worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder –

onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben. Dat kennelijk onbehoorlijk bestuur moet dan bovendien nog hebben plaatsgevonden binnen een periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement.

De rechtbank heeft voornoemde vraag vervolgens voor de drie failliete vennootschappen afzonderlijk beantwoord.

Ten aanzien van Beijer Logistics stelt de curator onder meer dat gedaagde tijdens surseance – in het licht van het naderend faillissement – actief klanten aan een derde partij heeft overgedragen c.q. klanten en opdrachten naar die partij heeft doorverwezen. Voorts zou gedaagde in de afkoelingsperiode actief hebben meegewerkt aan het terughalen van trekkers en trailers door leasemaatschappijen. Gedaagde zou de leasemaatschappijen hebben bewogen om materieel terug te nemen.

De rechtbank is van oordeel dat er geen grond was om de bestaande leaseovereenkomsten op te zeggen en de trucks en trailers terug te halen: geen redelijk denkend bestuurder zou onder die omstandigheden aan de leasemaatschappijen gelegenheid hebben gegeven om een aanzienlijk deel van het rollend materiaal, dat nodig is om de kerntaak van de onderneming –

transport – uit te kunnen voeren, mee te nemen. Uit niets blijkt verder dat gedaagde vervolgens de leasemaatschappijen op hun onrechtmatige gedrag heeft aangesproken, hetgeen van een redelijk denkend bestuurder in de gegeven omstandigheden had mogen worden verwacht. Gedaagde heeft voorts ook zijn orderportefeuille overgedragen aan een derde. Hij heeft daarmee de voornaamste bron van inkomsten van de vennootschap – het uitvoeren van opdrachten tot transport – weggegeven. Ook dat is niet iets wat een redelijk denkend bestuurder zou doen. Zelfs indien er voor de leasemaatschappijen al reden zou zijn geweest om de leaseovereenkomsten op te zeggen en het materiaal terug te halen, dan nog had een redelijk handelend bestuurder niet zomaar de opdrachten mogen overdragen aan een concurrent. De bestuurder had in dat geval ofwel een redelijke koopsom moeten bedingen dan wel had hij de lopende en komende opdrachten van zijn eigen opdrachtgevers kunnen laten uitvoeren door de concurrent onder opslag van een winstpercentage voor de eigen onderneming. Door te handelen zoals hij heeft gedaan, heeft gedaagde ervoor gezorgd dat het hart uit de onderneming is gehaald. De rechtbank concludeert dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Ten aanzien van Tessem stelt de rechtbank de curator in de gelegenheid om te bewijzen dat gedaagde in het zicht van het faillissement opleggers van Tessem op eigen naam heeft gezet, zonder dat daar een rechtsgrond voor was. Indien dat vast komt te staan, kan worden geconcludeerd dat gedaagde niet als redelijk denkend bestuurder heeft gehandeld en dat er

dus sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Vervolgens is dan nog de vraag of aannemelijk is dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Tessem. Gedaagde heeft in dit verband weersproken dat de overdracht van trailers gelet op de totale schuldenlast van Tessem een belangrijke oorzaak is geweest van faillissement van Tessem. De curator wordt in de gelegenheid gesteld om dit aannemelijk te maken.

Inzake BLT heeft de curator gesteld dat de jaarstukken niet-tijdig zijn gedeponneerd (een jaar te laat), zodat – gelet op artikel 2:248 lid 2 BW – vaststaat dat gedaagde zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. Vermoed wordt dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Gedaagde heeft evenwel naar voren gebracht dat met betrekking tot die publicatie sprake is van een onbelangrijk verzuim dat niet in aanmerking wordt genomen ter zake het wettelijk vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. Gedaagde stelt dat sprake is van een omissie van de boekhouder.

Hoofregel in deze is dat van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van artikel 2:248 lid 2 BW sprake is indien het niet-voldoen aan de verplichtingen als bedoeld in dat artikellid in de omstandigheden van het geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval als voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Indien het gaat om een overschrijding van de termijn van artikel 2:394 lid 4 BW voor openbaarmaking van de jaarrekening, dan geldt 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 de stelplicht en de bewijslast op de bestuurder rusten.

In het onderhavige geval gaat het om een overschrijding van de termijn van artikel 2:394 lid 4 BW. Die overschrijding van de termijn is aanzienlijk, te weten bijna een jaar. Aan de redenen voor de termijnoverschrijding moeten dan hogere eisen worden gesteld. Dat betekent dat gedaagde niet kon volstaan met de enkele stelling dat sprake was van een omissie van de boekhouder.

Vermoed wordt dat de hiervoor genoemde onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het is dan aan gedaagde om aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Gedaagde slaagt er niet in om andere feiten of omstandigheden aan te tonen, zodat sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling. Gedaagde wordt veroordeeld tot betaling van het tekort in de boedel.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 19-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2014:1631

Zaaknummer: C/05/240722 / HA ZA 13-166

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

RECHTSPRAAK

B.V. / Statutair (ex)bestuurder

In deze zaak is onder meer aan de orde of een (vennootschappelijke) ontslagbesluit, genomen door de ava, eveneens leidt tot onmiddellijke beëindiging van de arbeidsrechtelijke verhouding. In beginsel blijkt uit artikel 2:134 BW en 2:244 BW dat dit samenvalt, tenzij er sprake is van een wettelijk ontslagverbod of indien partijen anders overeengekomen zijn. Ondanks het vermoeden dat van laatstgenoemde uitzondering sprake is, wordt niettemin bepaald dat er samenvval is. Derhalve is er geen onregelmatige beëindiging – door het niet in acht nemen van de overeengekomen termijn van twaalf maanden – van de arbeidsovereenkomst. Ex-bestuurder betwist echter ook de later aangevoerde gronden van het ontslag op staande voet. Het hof ziet inderdaad niet in dat deze gronden het ontslag op staande voet afzonderlijk dan wel gezamenlijk rechtvaardigen; derhalve is het ontslag op staande voet niet geldig geschied en wordt het bestreden vonnis bekrachtigd.

Geïntimeerde is per december 2008 in dienst als managing director van de besloten vennootschap. Bij brief van 6 augustus 2012 is de bestuurder medegedeeld dat tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders (ava) het besluit is genomen dat hij als bestuurder van de vennootschap wordt geschorst – en eveneens als werknemer op non-actief wordt gesteld – vanaf 14 augustus 2012 wegens onbehoorlijke taakvervulling. Vervolgens is tijdens de ava van 31 augustus 2012 het besluit genomen tot het ontslag van de geschorste – en op non-actief gestelde – bestuurder met onmiddellijke ingang. Conform de notulen van de vergadering informeerde de voorzitter dat de bestuurder 'receive[s] written confirmation of the dismissal, which confirmation will also include the terms and conditions with respect to the termination of the employment agreement.'

Na herhaaldelijk contact tussen beide partijen in de daaropvolgende week, heeft de

vennootschap bij brief van 10 september 2012 medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang werd opgezegd, wegens – kortweg – misbruik van de bedrijfscreditcard en het negeren van een uitkeringsverbod van een bonus aan enkele medewerkers. Daarbij is aangegeven dat de inmiddels ex-bestuurder schadeplichtig is jegens de vennootschap en de gefixeerde schadevergoeding in ieder geval het loon van de ex-medewerker over de overeengekomen opzegtermijn van twaalf maanden betreft. De vennootschap concludeert derhalve dat zij niet gehouden is tot betaling van het salaris van de contractueel overeengekomen opzegtermijn.

Nadat de ex-bestuurder in kort geding de betaling van de schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging en overeengekomen tantième gevorderd heeft en de vennootschap heeft verweerd dat de ex-bestuurder als gevolg van ontslag op staande voet wegens dringende redenen niets meer te vorderen heeft, is de vordering van de ex-bestuurder toegewezen.

Het hoger beroep van de vennootschap heeft met name betrekking op de vraag welke gevolgen het besluit van de ava van 31 augustus 2012 (het met onmiddellijke ingang ontslaan van ex-bestuurder uit zijn vennootschapsrechtelijke bestuursfunctie) heeft voor de arbeidsverhouding tussen partijen. De ex-bestuurder beroept zich op een directe en derhalve onregelmatige opzegging, daar de vennootschap de geldende opzegtermijn niet in acht heeft genomen. De vennootschap daarentegen meent dat er tijdens deze ava wel gesproken is over een separate regeling voor de arbeidsovereenkomst. Hierbij wijst zij naar de notulen en de volgende zinsnede: '(...) which confirmation will also include the terms and conditions with respect to the termination of the employment agreement.'

Het hof stelt – met verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de artikelen 2:134 en 2:244 BW – dat een dergelijk vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit eveneens een einde maakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding. In beginsel houdt een dergelijk ontslagbesluit dus tevens de beëindiging van de dienstbetrekking in. Uitzonderingen kunnen bestaan in situaties waarbij er sprake is van een wettelijk ontslagverbod of indien partijen anders zijn overeengekomen (r.o. 4.7). Daar expliciet is aangevoerd dat de ex-bestuurder nog bericht zou worden ten aanzien van de termijn en voorwaarden van de beëindiging van de arbeidsverhouding, ziet het hof geen reden niettemin samenvatting van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit en de beëindiging van de arbeidsverhouding aan te nemen. Derhalve is van onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst op 31 augustus 2012 nog geen sprake (r.o. 4.9).

De voorzieningenrechter heeft verder niet beoordeeld of het ontslag op staande voet op 10 september 2012 regelmatig is geschied. Het hof oordeelt in dat kader dat de gronden die ten grondslag aan het ontslag op staande voet lagen, namelijk het gebruik van de bedrijfscreditcard en het uitbetalen van verboden bonussen, dit ontslag noch afzonderlijk

noch gezamenlijk kunnen rechtvaardigen. Gelet op het voorgaande is voorshands niet aannemelijk geworden dat voor de vennootschap op 10 september 2012 sprake was van dringende redenen om de ex-bestuurder op staande voet te ontslaan. Het oordeel van de voorzieningenrechter, inhoudende dat de vorderingen van de ex-bestuurder worden toegewezen, wordt derhalve bekrachtigd middels deze uitspraak van het hof.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:518

Zaaknummer: 200.118.191

Wetsartikelen: 2:134 BW en 2:244 BW

RECHTSPRAAK

Studio Jas / Click Vision i.o. en X en BV Y

Hoofdelijke aansprakelijkheid voor rechtshandelingen van een BV i.o.?

Per 1 januari 2012 stond de rechtspersoon in oprichting Click Vision B.V.i.o. ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Per dezelfde datum stonden X en BV Y als bevoegde functionarissen van Click Vision B.V.i.o. vermeld. BV Y is per oktober 2012 uitgeschreven als bevoegd functionaris. De bedoeling van de oprichters was dat de op te richten vennootschap Click Vision een interactief televisieplatform zou opzetten. Click Vision is nooit opgericht. Enig bestuurder en aandeelhouder van BV Y is Z. X heeft Studio Jas namens Click Vision B.V.i.o. begin 2012 verzocht een pitch te houden voor het ontwerpen van een logo en een huisstijl voor Click Vision. Naar aanleiding van de reacties op de pitch heeft Studio Jas een offerte gestuurd. Het betrof een offerte voor het ontwerpen van een logo en een huisstijl. In de offerte staat vermeld dat 'de algemene voorwaarden van de BNO' op de offerte van toepassing zijn. De facturen worden niet betaald. Studio Jas stelt dat Click Vision B.V.i.o. twee opdrachten aan haar heeft verstrekt. De facturen zijn door Click Vision B.V.i.o. onbetaald gebleven. BV Y was samen met X oprichter van Click Vision B.V.i.o. en heeft de opdrachten samen met X feitelijk aan Studio Jas vertrekt. Click Vision B.V.i.o. is nooit opgericht, daarom zijn BV Y en X hoofdelijk aansprakelijk jegens Studio Jas voor de betaling van de facturen.

De rechtbank oordeelt als volgt. Voorop wordt gesteld dat op grond van artikel 2:203 BW rechtshandelingen kunnen worden verricht namens een op te richten besloten vennootschap (B.V.i.o.). Voor de nadien op te richten vennootschap ontstaan daaruit slechts rechten en plichten als zij die rechtshandelingen na haar oprichting bekrachtigt. Degenen die een rechtshandeling verrichten namens een op te richten vennootschap zijn daarvoor in beginsel hoofdelijk verbonden totdat de vennootschap na haar oprichting de rechtshandeling heeft bekrachtigd. Nu vaststaat dat Click Vision nooit is opgericht en derhalve ook geen rechtshandelingen met Studio Jas heeft bekrachtigd, zal voor de aansprakelijkheid van BV Y jegens Studio Jas voor de facturen moeten worden beoordeeld of BV Y namens Click Vision (samen met X) een opdracht heeft verstrekt aan Studio Jas. De vraag of BV Y, naast X, namens Click Vision B.V.i.o. Studio Jas opdracht heeft gegeven moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden rondom de totstandkoming en de uitvoering van de opdrachten.

Geoordeeld wordt dat in de genoemde omstandigheden – Studio Jas doet werk ten behoeve van Click Vision B.V.i.o., X en BV Y staan in het handelsregister ingeschreven als bevoegde functionarissen, Z weet in een vroeg stadium van de offertes en bemoeit zich ook actief met de inhoud ervan, Z is aanwezig tijdens vele presentaties – BV Y geacht moet worden (samen met X) namens Click Vision B.V.i.o. de opdrachten aan Studio Jas te hebben verstrekt en aldus rechtshandelingen namens Click Vision B.V.i.o. te hebben verricht. BV Y is dan ook, naast X, hoofdelijk aansprakelijk jegens Studio Jas voor de aangegane verplichtingen. Daarnaast staat vast dat Studio Jas diverse offertes heeft verstuurd ten aanzien van beide opdrachten. Voorts staat vast dat in de diverse offertes de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden is vermeld en dat de algemene voorwaarden ook aan X en Z zijn verzonden. Ook staat vast dat er meerdere keren overleg heeft plaatsgevonden tussen Studio Jas, X en Z over onder meer de invulling van de opdrachten en over de manier van factureren en dat Studio Jas meerdere keren een toelichting heeft gegeven op de door haar te verrichten werkzaamheden, de planning en de voortgang ervan. Gesteld noch gebleken is dat Click Vision B.V.i.o. op enig moment bezwaar heeft gemaakt tegen de toegezonden offertes of de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Ten slotte staat vast dat Studio Jas aan de slag is gegaan met haar werkzaamheden, dat over de voortgang van het werk regelmatig overleg is geweest met X en/of Z en dat Studio Jas de opgedragen huisstijl met logo en de website uiteindelijk aan Click Vision B.V.i.o. heeft opgeleverd. Er zijn voorts geen klachten van Click Vision B.V.i.o. over de werkzaamheden bekend. Gelet op dat alles wordt geoordeeld dat aan Studio Jas de opdrachten voor de werkzaamheden zijn verstrekt overeenkomstig de laatst toegezonden offertes. Ook wordt geoordeeld dat op de op die manier tot stand gekomen overeenkomsten de algemene voorwaarden van Studio Jas van toepassing zijn. Ondertekening van de offertes is daarvoor niet noodzakelijk, niet alleen omdat dit in de algemene voorwaarden staat vermeld, maar vooral ook omdat een overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding en met inachtneming van al hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, en gesteld noch gebleken is dat daarvoor in de onderhavige omstandigheden een schriftelijk akkoord op de offertes nodig was. Het voorgaande betekent dat is komen vast te staan dat BV Y de twee facturen aan Studio Jas moet betalen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 15-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:1153

Zaaknummer: C-13-536933 - HA ZA 13-244

Wetsartikelen: 2:203 BW

RECHTSPRAAK

Curator/Bestuurder Codink Beheer en Media Mix

Schending artikel 2:10 BW (boekhoudplicht) en nietigheid aandeelhoudersbesluit kapitaalvermindering vennootschap.

Bij vonnissen van de Rechtbank Arnhem zijn de besloten vennootschappen Codink Beheer B.V. ('Codink Beheer') en Media Mix B.V. ('Media Mix') in staat van faillissement verklaard. X is bestuurder van beide vennootschappen. X is 100% aandeelhouder van Codink Beheer. Codink Beheer is 100% aandeelhouder van Media Mix. Bij statutenwijziging van Codink Beheer is haar kapitaal verminderd met € 114.804 tot € 24.000. Vervolgens is op grond van deze kapitaalvermindering een bedrag aan X voldaan door verrekening in zijn rekening-courant met Codink Beheer. Voorafgaand aan die kapitaalvermindering was het eigen vermogen van Codink Beheer negatief. Door die kapitaalvermindering daalde het eigen vermogen verder onder het (destijds geldende) wettelijk minimum kapitaal van € 18.000.

Over de jaren 2008 en 2009 zijn van Codink Beheer en Media Mix geen balansen en resultatenrekening opgesteld. De curator heeft X onder meer aansprakelijk gesteld voor de forse tekorten in de faillissementen wegens bestuurdersaansprakelijkheid en de curator heeft ten laste van X conservatoire beslagen laten leggen.

De rechtbank oordeelt als volgt. De curator legt allereerst aan zijn vordering ten grondslag dat X heeft gehandeld in strijd met de boekhoudplicht ex artikel 2:10 BW en ex artikel 2:396 BW. De rechtbank neemt aan dat de curator met zijn verwijzing naar artikel 2:396 BW het oog heeft op de (ingevolge dat artikel beperkte) publicatieplicht ex artikel 2:394 BW. Op zichzelf staat wel vast dat over de jaren 2008 en 2009 geen jaarrekeningen openbaar zijn gemaakt, maar dat levert nog geen kennelijk onbehoorlijk bestuur op, omdat de termijn van het derde lid van artikel 2:394 BW nog niet was verstreken bij het uitspreken van de faillissementen. Deze grondslag faalt.

Anders ligt dit ten aanzien van de balansen en de staten van baten en lasten van de vennootschappen, die X als bestuurder op grond van artikel 2:10 lid 2 BW verplicht was jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar te maken en op papier te stellen. Deze verplichting stelt de wet náást de verplichting van de rechtspersoon om binnen dertien

maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening openbaar te maken. Met betrekking tot het boekjaar 2008 heeft X niet voldaan aan zijn wettelijke verplichting om de balans en de staten van baten en lasten te maken en op papier te stellen. Ook met betrekking tot het boekjaar 2009 is dat niet gebeurd, maar hiervoor was de wettelijke termijn nog niet verstreken bij het uitspreken van de faillissementen.

Dit verzuim om tijdig de balans en de staten van baten en lasten van beide vennootschappen over het boekjaar 2008 te maken en op papier te stellen levert een schending van de boekhoudplicht op.

X heeft voorts niet, althans niet concreet, kunnen opgeven waaruit de administratie over de jaren 2008 en volgende heeft bestaan, terwijl op hem op grond van het eerste lid van artikel 2:10 BW de verplichting rustte om die administratie te voeren en te bewaren. Er kan gevoeglijk van worden uitgegaan dat deze administratie niet voldeed aan de wettelijke eisen.

X heeft betoogd dat de curator voor de financiële informatie te rade moet gaan bij VakTV, zijnde een 60% dochter van Codink Beheer, waarin in de jaren 2008 en 2009 de activiteiten werden ontplooid. Aan dit betoog gaat de rechtbank voorbij. Van een curator in het faillissement van een besloten vennootschap kan niet worden gevegd dat hij zelf achteraf op basis van stukken van een andere vennootschap de ontbrekende administratie van de gefailleerde vennootschap reconstrueert. X had als de bestuurder die administratie moeten voeren en bewaren en aan de curator moeten overhandigen.

De slotsom van het vorenstaande is dat X niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen ex artikel 2:10 BW. Krachtens het tweede lid van artikel 2:248 BW wordt dan onweerlegbaar vermoed dat X zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt, wel weerlegbaar, vermoed dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van beide faillissementen.

Geen sprake is van een onbelangrijk verzuim zoals bedoeld is in de laatste zin van artikel 2:248 lid 2 BW. Nauwelijks of geen administratie voeren en volledig nalaten om de jaarlijkse balans en staat van baten en lasten te maken en op papier te stellen, kan in de omstandigheden van dit geval in redelijkheid niet worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim.

Het wettelijk vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling van X een belangrijke oorzaak is van beide faillissementen is weliswaar weerlegbaar, maar daarvoor zal X aannemelijk moeten maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van de faillissementen zijn geweest. X heeft niet aan zijn stelplicht voldaan. De economische crisis en de nieuwe ontwikkelingen binnen de markt van de geprinte media, waardoor het verdienmodel van de onderneming achterhaald bleek, zijn te

algemene omstandigheden en kunnen in hun algemeenheid niet worden aanvaard als een belangrijke oorzaak van faillissement.

Het een en ander leidt tot het oordeel dat X zijn bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van de faillissementen. X is op grond van het eerste lid van artikel 2:248 BW jegens de boedels aansprakelijk voor het bedrag van de schulden, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan.

Met betrekking tot de kapitaalvermindering in 2007 van Codink Beheer met uitbetaling middels verrekening in de rekening-courant overweegt de rechtbank dat het desbetreffende aandeelhoudersbesluit nietig is op grond van artikel 2:216 lid 2 BW (oud) jo. artikel 2:14 BW. Het reeds negatieve eigen vermogen van de vennootschap stond dit niet toe. De gebonden vermogenstoets van artikel 2:216 lid 2 BW (oud) geldt ook bij een kapitaalvermindering met uitbetaling ex artikel 2:208 BW (oud). Dat bij die kapitaalvermindering aan de wettelijke formaliteiten is voldaan, doet aan de nietigheid niet af.

De curator roept jegens X slechts de nietigheid van de uitkering in en niet de nietigheid van het aandeelhoudersbesluit en de statutenwijziging in. Dat laatste zou ook niet kunnen.

De uitkering is echter op zichzelf nog niet nietig. Voorts is die uitkering niet zonder meer onrechtmatig. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig en hieromtrent heeft de curator onvoldoende gesteld.

Wel is met betrekking tot die uitkering sprake van onverschuldigde betaling, op grond waarvan X gehouden zou kunnen worden om het door hem ontvangen bedrag terug te betalen.

Deze vordering zou in beginsel kunnen worden toegewezen, zij het dat niet duidelijk is welk belang de curator heeft bij deze afzonderlijke geldvordering, nu X reeds veroordeeld wordt om (nagenoeg) het gehele tekort in het faillissement van Codink Beheer aan te zuiveren. Indien X meer dan dat tekort betaalt, dan zal dat meerdere weer aan hemzelf moeten worden uitgekeerd omdat hij de enige aandeelhouder is. Voorts is niet helemaal duidelijk welk bedrag X daadwerkelijk uit hoofde van de kapitaalvermindering heeft ontvangen. De rechtbank verklaart voor recht dat X als bestuurder van de gefailleerde vennootschappen aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 BW.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 16-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2013:6447

Zaaknummer: 241599

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:14 BW, 2:216 BW, 2:248 BW, 2:394 BW en 2:396 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek tot oprichten van een BV

Bewindhebbers verzoeken om namens rechthebbende een BV op te richten. De kantonrechter weigert dit. De kantonrechter stelt vast dat het doel dat wordt beoogd met het oprichten van een BV het ontwijken van het betalen van belasting en het ontwijken van het betalen van een hogere eigen bijdrage AWBZ is. De vraag die gesteld moet worden is of met het oprichten van een BV wordt gehandeld in strijd met het doel en de strekking van de wet. Deze vraag moet naar het oordeel van de kantonrechter bevestigend worden beantwoord. De volgende vraag die moet worden beantwoord is of de volstrekt overwegende beweegreden van de belastingplichtige is belastingverijdeling. Ook deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Dit betekent dat de belastinginspecteur het oprichten van deze BV enkel om belasting te ontwijken (en om de hoge bijdrage AWBZ te ontwijken) zou kunnen beschouwen als fraud legis. Dat wil niet zeggen dat belastingplichtigen niet de fiscaal voordeligste weg mogen bewandelen naar een overwegend niet-fiscaal doel. Dat mogen zij wél, mits de gekozen weg niet een volstrekt kunstmatige is (HR BNB 2009/123 en HR 15-3-2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0548).

Bewindvoerders van rechthebbende verzoeken de kantonrechter tot het verlenen van een machtiging ter zake van het vermogen van rechthebbende voor het oprichten van een BV om een bedrag van € 170.000 van de bankrekeningen van rechthebbende uitstaande gelden als kapitaal in te brengen in deze BV, waarbij rechthebbende enig aandeelhouder en bestuurder is; het storten van een bedrag van € 170.000 op een op naam van de BV gestelde Rabo-spaarrekening met een rente van 1,4% en het beleggen van een bedrag gelijk aan het heffingsvrije vermogen in box 3 in ledencertificaten van de Rabobank. De kantonrechter wijst het verzoek af. Door het vermogen van rechthebbende over te hevelen naar een BV wordt dit

vermogen onttrokken aan het toezicht van de kantonrechter. De bestuurder van de BV, te weten rechthebbende die in en buiten rechte vertegenwoordigd wordt door de bewindvoerders, zou bijvoorbeeld het vermogen door de BV kunnen laten schenken, zou leningen kunnen aangaan of verstrekken of welke actie dan ook kunnen ondernemen. Het enige toezicht op de bestuurder wordt uitgeoefend door de Algemene Vergadering van Aandeelhouders. Dit is rechthebbende die in en buiten rechte wordt vertegenwoordigd door de bewindvoerders. Dit betekent dat er geen toezicht is op het vermogen en dat het de bewindvoerders geheel en al vrijstaat hierover te beschikken. Dat de bewindvoerders ter zitting hebben aangeboden jaarlijks een jaarverslag over te leggen, doet hieraan niet af. De kantonrechter heeft ten aanzien van de BV geen enkele wettelijke taak of bevoegdheid. De bewindvoerders kunnen geen bevoegdheid aan de kantonrechter toekennen. De kantonrechter is van oordeel dat het onttrekken van vermogen aan het toezicht van de kantonrechter op deze wijze onwenselijk en niet in het belang van rechthebbende is. Dit temeer, nu het oprichten van een BV en het inbrengen in de BV van het vermogen geen enkel reëel doel dient.

De kantonrechter stelt vast dat het doel, dat wordt beoogd met het oprichten van een BV, het ontwijken van het betalen van belasting en het ontwijken van het betalen van een hogere eigen bijdrage AWBZ is. De vraag die gesteld moet worden is of met het oprichten van een BV wordt gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet. Deze vraag moet naar het oordeel van de kantonrechter bevestigend worden beantwoord. De volgende vraag die moet worden beantwoord is of de volstrekt overwegende beweegreden van de belastingplichtige is belastingverijdeling. Ook deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Dit betekent dat de belastinginspecteur het oprichten van deze BV enkel om belasting te ontwijken (en om de hoge bijdrage AWBZ te ontwijken) zou kunnen beschouwen als *fraus legis*. Dat wil niet zeggen dat belastingplichtigen niet de fiscaal voordeligste weg mogen bewandelen naar een overwegend niet-fiscaal doel. Dat mogen zij wél, mits de gekozen weg niet een volstrekt kunstmatige is (HR BNB 2009/123 en HR 15-3-2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0548).

Hoewel het leerstuk van de *fraus legis* een fiscaalrechtelijk leerstuk is, kan ook met betrekking tot de eigen bijdrage AWBZ worden vastgesteld dat het inbrengen van een groot deel van het vermogen van rechthebbende in een BV, die geen enkele andere functie heeft dan het verhuizen van het vermogen van box 3 naar box 2 zodat dit vermogen niet meetelt voor de berekening van de eigen bijdrage, op zijn minst neigt naar wetsontduiking. Het was niet de bedoeling van de wetgever dat rechthebbende via de door de bewindvoerder gewenste kunstgreep de eigen bijdrage AWBZ zou ontlopen. Van de kantonrechter kan niet worden verwacht dat hij aan een dergelijke constructie meewerkt.

Het beleggen van gelden van rechthebbende is slechts toegestaan binnen de grenzen van een

defensief of zeer defensief beleggingsprofiel. Naar het oordeel van de kantonrechter valt een belegging in Rabobank Ledencertificaten niet binnen voornoemde grenzen.

De hoofdtak van een bewindvoerder bestaat uit het beheren en beschermen van het vermogen van rechthebbende. Hij dient ervoor te zorgen dat het onder bewind gestelde vermogen in stand blijft en goed wordt beheerd. Het behoort echter niet tot de taak van een bewindvoerder om het hoogst mogelijke rendement uit het vermogen van rechthebbende te behalen. Inwilliging van het verzoek van verzoekers zou voorts tot gevolg hebben dat het vermogen van rechthebbende gedurende lange tijd niet meer liquide is. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat het verzoek dient te worden afgewezen.

Datum uitspraak:

Zaaknummer: