

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 15, 2014

Nummer 15, 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:2014:1168](#) 03-04-2014

Kwekerij WB

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:1049](#) 02-04-2014

Ondernemingsraad CBB

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:2717](#) 01-04-2014

A/commanditaire vennoten

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:2715](#) 01-04-2014

A / Aabo

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:786](#) 13-03-2014

Marketing People B.V./ S&R c.s.

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:2522](#) 01-04-2014

Afgewezen verzoek tot faillietverklaring

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:2548](#) 21-03-2014

BV W (afwijzing faillietverklaring)

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:2381](#) 19-03-2014

Meva Formworks Caribbean BV / ex-bestuurder

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:3463](#) 19-03-2014

Rhijnveste Projectontwikkeling BV qq / Bestuurders

Uitspraken zonder ECLI

[- onbekend -](#)

A/Cancun Holding c.s.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[- onbekend -](#)

X en Y/ Ingwersen q.q. en Mulder q.q.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Kwekerij WB

X en Y drijven samen een kwekerij. Partijen zijn het oneens over de methode van voorraadwaardering, zodat de taxaties uiteenlopen van € 10.000 tot € 500.000. Y heeft zich volgens X op het standpunt gesteld dat er thans geen voorraad meer aanwezig is dan wel dat het slechts onverkoopbare planten betreft. Verder heeft X geen inzicht gekregen in de voorraadmutaties, terwijl het er de schijn van heeft dat Y zonder medeweten van X voorraden aan de vennootschap heeft onttrokken. Voorts heeft Y zonder enige rechtsgrond betalingen aan zichzelf in privé gedaan en is er geen onderling overleg geweest inzake het aangaan van de huurovereenkomst van het bedrijfspand dat toebehoort aan de echtgenote van Y. Tot slot heeft Y X de toegang ontzegd tot het bedrijfspand en de administratie. Dit alles in aanmerking nemende oordeelt de OK dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid. Bestuurder Y wordt geschorst.

X (verzoeker) en Y (belanghebbende) drijven samen de kwekerij WB B.V. (WB). De voorraad is overgenomen van de curator in het faillissement van W&B B.V. tegen een koopsom van € 30.000. X en Y zijn ieder zelfstandig als statutair bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd. Sinds september 2013 zijn de verhoudingen verslechterd. Y heeft X de toegang tot de bedrijfsruimte ontzegd. Voorts heeft Y betalingen (onder vermelding 'managementfees' en 'verrekening tegoed') vanuit WB aan Kingsize Beheer B.V. gedaan (Kingsize), een vennootschap waarvan Y enig aandeelhouder is. X stelt zich op het standpunt dat overeengekomen zou zijn voorlopig geen managementfees te betalen. Verder betwist X dat hij een schuld zou hebben aan Y, zodat van verrekening geen sprake kan zijn. Verder zou Y zonder overleg met X een huurovereenkomst hebben gesloten inzake het bedrijfspand dat eigendom is van de echtgenote van Y in privé en zou Y planten van WB hebben laten veilen

zonder dat daarvoor een vergoeding aan WB zou zijn betaald. X verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij WB en Y te schorsen als bestuurder.

De Ondernemingskamer oordeelt dat een onwerkbaar situatie is ontstaan. Partijen zijn het oneens over de methode van voorraadwaardering, tegen inkoopprijs (standpunt Y) of tegen de waarde die eerder gebruikelijk was (X), zodat de taxaties uiteenlopen van € 10.000 tot € 500.000. Y heeft zich volgens X op het standpunt gesteld dat er thans geen voorraad meer aanwezig is, dan wel dat het slechts onverkoopbare planten betreft. Verder heeft X geen inzicht gekregen in de voorraadmutaties, terwijl het er de schijn van heeft dat Y zonder medeweten van X voorraden aan de vennootschap heeft onttrokken. Vanwege deze feiten zijn er gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid. Voorts heeft Y zonder enige rechtsgrond betalingen aan zichzelf in privé gedaan, is er geen overleg geweest inzake de huurovereenkomst, waarvan X ondanks herhaald verzoek geen afschrift heeft ontvangen, en heeft Y X de toegang ontzegd tot het bedrijfspand en de administratie, zodat X in feite als bestuurder buiten spel is gezet. Y wordt geschorst als bestuurder.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:1168

Zaaknummer: 200.141.009/01 OK

Wetsartikelen: 2:344 BW

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad CBB

CBB geeft onder andere inburgeringscursussen. De omzet loopt terug en voor 9 FTE wordt ontslag aangevraagd. De OR is van mening dat CBB in redelijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen. De OK oordeelt dat de OR schriftelijk in kennis is gesteld van het besluit. Dat de e-mail niet nogmaals apart is verzonden aan de OR maakt dit niet anders. Dat door CBB niet is meegedeeld waarom van het advies is afgeweken ex artikel 25 lid 5 WOR komt doordat het advies slechts vragen bevat die reeds beantwoord waren in het adviestraject. Gezien die omstandigheden heeft CBB de OR ook voldoende informatie verschaft conform artikel 25 lid 3 WOR. Niet gezegd kan worden dat 'hogere' groepsmaatschappijen verplicht zijn een sociaal plan aan de medewerkers van een 'lagere' maatschappij aan te bieden. Dit wordt niet anders door een aanzienlijke dividenduitkering in het recente verleden. Dat de activiteiten over verschillende entiteiten zijn verdeeld, doet ook niet een dergelijke plicht ontstaan.

Centrum voor Baan en Beroep B.V. (CBB) is een 100% dochter van Arcus Holding B.V. (Holding); laatstgenoemde is opgericht door Stichting Arcus (de Stichting). Holding is onder andere belast met het geven van inburgeringscursussen. Op 6 mei 2013 heeft CBB advies gevraagd over het voorgenomen besluit tot belangrijke inkrimping van werkzaamheden per 1 juni. De aanvraag vermeldt dat door een krimp in budgetten bij gemeenten de omzet is gedaald en CBB in een slechte financiële situatie is beland. Op 27 mei en 4 en 18 juni heeft overleg met de OR plaatsgevonden. Partijen zijn niet tot elkaar gekomen. Op 19 of 20 juni heeft de voorzitter van de OR de bestuurder van CBB telefonisch laten weten negatief te zullen adviseren en op 21 juni heeft de bestuurder een concept e-mail voor alle medewerkers verzonden aan de voorzitter van de OR, inhoudende dat de OR heeft bericht negatief te adviseren. De OR van CBB verzoekt de OK voor recht te verklaren dat CBB bij afweging van de

betrokken belangen in redelijkheid niet tot het besluit van 21 juni 2013 heeft kunnen komen, stellende dat CBB (i) heeft nagelaten de OR schriftelijk van het besluit in kennis te stellen en niet heeft meegedeeld waarom van het advies is afgeweken conform artikel 25 lid 5 WOR en (ii) heeft nagelaten de in het advies gevraagde informatie te verstrekken, in strijd met artikel 25 lid 3 WOR.

De Ondernemingskamer oordeelt (ad i) als volgt. Uit de feiten en omstandigheden en de e-mailcorrespondentie volgt dat het stuk dat de OR op 21 juni aan de bestuurder zond, aangemerkt dient te worden als advies. Ook is de OK van oordeel dat de OR schriftelijk in kennis is gesteld van het besluit. Dat de e-mail niet nogmaals apart is verzonden aan de OR maakt dit niet anders. Dat door CBB niet is meegedeeld waarom van het advies is afgeweken komt doordat het advies slechts vragen bevat die reeds beantwoord waren in het adviestraject. Nu ook gesproken is over een herplaatsingsbudget valt niet in te zien waarom CBB nóg een plan zou moeten opstellen. Gezien de informatie en antwoorden die CBB reeds had gegeven valt niet in te zien hoe CBB aan de hand van de in het advies opgenomen vragen kon mededelen waarom van het advies was afgeweken.

(Ad ii) volgt uit het bovenstaande dat CBB de vragen van de OR in voldoende mate heeft beantwoord. Dat het budget nog niet ter beschikking is gesteld, maakt het voorgenomen besluit nog niet onduidelijk; de maand uitstel na het negatieve advies heeft tot gevolg dat de middelen hiertoe niet langer aanwezig zijn. Niet gezegd kan worden, tot slot, dat Holding of de Stichting verplicht zijn om een sociaal plan aan de medewerkers van CBB aan te bieden. Dit wordt niet anders door een aanzienlijke dividenduitkering van CBB aan Holding in het recente verleden. Dat de Stichting haar activiteiten over verschillende entiteiten heeft verdeeld doet in ieder geval niet een dergelijke plicht ontstaan. Ook is niet gebleken dat de Stichting op oneigenlijke wijze haar rendabele activiteiten van de onrendabele activiteiten heeft afgescheiden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:1049

Zaaknummer: 200.130.537 OK

Wetsartikelen: 25 lid 3 WOR en 25 lid 5 WOR

RECHTSPRAAK

Afgewezen verzoek tot faillietverklaring

A heeft voor BV X een verzoek tot faillissement ingediend. Het is bekend dat de vennootschap de faillissementskosten niet zal kunnen voldoen. Er moet een afweging worden gemaakt tussen het belang van de verzoekster tot faillietverklaring van de vennootschap en het belang van de curator om de faillissementskosten voldaan te zien. Vanwege het ontbreken van een zwaarwegend belang en het gegeven dat er maar twee schuldeisers zijn, wijst de rechtbank het faillissementsverzoek af.

A heeft op 19 maart 2014 een aangifte tot faillissementsverklaring ingediend. A is op 25 maart 2014 in de raadkamer gehoord.

De rechtbank oordeelt als volgt. In situaties waarin niet de verwachting bestaat dat enig actief vergaard zal worden dan wel vrij zal komen om de faillissementskosten mee te voldoen, wordt verlangd dat sprake is van een redelijk belang om failliet verklaard te worden. Bij beantwoording van deze vraag worden de belangen van de verzoeker om failliet verklaard te worden afgewogen tegen het belang van de curator om te worden voldaan in de faillissementskosten. Wanneer verzoekster geen zwaarwegend belang heeft bij faillietverklaring kan sprake zijn van misbruik van recht.

A heeft verklaard dat de vennootschap thans niet over enig actief beschikt en dat zij niet verwacht dat de onderneming in de toekomst over enig actief zal beschikken. A heeft verder noch in haar verzoekschrift noch ter zitting een zwaarwegend belang voor de faillietverklaring naar voren gebracht. Tot slot merkt de rechtbank op dat de vennootschap maar twee crediteuren heeft. Het belang dat bij het faillissement zou moeten worden gediend, namelijk het verdelen van de boedel onder schuldeisers, weegt door het geringe aantal schuldeisers niet op tegen het belang van de curator. Het uitspreken van het faillissement leiden tot misbruik van bevoegdheid.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 01-04-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:2522

Zaaknummer: C/10/447483/FT EA 14/749

Wetsartikelen: 3:13BW en 6 FW

RECHTSPRAAK

A / Aabo

Bestuurder persoonlijk aansprakelijk voor onbetaald gebleven facturen (Beklamelnorm). De bestuurder is niet geslaagd in het leveren van tegenbewijs.

T&K is een bouwbedrijf. Het aandelenkapitaal in T&K is door Beheer BV verkocht en in eigendom overgedragen aan de besloten vennootschap B&S. B&S is directeur en enig aandeelhouder van T&K. Directeur en enig aandeelhouder van B&S Ter Apel Holding is X, en zoon van A. AABO c.s. hebben bouwmaterialen aan T&K verkocht en geleverd. De facturen door Aabo aan T&K verstrekt zijn onbetaald gebleven. AABO c.s. hebben A in zijn gestelde hoedanigheid van feitelijk bestuurder van T&K op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de schade als gevolg van de niet-betaling van hun facturen door T&K. Daarnaast hebben AABO c.s. X in zijn hoedanigheid van indirect bestuurder van T&K op grond van onrechtmatige daad alsmede op grond van artikel 2:180 BW persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de schade. T&K is vervolgens failliet verklaard. De boedel biedt geen ruimte voor voldoening van de vorderingen van AABO c.s. AABO c.s. hebben van A betaling gevorderd van de door T&K onbetaald gelaten factuurbedragen. AABO c.s. hebben de vordering gegrond op persoonlijke aansprakelijkheid van A, omdat hij in zijn hoedanigheid van feitelijk bestuurder van T&K welbewust bestellingen heeft gedaan waarvan hij wist of behoorde te weten dat T&K deze niet zou kunnen nakomen. Volgens AABO c.s. heeft A daarbij doelbewust onduidelijkheid gewekt c.q. laten bestaan over zijn hoedanigheid binnen de onderneming, waardoor hij jegens AABO c.s. de grenzen van het ongeschreven recht en het in het maatschappelijk verkeer betamelijke heeft overschreden.

De Rechtbank Groningen heeft X bij verstekvonnis veroordeeld tot betaling aan AABO c.s. van een bedrag van € 71.503,69. Hiertegen is hoger beroep ingesteld. Bij zijn tussenarrest heeft het hof geoordeeld dat uit de verklaringen van de getuigen in onderling verband en samenhang bezien voorshands, behoudens aanvullend tegenbewijs door A, moet worden afgeleid dat A zich in ieder geval in 2008 en (deels) in 2009 zodanig intensief heeft beziggehouden met de bedrijfsvoering van T&K dat hij in die periode in belangrijke mate de zeggenschap over de vennootschap heeft gehad. Daarnaast heeft het hof, behoudens aanvullend tegenbewijs door

A, genoegzaam bewezen geoordeeld dat de bestellingen van bouwmaterialen als genoemd in de onbetaald gebleven facturen van AABO c.s., zijn gedaan door A. Ten slotte heeft het hof geoordeeld dat voorshands, behoudens aanvullend tegenbewijs door A, is bewezen dat A vanaf juli 2009 wist, althans redelijkerwijs behoorde te weten dat T&K (ook) haar betalingsverplichtingen tegenover AABO c.s. niet meer zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. In het verlengde daarvan heeft het hof A toegelaten tot het leveren van aanvullend tegenbewijs tegen hetgeen het hof voorshands bewezen heeft geacht. Voorts is A toegelaten tot het leveren van aanvullend tegenbewijs tegen het voorshands bewezen feit dat hij vanaf juli 2009 wist, althans redelijkerwijs behoorde te weten dat T&K (ook) haar betalingsverplichtingen tegenover AABO c.s. niet meer zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden. Anders dan A meent heeft het hof hem niet afzonderlijk toegelaten tegenbewijs te leveren tegen zijn oordeel dat A ook tot ruim na de zomermaanden van 2009 nog als feitelijk bestuurder van T&K is aan te merken. Hetgeen A in die context heeft aangevoerd zal het hof evenwel in zijn verdere beoordeling bespreken.

Het gerechtshof oordeelt als volgt. Het gaat in deze zaak om benadeling van vier schuldeisers – AABO c.s. – van een vennootschap – T&K – door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van hun vorderingen. De boedel van het gefailleerde T&K biedt geen verhaal voor de onbetaald gebleven vorderingen van AABO c.s. van in totaal (in hoofdsom) € 71.503,69. Ter zake van deze benadeling zal naast aansprakelijkheid van de vennootschap ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichtingen tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard (de zogenaamde Beklamelnorm) dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZo758, NJ 2006/659). Op AABO c.s. rust de stelplicht en de bewijslast dat zich een aansprakelijkheid van A op grond van de Beklamelnorm voordoet.

Thans ligt nog de vraag voor of A is geslaagd in het hem opgedragen tegenbewijs tegen

hetgeen het hof voorshands heeft aangenomen, namelijk dat A zich in ieder geval in 2008 en (deels) in 2009, zodanig intensief heeft beziggehouden met de bedrijfsvoering van T&K dat hij in die periode in belangrijke mate de zeggenschap over de vennootschap heeft gehad.

A slaagt er niet in aanvullend tegenbewijs te leveren tegen het voorshands bewezen geachte feit dat A de bestellingen bij AABO c.s. heeft geplaatst. Het hof verbindt aan het voorgaande tevens de conclusie dat A er niet in is geslaagd om het genoemde aanvullend tegenbewijs te leveren ter ontzenuwing van hetgeen het hof voorshands heeft aangenomen. Daarmee staat vast dat A zich in 2008 en (deels nog) in 2009 zodanig intensief heeft beziggehouden met de bedrijfsvoering van T&K, waaronder begrepen het geven van opdrachten aan de (indirect) bestuurder van T&K om bij AABO materialen te bestellen en die ook zijn opgevolgd, dat A in die periode in belangrijke mate de zeggenschap over de vennootschap heeft gehad. In het verlengde daarvan geldt ten slotte dat uit de afgelegde verklaringen niets kan worden afgeleid ter ontzenuwing van het voorshands bewezen feit dat A vanaf juli 2009 wist, althans redelijkerwijs behoorde te weten dat T&K (ook) haar betalingsverplichtingen tegenover AABO c.s. niet meer zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:2715

Zaaknummer: 200.103.872-01

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:180 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

A/commanditaire vennoten

'Afgeleide schade' bij een CV. Op 1 juni 2004 is een CV opgericht waarin meerdere personen optraden als commanditaire vennoten en een GmbH als beherend vennoot. Door handelen van de beherend vennoot maakt de CV grote verliezen. De commanditaire vennoten vorderen op grond van een onrechtmatige daad een schadevergoeding van A, de bestuurder van de GmbH. De rechtbank heeft de vordering toegewezen. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank. De vordering is ingesteld door alle commanditaire vennoten afzonderlijk en niet door de CV. De vordering komt de CV zelf toe. De vordering van de commanditaire vennoten wordt op deze grond afgewezen.

Op 1 juni 2004 is een commanditaire vennootschap opgericht (hierna: CV). In deze CV treden meerdere personen op als commanditaire vennoten (hierna: ACV) en treedt een Duitse GmbH op als beherend vennoot (hierna: GmbH X). De CV heeft blijkens artikel 2 van haar oprichtingsakte ten doel de aan- en verkoop van een industriebedrijf met panden in Tsjechië en voorts al hetgeen hiermee verband houdt in de ruimste zin. De ACV hebben elk een inbreng van € 50.000 voldaan. A is sinds de oprichting van GmbH X bestuurder van de vennootschap. Tevens is A door middel van GmbH Y 50% aandeelhouder van GmbH X, de andere 50% wordt gehouden door GmbH Z. De CV biedt door de handelingen van A als beherend vennoot geen verhaal meer. De ACV betogen dat A als bestuurder van beherend vennoot GmbH X onrechtmatig heeft gehandeld. De rechtbank heeft ACV in het gelijk gesteld en A veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding begroot op de inleg, vermeerderd met de wettelijke rente.

Het hof oordeelt als volgt. De eerste grief van A richt zich tegen de bevoegdheid van de rechter. In de oprichtingsakte van de CV is een arbitrageclausule opgenomen waarin staat dat alle geschillen ter zake van de overeenkomst van de vennootschap en de daarmee verband houdende overeenkomsten worden beslecht door drie arbiters. De vordering van ACV is echter een vordering op grond van de onrechtmatige daad die dus niet wordt beheerst door de

arbitrageclausule. Dat zij A verwijten dat hij tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst van vennootschap doet hier niet aan af.

Gelet op de grondslag van de vordering dient beoordeeld te worden of GmbH X tekort is gekomen in de nakoming van de uit de vennootschapsakte voortvloeiende verplichtingen. Deze kwestie wordt op grond van artikel 2 van de Wet Conflictenrecht Corporatie beheerst door het recht van de staat naar welk recht de vennootschap is opgegroeid. Omdat de vennootschap geen rechtspersoonlijkheid bezit, is artikel 2:11 niet van toepassing. De interne verhouding tussen GmbH X en A wordt beheerst door Duits recht. De aansprakelijkheid vloeit voort uit de onrechtmatige daad en wordt dus niet beheerst door het vennootschapsrecht. Omdat de zaak het meest verband heeft met Nederland is het Nederlands recht toepasselijk.

A heeft terecht benadrukt dat er geen sprake is van het instellen van een rechtsvordering ten behoeve van de gemeenschap. De ACV hebben echter ieder voor zich een vordering ingesteld tegen A, waarin zij aangeven dat hun schade gelijk is aan de schade van de CV. Het hof is van oordeel dat de ingestelde vordering niet aan de individuele vennoten maar enkel aan de gemeenschap toekomt. De CV heeft immers niet alleen een afgescheiden vermogen maar het vennootschapsvermogen vormt ook een gebonden gemeenschap. Een privécrediteur van een vennoot noch een vennoot zelf kan tijdens het bestaan van de CV verdeling vorderen, respectievelijk beschikken over het aandeel in de CV. De schade die de vennoten vorderen, is schade die is geleden door de CV, maar de vordering is niet namens de CV ingesteld. Hun vordering stuit hierop af.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:2717

Zaaknummer: 200.101.427-01

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:11 BW, 3:171 BW, 1020 Rv en 2 WCC

RECHTSPRAAK

BV W (afwijzing faillietverklaring)

Misbruik van instituut van eigen aangifte tot faillietverklaring. Door de bestuurder wordt faillissement aangevraagd zonder dat er baten zijn. In dat geval dient volgens de Rechtbank Rotterdam de bestuurder conform artikel 2:19 BW jo. 2:23a BW de vennootschap zelf te vereffenen c.q. op te heffen.

X vraagt eigen faillissement aan wegens het ontbreken van baten in de vennootschap, maar had schuldeisers om een vereffening buiten faillissement moeten vragen.

De rechtbank oordeelt als volgt. Uit de bijlagen, die aangeefster heeft overgelegd bij haar aangifte tot faillietverklaring die ter zitting van 25 februari 2014 is ingetrokken en waarnaar aangeefster in deze aangifte verwijst, blijkt onder meer dat aangeefster 'slechts' twee schuldeisers heeft, te weten de Belastingdienst te Goes en haar (gewezen) accountant. Voorts blijkt uit haar aangifte en uit hetgeen haar bestuurder tijdens de mondelinge behandeling heeft verklaard, dat aangeefster over geen enkele aantoonbare bate beschikt. Dit betekent dat op voorhand reeds vaststaat dat de faillissementskosten niet zullen kunnen worden voldaan. De curator, die de rechtbank moet aanwijzen als zij het faillissement van aangeefster uitspreekt, weet dus ook op voorhand al dat de door hem te verrichten werkzaamheden en te maken verschotten niet worden vergoed.

In deze situatie kan in redelijkheid van aangeefster gevergd worden, dat haar algemene vergadering van aandeelhouders op grond van het bepaalde in artikel 19 lid 1 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek besluit aangeefster te ontbinden en haar bestuurder aan te stellen tot vereffenaar, die op grond van het bepaalde in lid 3 van genoemd artikel aan het handelsregister opgaaf van de ontbinding doet. Op grond van lid 4 van genoemd artikel kan de vereffenaar tevens opgaaf doen van het feit dat aangeefster op het moment van de ontbinding geen baten meer heeft. Aangeefster houdt alsdan op te bestaan.

Mocht er toch nog een bate zijn, dan biedt lid 4 van artikel 23a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek de vereffenaar uitkomst. Overtreffen de schulden de baten, met andere woorden: er

zijn baten, dan dient de vereffenaar alsnog aangifte tot faillietverklaring te doen, tenzij alle bekende schuldeisers desgevraagd instemmen met voortzetting van de vereffening buiten faillissement.

Deze gang van zaken is de bestuurder uitgelegd tijdens de zitting van 25 februari 2014. Thans blijkt dat de bestuurder ter zake niets heeft ondernomen, maar volstaat met het opnieuw indienen van een aangifte tot faillietverklaring. De rechtbank is van mening dat deze handelwijze van de bestuurder van aangeefster misbruik van het instituut van de eigen aangifte tot faillietverklaring oplevert.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:2548

Zaaknummer: C/10/445972/FT EA 14/528

Wetsartikelen: 2:19 BW en 2:23a BW

RECHTSPRAAK

Rhijnveste Projectontwikkeling BV qq / Bestuurders

Een faillissementstekort dat is ontstaan uit het niet treffen van financiële voorzieningen of het reserveren van inkomsten, dat wil zeggen het direct doorbetalen van ontvangen betalingen, leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders. Het tekort was namelijk redelijkerwijs voorzienbaar voor een redelijk denkend en handelend bestuurder. Dat de bestuurders dachten dat een getekende overeenkomst, een onderdeel van het tekort, fictief en dus niet rechtsgeldig was, doet daaraan niets af. Haast en hectiek vormen geen rechtvaardigingsgrond.

De curator van de inmiddels gefailleerde vennootschap Rhijnveste Projectontwikkeling BV vordert dat de rechtbank (de beheervennootschappen van) de ex-bestuurders hoofdelijk veroordeelt tot betaling van het gehele faillissementstekort. Dit faillissementstekort bestaat volgens de curator uit de boedelkosten met onder meer een bedrag ad € 63.312 wegens een terug te betalen geldlening, inschrijfkosten bij de Kamer van Koophandel en een bedrag ad € 1442 wegens rechtsbijstand.

Na het tekenen van een samenwerkingsovereenkomst met AM Wonen BV hebben de bestuurders in het voorjaar van 2008 een overeenkomst van geldlening ondertekend, waarbij de vennootschap als geldnemer verklaarde van Bons Architecten BV een bedrag ad € 60.360,02 te hebben geleend. Door het in 2008 uitbreken van de economische malaise op met name de vastgoedmarkt is de samenwerkingsovereenkomst met AM Wonen BV alweer beëindigd. Daarbij is overeengekomen dat AM Wonen BV een bedrag ad € 300.000 in twee termijnen – in juli 2009 en juli 2010 – zou betalen aan de vennootschap in verband met het enige concreet verworven vastgoedproject. Nadat AM Wonen BV de bedragen omstreeks de afgesproken data heeft betaald, hebben de bestuurders de bedragen (nagenoeg in zijn geheel) doorbetaald aan de beheervennootschappen van de ex-bestuurders.

Een jaar later, in 2011, heeft Bons Architecten BV het door de vennootschap verschuldigde

bedrag plus (het geleende bedrag met de contractuele rente) bij de vennootschap opgeëist. De bestuurders hebben toen rechtsbijstand ingeroepen. Volgens hen was er sprake van dwaling bij het gehaast ondertekenen van de volgens hen slechts fictieve overeenkomst van geldlening. Tevens was er sprake van een zo nodig nog te verrekenen tegenvordering van een bedrag van € 34.135. Dit conflict heeft uiteindelijk geleid tot een verstekvonnis, waarbij de rechtbank de vennootschap heeft veroordeeld om het bedrag ad € 60.360,02 vermeerderd met rente en kosten te betalen aan Bons Architecten BV. Vervolgens hebben de bestuurders faillissement aangevraagd en is dit uitgesproken, met benoeming van eiser in onderhavige zaak als curator. Na het doen van onderzoek vordert de curator in onderhavige zaak dat de rechtbank de bestuurders hoofdelijk veroordeelt tot betaling van het gehele faillissementstekort wegens onrechtmatige daad, kennelijk onbehoorlijk bestuur, onverschuldigde betaling en/of wanprestatie.

De rechtbank oordeelt dat de verweren van de bestuurders falen en derhalve dat de hoofdvorderingen wegens onrechtmatige daad en kennelijk onbehoorlijk bestuur worden toegewezen. Naar het oordeel van de rechtbank betoogt de curator namelijk terecht dat het van onbehoorlijk bestuur getuigt en onrechtmatig is jegens de voorzienbare schuldeisers om in een financieel-economisch verslechterende situatie alle verworven inkomsten door te betalen aan bestuurders zelf. Bestuurders behoorden namelijk ten aanzien van de voorzienbare KvK- en advocaatkosten een financiële voorziening te treffen of zodra mogelijk inkomsten te reserveren; wat betreft de geldlening is deze door bestuurders zelf getekend. De rechtbank oordeelt dat geen redelijk denkend en handelend bestuurder op deze wijze zou hebben gehandeld en dergelijke onverantwoorde financiële risico's voor de vennootschap – en haar voorzienbare schuldeisers – hebben genomen. Doordat de bestuurders derhalve primair in eigen belang in plaats van het belang van de vennootschap handelden, wordt de bestuurders in de specifieke omstandigheden een ernstig verwijt gemaakt. Dat de later gebleken schulden redelijkerwijs voorzienbaar waren voor een redelijk denkend en handelend bestuurder ten tijde van de doorboekingen is afdoende voor deze conclusie (r.o. 4.4). Het verweer dat bestuurders ervan uitgingen dat de geldovereenkomst feitelijk en juridisch onjuist was, kan hen ook niet baten: het getuigt namelijk eveneens van onbehoorlijk bestuur om dergelijke overeenkomsten te ondertekenen en haast en hectiek vormen daarbij geen rechtvaardigingsgrond (r.o. 4.6). De rechtbank concludeert derhalve dat de bestuurders veel meer terughoudendheid in acht hadden moeten nemen bij het doorbetalen van de ontvangen gelden. De rechtbank veroordeelt de bestuurders derhalve tot betaling van het faillissementstekort.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 19-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2014:3463

Zaaknummer: C-09-449204 - HA ZA 13-0934

Wetsartikelen: 2:9 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Marketing People B.V./ S&R c.s.

Onduidelijkheden ten aanzien van verstrekte rekening-courantkredieten en onduidelijkheid ten aanzien van eventueel achtergestelde belangen van een van de aandeelhouders leiden tot gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en – derhalve – tot een gegroundverklaring van artikel 2:345 BW. Verzoek tot het gelasten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap.

S&R, in casu verweerster, is enig bestuurder en enig aandeelhouder van Direkt Mail, DM Helmond en Dutch mailing en allen vormen tezamen S&R c.s., in casu verweersters gezamenlijk. A is enig bestuurder van S&R, een besloten vennootschap met een geplaatst kapitaal van 80 gewone aandelen en één prioriteitsaandeel. De gewone aandelen worden gehouden door een Stichting Administratiekantoor ('STAK') en de uitgegeven certificaten worden gehouden door de beheervenootschap van A en Marketing People, de vennootschap waarvan B enig bestuurder en aandeelhouder is. Zowel de beheervenootschap van A als Marketing People houdt 50% van de certificaten, terwijl het prioriteitsaandeel in handen is van A.

Vanaf 2008 drijft Direkt Stock een onderneming waarvan de beheervenootschap van A enig aandeelhouder en enig bestuurder is, een onderneming op het gebied van opslag en distributie. Het bedrijfspand is eigendom van A en B, ieder voor de helft, en is sinds maart 1999 verhuurd aan Direkt Mail. Tot de huurverlaging betaalde Direkt Mail een maandelijkse huur van bijna € 7000, daarna betaalt Direkt Mail een bedrag van € 3677,10 per maand aan huur. Nadat B niet instemde met de verlaging van de huurprijs, heeft A namens Direkt Mail aan B geschreven dat de afspraken met betrekking tot de huurverlaging gemaakt zijn met A, medeverhuurder van het bedrijfspand, en dat Direkt Mail ervan uitging dat deze gesteund worden door B. Als reactie op dit schrijven heeft Marketing People verzocht om 16 onderwerpen op de agenda van de aandeelhoudersvergadering (AvA) van S&R toe te voegen, met als centraal uitgangspunt dat A zijn taak als (indirect) bestuurder niet naar behoren

vervult. Hoewel A aanvankelijk Marketing People meedeelde dat de punten geagendeerd zouden worden, schrijft A in zijn hoedanigheid als bestuurslid van STAK dat de voorgestelde agendapunten zijn geschrapt, daar 'gebleken is dat uw agendapunten niet thuishoren in de AvA van S&R Holding BV maar eerstens binnen het Bestuur van de STAK besproken hadden dienen te worden' (r.o. 2.8). De AvA heeft, na onenigheid voor aanvang tussen A, C en de adviseur van Marketing People, D, plaatsgevonden buiten aanwezigheid van C. Eind oktober 2012 hebben C en Marketing People bezwaar geuit tegen het beleid en de gang van zaken binnen S&R c.s. en hebben zij de Ondernemingskamer verzocht tot het gelasten van een onderzoek. Aan dit verzoek ligt het volgende ten grondslag: bestaande activiteiten van S&R c.s. zijn overgeheveld naar Direkt Stock en S&R c.s. hebben bovendien de onderneming van Direkt Stock gefinancierd met rekening-courantkredieten; de jaarrekeningen van zowel Direkt Stock als S&R c.s. bevatten onduidelijkheden waarover beide besturen geen duidelijkheid verschaffen met betrekking tot diverse banden tussen Direkt Stock en S&R c.s.; en de door Direkt Mail voorgenomen opzegging van de huurovereenkomst van het bedrijfspand berust niet op zakelijke gronden maar is slechts een middel van A om B onder druk te zetten.

De Ondernemingskamer oordeelt dat er redenen zijn om te veronderstellen dat in de verhoudingen tussen S&R en Direkt Mail enerzijds en Direkt Stock anderzijds de belangen van eerstgenoemde partijen op ontoelaatbare wijze zijn achtergesteld. De Ondernemingskamer beargumenteert dat standpunt door te wijzen naar de door Marketing People en door S&R c.s. erkende rekening-courantkredieten, waarvoor geen schriftelijke overeenkomsten zijn en tot voor kort geen afspraken over terugbetaling of zekerheidsstelling zijn gemaakt. Daarnaast wijst de Ondernemingskamer naar onduidelijkheden ten aanzien van oninbare en afgeboekte vorderingen op een vennootschap die is gelieerd aan A en een non-statutair bestuurder van Direct Stock, en ten slotte verwijst de Ondernemingskamer naar de door Direct Stock gebruikte bedrijfsmiddelen en reputatie/goodwill van S&R c.s. zonder concrete vergoeding (r.o. 3.7).

Daar Marketing People als certificaathouder op de voet van artikel 2:224a BW en op grond van de statuten van S&R gerechtigd is om onderwerpen te agenderen, maar deze uiteindelijk door A zijn geweigerd, is er aanleiding om te concluderen dat de AvA niet naar behoren functioneert. Daar het bestuur van STAK (A en B tezamen) geen bestuursbesluiten heeft genomen over de wijze van stemrechtuitoefening op de aandelen in S&R roept tevens vragen op over het functioneren van de AvA (r.o. 3.8).

Samenvattend is door de Ondernemingskamer geconcludeerd dat het voorgaande gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij S&R en Direkt Mail te twijfelen. Daar Marketing People niet heeft toegelicht waarom het onderzoek zich ook dient uit te strekken tot DM Helmond en Dutch Mailing, zal het verzoek van Marketing People

slechts worden toegewezen ten aanzien van S&R en Direkt Mailing vanaf 1 januari 2008.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:786

Zaaknummer: 200.138.441 OK

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

A/Cancun Holding c.s.

Het belang van de vennootschap bij een joint venture wordt beoordeeld door de OK. Het belang van de vennootschap is onder meer het bevorderen van bestendig succes van de onderneming en, bij joint venture, de aard en inhoud van de samenwerking van de aandeelhouders. Zorgvuldigheidsplicht met betrekking tot belangen van stakeholders. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544; HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461; HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, NJ 2007/610. Verder wordt ingegaan op de bestuurstaak bij een instructiemacht van aandeelhouders. Het bestuur dient in een dergelijk geval alsnog zelf te besturen. Ook komt de vraag aan de orde of de OK gebonden is aan het oordeel van een onderzoeker. De HR beoordeelt deze vraag ontkennend. HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2161, NJ 2003/286. De HR benadrukt verder de verplichtingen die aandeelhouders uit hoofde van artikel 2:8 BW hebben (onder meer jegens elkaar). Is er tevens een informatieplicht voor het bestuur op grond van artikel 2:8 BW? In het onderhavige geval wel, aldus de HR.

Cancun Holding I B.V. (Holding I) heeft Cancun Holding II B.V. (de Vennootschap) opgericht als houdstervenootschap van Efesyde S.A. de C.V., een Mexicaanse vennootschap die een hotelcomplex in Cancun (Mexico) zou realiseren. De aandelen van Holding I worden (indirect) gehouden door de leden van de familie X. Holding I heeft 50% van de aandelen van de Vennootschap overgedragen aan Inversiones Ma y Mo S.L. De aandelen van Inversiones worden (indirect) gehouden door leden van de familie B. B is bestuurder van Inversiones. De Spaanse vennootschap Invernostra S.L. heeft een in aandelen converteerbare lening van USD 3 miljoen aan de Vennootschap verstrekt. Op 18 juni 2009 heeft Invernostra van haar conversierecht gebruikgemaakt en heeft zij een belang van 7% in de Vennootschap verkregen.

Aan de door Invernostra verkregen aandelen C in de Vennootschap waren bijzondere zeggenschapsrechten verbonden. Het belang van Holding I en Inversiones is door deze conversie verminderd tot ieder 46,5%. B is van 21 november 2009 tot 18 juni 2009 bestuurder van de Vennootschap geweest. Met ingang van 18 juni 2009 bestond het bestuur van de Vennootschap uit A, benoemd op voordracht van Holding I, Equity Trust Co. N.V., benoemd op voordracht van Inversiones en C, benoemd op voordracht van Invernostra. Inversiones heeft vanwege installatiewerkzaamheden voor het hotelcomplex een vordering van ruim USD 14,5 miljoen op Efesyde verkregen. Banco Sabadell heeft in juli 2007 een syndicaatslening van USD 60 miljoen aan Efesyde verstrekt. Op 22 juni 2009 heeft Banco Sabadell voor het in overweging nemen van een additionele financiering van USD 12 miljoen als voorwaarde gesteld dat de vordering van Inversiones op Efesyde binnen 15 dagen van de balans van Efesyde moest verdwijnen. Bij gebreke daarvan zou bovendien de reeds verstrekte lening van 60 USD miljoen direct worden opgeëist. Tot 1 juli 2009 hield de Vennootschap een 99,9%-belang in Efesyde. Op 1 juli 2009 heeft Efesyde tegen nominale waarde aandelen aan Inversiones uitgegeven. Inversiones heeft deze aandelen volgestort door verrekening met de vordering. Hierdoor verkreeg Inversiones een belang van 78% in Efesyde, terwijl het belang van de Vennootschap in Efesyde verwaterde naar 22% (hierna: de eerste verwatering). Banco Sabadell heeft vervolgens toch afgezien van een additionele financiering. Op 1 oktober 2009 heeft Invernostra haar aandelen C overgedragen aan Inversiones, die daardoor een belang van 53,5% in de Vennootschap kreeg. Eind december 2007 heeft de Vennootschap alle aandelen verkregen van Vesta Tours N.V., gevestigd te Curaçao. Vesta vervulde een rol bij de administratieve verwerking van boekingsgelden in verband met de exploitatie van het hotel. Vereenvoudigd weergegeven werden boekingsgelden ontvangen door Vesta en doorbetaald aan Efesyde. De fiscale structuur was aldus opgezet dat nagenoeg alle met de exploitatie van het hotel gegenereerde winst voor rekening van Vesta op Curaçao tegen 2% zou worden belast. De door Vesta gegenereerde netto winst zou als dividend aan de Vennootschap worden uitgekeerd. Vanaf begin september 2009 is onenigheid ontstaan omtrent het niet overmaken van boekingsinkomsten door Vesta aan Efesyde, waarmee de salarissen van de werknemers van het hotel zouden moeten worden betaald. Op 27 oktober 2009 heeft de Vennootschap als aandeelhouder van Vesta het bestuur van Vesta vervangen. Op 3 november 2009 heeft in Mexico een buitengewone aandeelhoudersvergadering (BAVA) van Efesyde plaatsgevonden. De aandeelhouders zijn daartoe op 15 oktober 2009 opgeroepen in een lokale krant. Ook de notulen van een bestuursvergadering van Efesyde van 13 oktober 2009 vermelden dat deze BAVA zou worden gehouden. Z., indirect aandeelhouder van Holding I en bestuurder van Efesyde, was bij die bestuursvergadering niet aanwezig. Tijdens de BAVA zijn de Vennootschap en Z niet verschenen en is besloten tot uitgifte van nieuwe aandelen Efesyde aan Inversiones. Hierdoor is het belang van de Vennootschap in Efesyde van 22% verder

verwaterd naar 0,13% (hierna: de tweede verwatering) en is het belang van Inversiones verder toegenomen tot 99,87%. De notulen van de BAVA vermelden dat Inversiones voor de nieuw uitgegeven aandelen Efesyde USD 2,8 miljoen heeft betaald. De door de Ondernemingskamer aangestelde onderzoeker heeft niet kunnen constateren dat dit bedrag ook daadwerkelijk is gestort. Op 21 september 2009 heeft Holding I een enquêteverzoek ingediend. Op 28 april 2010 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de Vennootschap vanaf 1 januari 2008 bevolen. Op 7 juni 2011 heeft Holding I onder andere verzocht dat de Ondernemingskamer vaststelt dat is gebleken van wanbeleid bij de Vennootschap. In haar beschikking van 19 juli 2012 heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat in vier opzichten sprake is geweest van wanbeleid bij de Vennootschap: de eerste verwatering, de overdracht van aandelen C door Invernostra aan Inversiones in oktober 2009, de wijziging van het bestuur van Vesta en het 'omleiden' van de geldstromen en de tweede verwatering.

De conclusie van A-G Timmerman strekt tot verwerping van het cassatieberoep. Voor de behandeling van de afzonderlijke onderdelen cassatiemiddelen wordt verwezen naar de conclusie.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De door onderdeel 1.1 gehuldigde opvatting dat het bestuur van een vennootschap verplicht is, ook bij afwezigheid van een daartoe strekkende statutaire bepaling als bedoeld in artikel 2:239 lid 4 BW, de instructies van de algemene vergadering of van een of meer bepaalde aandeelhouders op te volgen, is onjuist. Het bestuur van een vennootschap heeft bij de vervulling van zijn taak een eigen verantwoordelijkheid om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. Dat is niet anders indien de aandeelhouders op grond van de machtsverhoudingen binnen de vennootschap feitelijke instructiemacht hebben.

De Ondernemingskamer heeft acht geslagen op de aard van de Vennootschap als een *joint venture* die is aangegaan tussen twee gelijkwaardige partners, naderhand aangevuld met een aandeelhouder met een minderheidsbelang. Zij heeft onderkend dat het vennootschapsbelang onder de gegeven omstandigheden meebracht dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder zouden veranderen dan in het licht van de omstandigheden was geboden. Zij heeft geoordeeld dat het bestuur zich geen rekenschap heeft gegeven van het eigen belang van de Vennootschap en van zijn eigen rol en taak hierin. Deze oordelen geven in het licht van het bovenstaande geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet onbegrijpelijk. Het onderdeel faalt daarom. Volgens de onderdelen 2.3 en 2.3.1 heeft de Ondernemingskamer blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent artikel 2:355 lid 1 BW, door in afwijking van het verslag van de onderzoeker te oordelen dat het bestuur van de Vennootschap nalatig is geweest in de vaststelling en

uitvoering van het beleid rondom de eerste verwatering. Deze klacht faalt. De Ondernemingskamer is niet gebonden aan de oordelen die de onderzoeker in zijn verslag heeft verbonden aan de door hem onderzochte feiten. Zij kan derhalve, mede aan de hand van hetgeen partijen voor haar hebben aangevoerd, tot een ander oordeel over de onderzochte handelingen komen (vgl. HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2161, NJ 2003/286, rov. 3.13 en rov. 3.21). De onderdelen 2.3.2 en 2.5.1.b zijn gericht tegen de overweging waarin de Ondernemingskamer (het bestuur van de) Vennootschap verwijt dat ook na 9 juli 2009 is nagelaten consequenties te trekken uit het niet doorgaan van de financiering door Banco Sabadell. De onderdelen kunnen bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Onderdeel 2.5.2.b is gericht tegen de overwegingen waarin de Ondernemingskamer onder meer oordeelt dat heimelijk afbreuk is gedaan aan de tussen Inversiones en Holding I beoogde aandeelhoudersgelijkheid. Volgens het onderdeel heeft de Ondernemingskamer miskend dat het partijen vrijstaat om hun *joint venture* in te richten en dat de keuze om met betrekking tot een beoogde aandelenoverdracht geen aanbiedingsplicht of informatieplicht overeen te komen moet worden gerespecteerd. Het nalaten van Inversiones en Invernostra, alsmede van het bestuur van de Vennootschap, om Holding I te informeren over de beoogde overdracht van aandelen C door Invernostra aan Inversiones, kan in de gegeven omstandigheden daarom niet (zonder nadere motivering) als wanbeleid worden aangemerkt, zo stelt het onderdeel. De omstandigheid dat het de aandeelhouders vrijstaat om hun *joint venture* in te richten, ontslaat hen niet van de verplichtingen die voor ieder van hen voortvloeien uit artikel 2:8 BW. Op grond van deze bepaling waren Invernostra en Inversiones gehouden zich jegens Holding I en jegens de Vennootschap te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Artikel 2:8 BW is van dwingend recht en geldt ook indien Invernostra haar aandelen op grond van de wet, de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst kon en mocht overdragen aan Inversiones zonder deze aandelen aan Holding I aan te bieden of zonder Holding I te informeren. Het oordeel van de Ondernemingskamer getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk. Met betrekking tot de vraag of het bestuur van de Vennootschap de beoogde overdracht ter kennis van Holding I had moeten brengen, overweegt de Hoge Raad als volgt. Bij gebreke van een wettelijke of statutaire informatieplicht is het bestuur in beginsel niet gehouden de aandeelhouders te informeren over een door een aandeelhouder beoogde aandelenoverdracht. Dat laat evenwel onverlet dat bestuurders zich dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en dat zij zorgvuldigheid dienen te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. De Ondernemingskamer heeft geoordeeld dat het belang van de Vennootschap en de verplichting om zorgvuldigheid te betrachten jegens Holding I in het onderhavige geval meebrachten dat het bestuur gehouden was om Holding I te informeren over de voorgenomen aandelenoverdracht en om te trachten

om de 50/50-verhouding tussen Holding I en Inversiones te (doen) herstellen. Gelet op de aard van de Vennootschap als *joint venture* die was opgezet als samenwerking tussen twee gelijkwaardige partners, getuigt dit oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting. Ook heeft de Ondernemingskamer dat oordeel voldoende gemotiveerd. Het voorgaande geldt eveneens met betrekking tot haar oordeel dat het nalaten van het bestuur van de Vennootschap om Holding I te informeren onder de omstandigheden van het geval strijdig is met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Het onderdeel faalt derhalve.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

X en Y/ Ingwersen q.q. en Mulder q.q.

Bestuurdersaansprakelijkheid. Overdracht activa aan zustermaatschappij, terwijl schuld aan schuldeiser onbetaald werd gelaten. Maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZo758, NJ 2006/659. Ernstig verwijt. Voldoende dat bestuurder ten tijde van de hem verweten gedraging ernstig rekening had moeten houden met mogelijkheid dat ondanks de gestelde tegenvordering een vordering op de vennootschap zou resteren.

X en Y zijn de zelfstandig bevoegde bestuurders van Vlieg Ver Weg B.V. (hierna: de vennootschap). Air Holland I B.V. heeft dertig vliegreizen voor de vennootschap verzorgd. De vennootschap heeft de facturen van vier reizen onbetaald gelaten. Bij arrest van 22 oktober 2002 heeft het Gerechtshof te Arnhem de vennootschap veroordeeld tot betaling aan Air Holland van € 511.639, onder de voorwaarde van het stellen van een bankgarantie door Air Holland, dit laatste in verband met het door het hof aanwezig geachte restitutierisico. Door Air Holland is geen bankgarantie gesteld en door de vennootschap is niet betaald. Air Holland is op 25 maart 2004 failliet verklaard. Mrs. Ingwersen en Mulder zijn aangesteld als curatoren. De curatoren vorderen in dit geding dat de vennootschap en X en Y hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van € 511.639. Zij leggen aan deze vordering ten grondslag dat de vennootschap zich heeft verplicht het voor de vluchten verschuldigde bedrag integraal te voldoen zonder verrekening, dat X in persoon betaling door de vennootschap heeft gegarandeerd, en dat X en Y onrechtmatig hebben gehandeld, omdat ofwel sprake is van betalingsonwil bij beide bestuurders, ofwel zij ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst tussen Air Holland en de vennootschap wisten dat laatstgenoemde niet aan haar verplichtingen kon voldoen en geen verhaal zou bieden. De vennootschap en X en Y hebben als verweer gevoerd dat de vennootschap schade heeft geleden doordat met kleinere vliegtuigen is gevlogen dan was overeengekomen. De vennootschap heeft in reconventie gevorderd dat haar zal worden toegestaan haar schadevergoedingsvordering op Air Holland te verrekenen met de vordering die Air Holland op haar heeft. De rechtbank heeft in conventie

de vennootschap veroordeeld om aan de curatoren een bedrag te betalen van € 511.639. De vordering jegens X en Y is door de rechtbank afgewezen. In reconventie heeft de rechtbank de vennootschap toegestaan een bedrag van € 177.022,44 in verrekening te brengen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd voor zover zij is gewezen tussen de curatoren en X en Y en heeft X en Y veroordeeld om aan de curatoren een bedrag van € 511.639 verminderd met een bedrag van € 177.022,44 te betalen.

De conclusie van A-G Timmerman strekt tot verwerping van het cassatieberoep. Hier wordt uitsluitend ingegaan op de onderdelen 1.1 en 2.1 van het cassatiemiddel. De onderdelen 1.1 en 2.1 komen met een rechtsklacht op tegen het oordeel van het hof dat X en Y onvoldoende gemotiveerd hebben gesteld dat zij eind 2001/begin 2002 goede grond hadden om met voldoende mate van zekerheid te kunnen aannemen dat de tegenvordering de betalingsverplichting van de vennootschap ten bedrage van € 511.639 zou overtreffen en hen van het (desondanks) bewerkstelligen dan wel toelaten dat de vennootschap haar betalingsverplichtingen jegens Air Holland niet kon nakomen, een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Onderdeel 1.1 betoogt dat nu niet evident was dat de tegenvordering van elke grond was ontbloot of dat de gestelde tegenvordering niet de vordering van Air Holland zou overtreffen, X en Y in redelijkheid hebben kunnen menen dat per saldo geen vordering van Air Holland zou resteren.

De klacht dient volgens de A-G beoordeeld te worden tegen de achtergrond van de daarop gegeven schriftelijke toelichting. In deze toelichting wordt opgemerkt dat de stelplicht steeds dient te corresponderen met de materiële maatstaf waarop de stelplicht ziet. Volgens de bestuurders heeft het hof een onjuiste materiële maatstaf gehanteerd en daarmee ook een onjuiste invulling aan de stelplicht gegeven. Maatstaf is in het onderhavig geval niet of de bestuurders ernstig rekening dienden te houden met het (per saldo) bestaan van een schuld aan Air Holland – waarmee de aangenomen stelplicht correspondeert – maar of zij wisten of redelijkerwijs behoorden te begrijpen dat er (per saldo) een schuld zou blijken te bestaan. In verband met deze laatste maatstaf hoefden de bestuurders naar eigen zeggen niet meer te stellen dan dat en waarom de tegenvordering niet van elke grond ontbloot was, althans dat zij geen reden hadden om aan te nemen dat de tegenvordering per saldo lager zou zijn. Gebleken is dat X en Y een te strenge selectie willen toepassen op de verplichtingen van de vennootschap waarmee rekening gehouden dient te worden. Ook ten aanzien van ‘onzekere’ verplichtingen met het bestaan waarvan ernstig rekening dient te worden gehouden, dient een bestuurder de nodige zorgvuldigheid te betrachten. Een ernstig persoonlijk verwijt kan ook worden aangenomen indien de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen, met het bestaan waarvan ernstig rekening diende te

worden gehouden, niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden. De door het hof aangenomen stelplicht sluit op die maatstaf aan. De onderhavige klacht moet dan ook falen, aldus de A-G.

Onderdeel 2.1 voegt daaraan toe dat wanneer slechts ernstig rekening moet worden gehouden met het bestaan van een vordering, het handelen of nalaten van bestuurders niet zodanig onzorgvuldig kan worden geacht dat hen daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Onvoldoende voor het aannemen van aansprakelijkheid is dat de bestuurders slechts ernstig rekening dienden te houden met het bestaan van de desbetreffende vordering. In dit laatste geval zou het handelen of nalaten van de bestuurders niet als zodanig onzorgvuldig gekwalificeerd kunnen worden dat daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, aangezien hun handelwijze er alsdan in feite op neerkomt dat zij slechts het risico op de koop toe genomen hebben dat de desbetreffende vordering uiteindelijk (per saldo of tot een bepaalde hoogte) blijkt te bestaan, in welk geval de door de bestuurders bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap, achteraf bezien, tot gevolg blijkt te hebben gehad dat de vennootschap haar –

naderhand pas definitief vastgestelde – verplichtingen niet kon nakomen en ook geen verhaal bood voor de als gevolg daarvan opgetreden schade. Mede in aanmerking genomen de terughoudendheid die past bij het aansprakelijk houden van personen voor hun handelen of nalaten als bestuurder, tegenover schuldeisers van de door hen bestuurd vennootschap, is het hier bedoelde verwijt een te licht verwijt voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid.

Uit hetgeen hiervoor door de A-G is overwogen, volgt reeds dat deze klacht tevergeefs wordt aangevoerd. Ook indien de nakoming van een ‘onzekere’ verplichting, zoals een vordering van een derde die nog niet vaststaat, door de bestuurder wordt gefrustreerd, kan van een ernstig persoonlijk verwijt sprake zijn. Zeker indien de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichting, met het bestaan waarvan ernstig rekening diende te worden gehouden, niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden. Doet een dergelijke situatie zich voor, dan is sprake van een voorzienbare benadeling. Zulks is niet in strijd met de terughoudendheid die past bij het aansprakelijk houden van bestuurders.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De onderdelen falen omdat zij de toepasselijkheid van een andere norm verdedigen dan de Hoge Raad ook voor een geval als het onderhavige heeft aanvaard in zijn arrest van 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659. Het hof heeft de door de Hoge Raad aanvaarde norm terecht aan zijn oordeel ten grondslag gelegd.

Het gaat erom of de aansprakelijk gestelde bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Dit betekent dat, anders dan de onderdelen betogen, voor een ernstig verwijt als in voormeld arrest van de Hoge Raad bedoeld, voldoende is dat de bestuurder ten tijde van het hem verweten handelen of nalaten ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat ondanks de gestelde tegenvordering een vordering op de vennootschap zou resteren.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Meva Formworks Caribbean BV / ex-bestuurder

De door een ex-bestuurder van de bankrekening van de vennootschap onttrokken bedragen dienen voor de delen die niet deugdelijk door hem verantwoord (kunnen) worden te worden vergoed door de ex-bestuurder wegens onbehoorlijk bestuur dan wel onrechtmatig handelen. Hieraan doet niet af dat bij het beëindigen van een overeenkomst van opdracht (managementovereenkomst) abusievelijk arbeidsrechtelijke terminologie gebruikt wordt. Van belang is dat de terminologie voor beide partijen helder is.

Meva Formworks Caribbean BV vordert een aantal wederrechtelijk onttrokken bedragen van een van haar ex-bestuurders. De vennootschap stelt zich op het standpunt dat gedaagde ex-bestuurder zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld (ex art. 2:14 van het Curaçaose BW) dan wel onrechtmatig jegens de vennootschap heeft gehandeld. Daarnaast treft hem het verwijt dat hij de onttrekkingen onvoldoende heeft geadministreerd en derhalve niet heeft kunnen verantwoorden. Ex-bestuurder heeft niet betwist dat hij de overboekingen of opnamen vanaf de bankrekening van de vennootschap, waarover hij de beschikking had, heeft gedaan. In het navolgende zal de onderhavige zaak in dezelfde volgorde worden behandeld als de wijze waarop de rechtbank de zaak behandelde.

Ten aanzien van de overboekingen naar de rekening van Flingo, de eenmanszaak van gedaagde, die niet betrekking hadden op de gesloten managementovereenkomst tussen de vennootschap en de ex-bestuurder, oordeelt de rechtbank dat laatstgenoemde de bedragen die hij niet heeft weten te verantwoorden, dient te vergoeden. Een bedrag van € 11.000, het door de vennootschap erkende salaris dat nog betaald diende te worden, wordt in mindering gebracht op het totaalbedrag. Verder is eveneens van onbehoorlijk bestuur dan wel onrechtmatig handelen sprake, daar de ex-bestuurder onkosten- en dagvergoedingen heeft ontvangen: de gedaagde ex-bestuurder heeft namelijk niet gesteld dat sprake was van een dergelijke afspraak en de vennootschap heeft het bestaan ervan ontkend. Aangezien leidend is hetgeen partijen, al dan niet stilzwijgend, zijn overeengekomen en de overgemaakte bedragen

onvoldoende onderbouwd zijn, dienen de bedragen aan onkosten- en dagvergoedingen eveneens te worden vergoed. Daarnaast zijn er bedragen door de ex-bestuurder overgemaakt wegens de afgesproken beëindigingsvergoeding. Dit bedrag is echter door de ex-bestuurder zelf overgemaakt en hij maakte dus na het beëindigingsgesprek – aangegaan vanwege de vermoedens van onoorbaar handelen van de ex-bestuurder – nog ruimschoots gebruik van de machtiging om over de bankrekening van de vennootschap te beschikken. Het doet er niet aan af dat de daarbij horende terminologie niet gebruikt is, maar dat er is gesproken in arbeidsrechtelijke bewoordingen. Van belang is namelijk dat voor de ex-bestuurder helder was dat hij de overeenkomst om de genoemde redenen, die naar hun aard verwijtbaar en onomkeerbaar zijn, wenste te beëindigen. Tevens is niet van belang dat de overeenkomst niet voorziet in een tussentijdse opzegmogelijkheid. Naast enkele deelvorderingen (bijvoorbeeld creditcardbetalingen) die door de rechtbank niet worden toegewezen, worden diverse – niet van een verantwoording voorziene – overboekingen wel toegewezen. Daar een deugdelijke verantwoording in de meeste gevallen achterwege is gebleven, is een totaalbedrag van € 162.939,49 vermeerderd met wettelijke rente en proceskosten toewijsbaar als gevolg van onbehoorlijk bestuur respectievelijk onrechtmatig handelen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 19-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:2381

Zaaknummer: C/10/387311 / HA ZA 11-1921

Wetsartikelen: 2:14 (Curaçaose) BW