

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 18, 2014

Nummer 18, 2014

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:998](#) 25-04-2014

Next Level Systems

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:3368](#) 22-04-2014

Failliete Bouwonderneming

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:1338](#) 16-04-2014

A / X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:1285](#) 04-04-2014

Enquêteverzoek bloemenkwekerij

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4678](#) 17-12-2013

Vrijwaring hoofdelijke aansprakelijkheid vennoten

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2008:627](#) 22-04-2008

Recon Aannemingsbedrijf

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2014:1912](#) 16-04-2014

VR-Bank EG / X

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2013:5137](#) 04-09-2013

Yellow Works B.V.

RECHTSPRAAK

Next Level Systems

Artikel 80a lid 1 RO. De A-G concludeert tot niet-ontvankelijkheidsverklaring omdat het cassatieverzoekschrift niet is ondertekend door een advocaat bij de Hoge Raad, omdat het griffierecht niet is betaald en omdat verzoeker niet in vorige instantie is verschenen. Ook concludeert de A-G dat de Ondernemingskamer niet aangemerkt dient te worden als bestuursorgaan en dus onmiddellijke voorzieningen kan gelasten.

Bij beschikking van 15 juli 2013 heeft de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam op verzoek van verweerster een onderzoek bevolen naar het beleid van Next Level Systems B.V. te Rotterdam en de gang van zaken in de periode van 30 november 2011 tot 16 januari 2012. In de procedure bij de Ondernemingskamer zijn als belanghebbende verschenen: verzoekster 1 en verzoeker 2. Bij wijze van onmiddellijke voorziening heeft de Ondernemingskamer voor de duur van het geding verzoekster 1 geschorst als bestuurder van Next Level Systems B.V. en in haar plaats een tijdelijk bestuurder benoemd. Bij beschikking van 18 juli 2013 heeft de Ondernemingskamer als onderzoeker mr. C.F. Mijs te Rotterdam benoemd en voor de duur van het geding mr. J.G. Princen te Rotterdam als bestuurder van de vennootschap aangewezen.

Betrokkene heeft namens de Stichting Gemeenschappelijke Organisatie Dienen, waarvan hij bestuurder is, en mede namens verzoekster 1 en verzoeker 2 beroep in cassatie ingesteld tegen de genoemde beschikking van 18 juli 2013. In de toelichting wordt, samengevat, betoogd dat de benoeming van één of meer personen tot onderzoeker is aan te merken als een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling als bedoeld in artikel 1 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Verzoekers merken de Ondernemingskamer aan als een 'bestuursorgaan': naar hun mening dient ten aanzien van de Ondernemingskamer een onderscheid te worden gemaakt tussen haar rechtsprekende en haar uitvoerende taken. Volgens verzoekers voldoet het besluit van 18 juli 2013 in verscheidene opzichten niet aan de eisen die de Awb aan een besluit van een bestuursorgaan stelt.

Het standpunt van Procureur-Generaal Langemeijer strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het cassatieberoep. In de eerste plaats is het cassatieverzoekschrift niet ondertekend door een advocaat bij de Hoge Raad. In de tweede plaats is het verschuldigde griffierecht niet tijdig voldaan. In de derde plaats is de Stichting Gemeenschappelijke Organisatie Dienen in de vorige instantie niet ‘verschenen’ in de zin van artikel 426 lid 1 Rv, zodat de Stichting ook om die reden niet-ontvankelijk is in haar cassatieberoep. Tot slot is de veronderstelling van verzoekers dat de Ondernemingskamer een ‘bestuursorgaan’ in de zin van artikel 1 Awb is, wanneer zij op de voet van artikel 2:345 BW een onderzoeker benoemt dan wel op de voet van artikel 2:349a BW een onmiddellijke voorziening treft, niet juist. Op grond van artikel 1:1 lid 2 Awb worden onafhankelijke, bij de wet ingestelde organen die met rechtspraak zijn belast – waartoe de Ondernemingskamer behoort (zie art. 66 RO) – niet aangemerkt als ‘bestuursorgaan’ in de zin van deze wet.

De Hoge Raad is van oordeel dat de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat de partij die het cassatieberoep heeft ingesteld klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep, dan wel omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden. De Hoge Raad zal daarom – gezien artikel 80a lid 1 RO en gehoord de Procureur-Generaal – het beroep niet-ontvankelijk verklaren.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 25-04-2014

ECLI: ECLI:NL:HR:2014:998

Zaaknummer: 13/06217

Wetsartikelen: 80a lid 1 RO

RECHTSPRAAK

Failliete Bouwonderneming

Appellanten I en II zijn bij tussenarrest aansprakelijk gesteld wegens het schenden van de boekhoudplicht ex artikel 2:10 BW. Het hof oordeelt dat het bewijsvermoeden dat dit een belangrijke oorzaak in faillissement is niet wordt weerlegd. Inzake toegenomen concurrentie uit Oost-Europa en de gevolgen voor de financiën daarvan spreken de verklaringen elkaar tegen. Verliezen op een bouwproject kwamen voort uit te scherpe berekeningen, niet uit halsstarrigheid van de klant. Niet duidelijk is voorts hoe het verdisconteren van de bedrijfskosten van appellant III een belangrijke oorzaak voor het faillissement vormde. Tot slot is, gezien de omstandigheden, ten aanzien van een gedeelte van de geïnde vorderingen sprake van samenspanning conform artikel 47 Fw tussen X BV en appellant III.

Bij tussenarrest van 3 april 2012 heeft het hof geoordeeld dat appellanten I en II als bestuurders van BV X de boekhoudplicht ex artikel 2:10 BW hebben geschonden. Daarmee staat onbehoorlijk bestuur vast en dit wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Appellanten betogen dat er andere belangrijke oorzaken voor het faillissement anders dan kennelijk onbehoorlijk bestuur zijn. In casu is aan de orde of dit tegenbewijs slaagt. Inzake de toename van concurrentie uit Oost-Europa en daardoor wegvallen van omzet overweegt het hof als volgt. Appellant II heeft eerst verklaard dat bij X de omzet met € 500.000 tot € 600.000 verminderde; vervolgens, dat de marges afnamen, en later, toen uit de cijfers naar voren kwam dat de marges juist zijn toegenomen, dat het gerealiseerde nettoresultaat is afgenomen. De personeelskosten zouden sterk zijn gestegen wegens het inhuren van uitzendkrachten. Getuige I, de voormalige controller, heeft echter verklaard dat er geen uitzendkrachten zijn ingehuurd vanwege een gebrek aan vakmanschap, en voorts dat sprake was van lagere marges. De verklaringen van appellant II en getuige I spraken elkaar dus op essentiële punten tegen. De verklaring van getuige II, die aangeeft dat de markt in algemene zin werd geconfronteerd met toegenomen concurrentie, is eveneens

onvoldoende. Inzake de verliezen op een bouwproject in Libië geldt het volgende. Appellant II heeft verklaard dat de problemen ontstonden doordat de opdrachtgever zijn betalingsverplichtingen ter zake van de kosten meerwerk niet nakwam. Getuigen I en III hebben echter verklaard dat (ook) sprake was van een exploitatietekort omdat het project te krap was berekend. De curator heeft voorts aangegeven dat er een vaste aanneemsom was overeengekomen, en dat dit de reden was dat er geen kosten meerwerk werden betaald. Het hof is van oordeel dat onvoldoende aannemelijk is dat het project in Libië een belangrijke oorzaak van het faillissement is, mede nu kort voor het faillissement nog een regeling is getroffen, waardoor alsnog 50% van het openstaande bedrag werd ontvangen. Inzake het verdisconteren van de bedrijfskosten van appellant III in de cijfers van X BV oordeelt het hof als volgt. Het is aannemelijk dat dit een negatieve invloed heeft gehad op het nettoresultaat, maar niet duidelijk is hoe dit heeft geleid tot financiële problemen of zelfs een belangrijke oorzaak voor het faillissement vormde. Aldus zijn appellanten I en II er niet in geslaagd het vermoeden te ontkrachten dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak voor het faillissement is. Het hof gaat voorbij aan een beroep op matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW. Tot slot stelt de curator dat sprake is van samenspanning ex artikel 47 Fw tussen X BV en appellant III. Volgens de curator heeft appellant III bewust bewerkstelligd dat hij gelden ontving van schuldenaren (genummerd II tot en met VII) van X BV. Het hof oordeelt als volgt. Uit de onderling afwijkende verklaringen van appellant II, getuige I en getuige II ontstaat een beeld waarin het met de scheiding tussen appellant III en X BV niet zo nauw werd genomen: meerdere bestaande facturen van X zijn 'omgeboekt' naar appellant III. Deze heeft inzake de schuldenaren II tot en met IV niet kunnen ontkrachten dat geen sprake was van doelbewuste actie. Een en ander speelde zich af in een periode dat het voor appellanten voldoende duidelijk was dat het faillissement van X BV onontkoombaar was. Ten aanzien van schuldenaar V geldt dat de vordering van de curator niet gebaseerd kan worden op artikel 47 Fw, nu betaling heeft plaatsgevonden na het faillissement. Het feitencomplex is echter hetzelfde, zodat dit handelen van appellant III onrechtmatig is. Inzake de schuldenaren VI en VII is echter door de curator onvoldoende gesteld om aan te nemen dat sprake is van samenspanning: het gaat hierbij niet om wijzigingen in reeds bestaande facturen. Onvoldoende duidelijk is dan daarom waarom een nauw verbonden partij niet gerechtigd zou zijn de facturen te verzenden.

Appellanten worden persoonlijk aansprakelijk gehouden.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:3368

Zaaknummer: 200.058.102/01

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

A / X

Uitleg statuten van de commanditaire vennootschap inzake uittreding van een commanditaire vennoot. In casu bepaalt het hof dat een reserve voor nog niet vaststaande verliezen, welke nog moeten worden verrekend, kan worden ingehouden op het aan de uittredende commanditair toekomende vermogensaandeel.

A en X zijn vennoten in een CV. Op een gegeven moment treedt X uit als commanditair vennoot (hij wordt uitgestoten). A en X krijgen onenigheid over de financiële afwikkeling en de daarmee verband houdende uitleg van de statuten. In eerste aanleg bepaalt de rechtbank dat geen reserve voor nog niet vaststaande verliezen, welke nog moeten worden verrekend, kan worden ingehouden op het aan de uitgestoten commanditair toekomende vermogensaandeel. A is het niet eens met de uitleg die de rechtbank aan de statuten geeft en tekent beroep aan.

Het hof overweegt als volgt. Partijen hebben aan het hof geen informatie verstrekt over de wijze van tot stand komen van de statuten in 1987, noch hebben partijen aan het hof informatie verstrekt over de omstandigheden waaronder geïntimeerde tot de hiervoor genoemde CV is toegetreden. Gezien het gebrek aan informatie met betrekking tot de wijze van toetreding van geïntimeerde tot de CV hecht het hof veel waarde aan de tekst van de statuten alsmede aan de wijze waarop in het verleden met deze statuten is omgegaan bij uittreding van een commanditaire vennoot.

In artikel 13 van de statuten is bepaald: 'Indien de Vennootschap eindigt door opzegging door de Beherende Vennoot heeft deze het recht alleen of met anderen te zijner keuze de Vennootschap voort te zetten, onverminderd het in Artikel 12 bepaalde...'

In artikel 12 laatste zin is bepaald: 'Ingeval er ingevolge dit Artikel uitkeringen van deelnamen der Vennoten moeten plaats hebben, terwijl er de mogelijkheid bestaat dat nog niet vaststaande verliezen moeten worden verrekend, zal op het uit te keren bedrag een door de Vergadering der Commanditaire Vennoten of diens gemachtigde, te bepalen som als reserve

voor die verliezen worden ingehouden.'

Het hof is van oordeel dat op basis van de tekst van de artikelen 12 en 13 van de statuten, alsmede op basis van hoe feitelijk in het verleden is gehandeld met betrekking tot de afwikkeling van het commanditaire kapitaal, een redelijke uitleg van de statuten met zich meebrengt dat appellanten het te verwachten verlies in mindering mogen brengen op het commanditaire kapitaal van geïntimeerde.

Gezien het hof hiervoor heeft overwogen, dient het bestreden vonnis te worden vernietigd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 16-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:1338

Zaaknummer: 200.102.560

Wetsartikelen: 7A:1683 BW

RECHTSPRAAK

VR-Bank EG / X

Kan een Nederlandse borg een beroep doen op de bescherming van artikel 1:89 BW tegenover een Duitse bank? De rechtbank oordeelt dat de Duitse bank zich kan beroepen op bescherming tegen een voor haar onverwacht invoeren van de onbevoegdheid van X door diens echtgenote. Dit betekent dat VR-Bank zich op de borgtochtovereenkomst kan beroepen en dat de door X gevorderde verklaring voor recht dat de borgtochtovereenkomst is vernietigd, moet worden afgewezen.

X heeft op enig moment gesproken over de koop van aandelen door X in de Duitse vennootschap Vicont en zich daarbij borg gesteld tegenover de VR-Bank. De echtgenote van X schrijft echter een brief aan de bank waarin een beroep wordt gedaan op artikel 1:89 BW. De bank vordert bij de rechtbank betaling van X.

De rechtbank oordeelt als volgt. De vraag welk recht van toepassing is op de borgtochtovereenkomst moet worden beoordeeld op grond van artikel 4 van de Rome-I Verordening. Op grond van lid 1 van dit artikel is dit het recht van het land waar de partij woont die de karakteristieke prestatie levert. Een borgtochtovereenkomst is – hoewel niet los te denken van een hoofdschuld – een zelfstandige overeenkomst, waarvan de karakteristieke prestatie wordt verricht door de borg. Op de overeenkomst is in dit geval, bij gebreke aan een geldige rechtskeuze, dan ook Nederlands recht van toepassing. Voor de beoordeling van het beroep op de vernietiging zal de rechtbank – in navolging van partijen – het stappenplan hanteren zoals neergelegd in het arrest van het Gerechtshof Arnhem van 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX0484.

Het toestemmingsvereiste, neergelegd in artikel 1:88 BW, heeft internationaal gezien een exceptioneel karakter. Het Nederlandse internationaal privaatrecht kent (mede daarom) een speciale regeling ter bescherming van de wederpartij van de onbevoegd handelende echtgenoot. Op grond van artikel 10:11 BW jo. artikel 13 van de Rome-I Verordening kan, bij

een overeenkomst die is gesloten tussen personen die zich in eenzelfde land bevinden, een natuurlijk persoon die volgens het recht van dat land handelingsbevoegd is, zich slechts beroepen op het feit dat hij volgens het recht van een ander land handelingsonbevoegd is, indien de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst deze onbevoegdheid kende of door nalatigheid niet kende. Voor 1 januari 2012 gold dezelfde bescherming van een wederpartij door analoge toepassing van artikel 11 van het EVO-verdrag, dat een gelijkkluidende regeling als artikel 13 van de Rome-I Verordening bevat.

De rechtbank overweegt dat VR-Bank haar stelling dat zij een lokale en zelfstandige juridische entiteit is met stukken heeft onderbouwd. Zo heeft zij producties in het geding gebracht (productie 19 tot en met 21) waaruit kan worden afgeleid dat er diverse afzonderlijke VR-Banken actief zijn in verschillende regio's en dat zij zelf slechts actief is in de regio rondom Schwerin in Noord-Duitsland. Hiertegenover acht de rechtbank de enkele stelling van gedaagde dat VR-Bank één landelijk actieve rechtspersoon is onvoldoende onderbouwd. De rechtbank gaat er dus van uit dat VR-Bank een lokaal actieve, vanuit Schwerin handelende rechtspersoon is. De door VR-Bank in deze zaak verstrekte financiering heeft ook betrekking op een vanuit Schwerin door een Duitse ondernemer gedreven onderneming. Gelet hierop en op het internationaal exceptionele karakter van de artikelen 1:88 en 1:89 BW houdt de rechtbank het ervoor dat VR-Bank niet bekend was met genoemde bepalingen. De rechtbank is van oordeel dat de onbekendheid van VR-Bank ook niet het gevolg is van nalatigheid van haar zijde. VR-Bank erkent dat zij lid is van het Bundesverband der Deutsche Volksbanken und Raiffeisenbanken. Dit betekent naar het oordeel van de rechtbank echter niet zonder meer dat kennis van lokale Volksbanken en Raiffeisenbanken uit de grensstreek moet worden toegerekend aan VR-Bank. Dit is immers een afzonderlijke rechtspersoon. Ook de omstandigheid dat VR-Bank een professioneel kredietverstrekker is, maakt niet dat zij van het bestaan van artikel 1:88 lid 1 sub c BW wetenschap behoort te hebben. Het voorgaande leidt de rechtbank tot het oordeel dat VR-Bank zich kan beroepen op bescherming tegen een voor haar onverwacht inroepen van de onbevoegdheid van X door diens echtgenote. Dit betekent dat VR-Bank zich op de borgtochtovereenkomst kan beroepen en de door X gevorderde verklaring voor recht dat de borgtochtovereenkomst is vernietigd moet worden afgewezen. De vraag of het toestemmingsvereiste in dit geval wel van toepassing is, gelet op het bepaalde in artikel 1:88 lid 5 BW, behoeft niet te worden beantwoord. Er zal dan ook naar Nederlands recht moeten worden beoordeeld of redelijkheid en billijkheid zich tegen het beroep op nakoming daarvan verzetten. Op grond van artikel 6:248 lid 2 BW is een tussen partijen op grond van een overeenkomst geldende regel niet van toepassing, indien dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De rechtbank overweegt het volgende. Bij beantwoording van de vraag of het onaanvaardbaar zou zijn X aan zijn betalingsverplichting uit hoofde van de borgtochtovereenkomst te houden, dient de

rechtbank de nodige terughoudendheid te betrachten. Vaststaat dat X in november 2010, enkele maanden nadat hij een aandelenbelang in Vicont kocht, zich borg heeft gesteld. X is een Nederlandse zakenman, die er zelf voor heeft gekozen een belang te nemen in een Duitse rechtspersoon. Tegen die achtergrond hecht de rechtbank minder waarde aan de omstandigheid dat X – mogelijk – de Duitse taal minder goed zou beheersen. Voor zover daarvan sprake was, had het op de weg van X gelegen om zo nodig Duitse teksten te laten vertalen. Dat hij dat niet heeft gedaan, komt voor zijn rekening en kan VR-Bank niet worden tegengeworpen. Het was immers de eigen keuze van X om in Duitsland zaken te doen. Voorts heeft X zijn stelling omtrent zijn beperkte financiële draagkracht onvoldoende geconcretiseerd of onderbouwd, zodat de rechtbank niet zonder meer van de juistheid daarvan kan uitgaan. Indien zijn financiële positie nakoming door X al moeilijk zou maken, is dit echter, mede gelet op het voorgaande, onvoldoende om aan te nemen dat nakoming van de betalingsverplichting in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit verweer van X wordt verworpen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 16-04-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2014:1912

Zaaknummer: C/01/265141

Wetsartikelen: 1:89 BW

RECHTSPRAAK

Enquêteverzoek bloemenkwekerij

De aandelen van BV X, die zich bezighoudt met het kweken van bloemen en planten, worden middellijk voor 50% gehouden door A en middellijk voor 50% door B. A en B, broers, zijn met elkaar in onmin geraakt en hebben een overeenkomst gesloten om de onderneming te ontvlechten. Over de uitleg van deze overeenkomst ontstaat naderhand onenigheid en de overeenkomst wordt niet nagekomen. De situatie is dermate ernstig dat ook externe partijen last ondervinden van de problemen tussen de broers. De Ondernemingskamer oordeelt dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt door de ontstane situatie. Er zijn gegronde redenen om aan een juist beleid en aan de juistheid van de gang van zaken te twijfelen. De Ondernemingskamer beveelt een onderzoek, oordeelt dat er een nog te benoemen bestuurder zal worden aangesteld, schorst B als bestuurder en beveelt beide partijen een aandeel ten titel van beheer over te dragen aan de nog te benoemen bestuurder.

BV X drijft een onderneming die zich bezighoudt met het kweken van bloemen en planten. A en B, broers, houden allebei door middel van een persoonlijke holding, waarvan zij beide enig bestuurder zijn, 50% van de aandelen in BV X. Tussen de broers bestaat al geruime tijd onenigheid. Naar aanleiding van hun onderlinge twisten hebben A en B op 30 november 2012 een vaststellingsovereenkomst gesloten tot afwikkeling van hun geschillen en ontvlechting van hun samenwerkingsverband. Hierbij wordt afgesproken dat door een samenstel van rechtshandelingen de aandelen van B worden overgedragen aan A. Ook wordt in de overeenkomst afgesproken dat na de overdracht van de aandelen B als bestuurder zal aftreden en dat hij tot die tijd met verlof zal gaan. B heeft op 2 december 2012 aan de zakelijke relaties laten weten dat hij zijn werkzaamheden voor BV X zal staken. Tussen partijen zijn geschillen gerezen over de uitleg van de overeenkomst. Tot aan de dag van de terechtzitting is de

notariële akte niet verleden en is evenmin de koopsom betaald. Uit de stukken blijkt dat derden, zijnde een leverancier, de accountant en de bank, hoogte hebben gekregen van de onmin die is ontstaan tussen de aandeelhouders.

Het hof oordeelt als volgt. Door middel van hun holding heeft zowel A als B de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen. Zij menen beide dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen. De gedragingen van beide bestuurders/aandeelhouders en de talrijke verwijten ondergraven de bestuurbaarheid en de bedrijfsvoering in ernstige mate. Zo zijn in de loop van 2013 ook externe relaties betrokken geraakt bij de conflicten. Mede gezien de opmerking van de accountant en de huisbank dat er zorgen zijn over de continuïteit van de onderneming acht de Ondernemingskamer het aannemelijk dat het conflict de vennootschap en haar onderneming schade berokkent. Hierbij wordt in overweging genomen dat geen gehoor is gegeven aan het verzoek van de huisbank tot het stellen van extra zekerheid, de jaarrekening over 2012 nog niet is vastgesteld, onduidelijkheid bestaat over de resultaten over 2013, BV X in 2012 aanzienlijk verlieslatend is geweest en dat voor de uitvoering van de overeenkomst die partijen in 2012 hebben gesloten aanzienlijke externe financiering nodig is.

Gelet op de gegeven omstandigheden acht de Ondernemingskamer dat er gegronde redenen zijn te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van BV X welke een onderzoek daarnaar rechtvaardigen. De Ondernemingskamer heeft nog niet vastgesteld aan welke partij de patstelling (voornamelijk) te wijten is. Dit laat onverlet dat het treffen van maatregelen vereist is. B wordt voor de duur van het geding geschorst als bestuurder en de Ondernemingskamer zal een bestuurder aanstellen die in alle gevallen een beslissende stem zal hebben in het bestuur en zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is. Ook moeten beide aandeelhouders één aandeel in BV X ten titel van beheer overdragen aan de te benoemen bestuurder.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:1285

Zaaknummer: 200.138.093 OK

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

RECHTSPRAAK

Vrijwaring hoofdelijke aansprakelijkheid vennoten

Een oorspronkelijke kredietovereenkomst tussen de bank en een vof wordt overgedragen aan een commanditaire vennootschap. De bank stelt echter dat de vennoten de bank gevrijwaard hebben van de schade die bestaat uit de debetsaldi van de rekeningen. Het hof laat de bank toe tot tegenbewijs tegen het oordeel dat de bank heeft ingestemd met de kredietovereenkomstoverdracht.

Geïntimeerde sub 1 en sub 2 zijn met elkaar een vof aangegaan en de ABN Amro Bank heeft aan deze vennootschap een ondernemerskrediet en een ondernemingsrekeningcourantkrediet ter beschikking gesteld op respectievelijk 2 juli 2004 en 11 februari 2005. In beide gevallen is er op grond van de wet sprake van hoofdelijke verbondenheid wegens hun hoedanigheid als vennoot in de vennootschap. Beiden zijn later bij overeenkomst een commanditaire vennootschap aangegaan, waarbij de beheermaatschappij van geïntimeerde sub 1 beherend vennoot is, terwijl de beheermaatschappij van geïntimeerde sub 2 commanditaire vennoot is. In de overeenkomst is ten aanzien van de inbreng van beiden bepaald dat de commanditaire vennootschap alle activa en passiva van de oorspronkelijke vennootschap overneemt. Alle bankgegevens zijn eveneens gewijzigd.

Als de commanditaire vennootschap medio 2011 failliet wordt verklaard en de ABN Amro Bank de debetstanden van beide rekeningen heeft opgeëist en de vennootschap hierbij in gebreke blijft, heeft de bank de debetsaldi hoofdelijk van geïntimeerden gevorderd. Bij vonnis van de rechtbank is verworpen het verweer van beide geïntimeerden dat de vennootschap onder firma geen partij bij de kredietovereenkomsten is, daar deze door de commanditaire vennootschap is overgenomen. De vraag is vervolgens of beide geïntimeerden verheven zijn van de wettelijke hoofdelijke aansprakelijkheid, aangezien zij geen beherend vennoot van deze nieuw opgerichte commanditaire vennootschap zijn. De rechtbank heeft overwogen dat de wijziging van de tenaamstelling en kredietoverdracht is goedgekeurd door de bank, maar aangezien niet voor de hand ligt dat de bank haar medewerking zou willen verlenen vanwege

het verlies van verhaalsmogelijkheden, geldt dit verweer in dit geval niet. Derhalve heeft de rechtbank geïntimeerden hoofdelijk veroordeeld tot betaling van de debet bedragen.

In hoger beroep motiveren geïntimeerden dat de bank wel degelijk ingestemd heeft met overneming van de kredietovereenkomsten en dat de vraag of de overdrachtsovereenkomsten van het krediet als zodanig gekwalificeerd dienen te worden, onbehandeld is gelaten. Het hof behandelt deze laatstgenoemde voorvraag. De door geïntimeerde en ABN Amro Bank getekende overeenkomst bevat voor meerdere partijen zowel rechten als verplichtingen, zo ook voor geïntimeerden in hun hoedanigheid van vennoot van de oorspronkelijke vennootschap onder firma. Later is bij overeenkomst overeengekomen dat de activa en passiva van deze vennootschap in de commanditaire vennootschap worden ingebracht, waardoor de titel voor levering vaststaat. Achteraf kan dan eventueel worden vastgesteld om welke rechten en verplichtingen dit gaat en wanneer de vennoten verklaren al hun rechten en verplichtingen in een commanditaire vennootschap in te brengen behoeft het geen nadere motivering dat daarin ook de vordering van de bank op het vermogen van de vennootschap is inbegrepen. Dat betekent derhalve dat, indien de bank ex artikel 6:159 lid 1 BW haar medewerking heeft verleend aan de contractsoverdracht, de kredietovereenkomsten tussen geïntimeerden en de bank aan de commanditaire vennootschap zijn overgedragen. Deze instemming met contractsoverdracht c.q. wilsverklaring van de bank hoeft niet expliciet te geschieden; een wilsverklaring kan immers ex artikel 3:37 lid 1 BW in één of meer gedragingen, zelfs in een zwijgen, besloten liggen. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van instemming, is het aan de geïntimeerden om te bewijzen dat de bank heeft ingestemd met de kredietovereenkomstenoverdracht. Het hof stelt vervolgens vast, na betoging van geïntimeerden met verwijzing naar diverse mondelinge gesprekken en schriftelijk contact tussen beide partijen, dat ABN Amro Bank heeft ingestemd met contractsoverneming van de kredietovereenkomsten door de commanditaire vennootschap. Aangezien ABN Amro Bank niet betwist dat er schriftelijk contact is geweest, maar dat zij deze niet kan terugvinden in haar dossier, moet de volledigheid van dit dossier ernstig worden betwijfeld. Het hof zal de bank daarom toelaten tot tegenbewijs tegen het oordeel dat de bank heeft ingestemd met de kredietovereenkomstoverdracht.

In geval de bank niet in het bewijs slaagt, wordt het verweer relevant dat geïntimeerden een rekeningovername verklaring hebben ondertekend. Op grond van die verklaring, althans op grond van artikel 4 daarvan, zijn geïntimeerden ondanks de contractsoverdracht, gehouden de bank te vrijwaren voor de schade die voortvloeit uit de medewerking aan de rekeningoverdracht, aldus de bank. In dat geval is de schade dan gelijk aan de debetsaldi van de rekeningen. Echter betwisten geïntimeerden dat zij met een dergelijke vrijwaring akkoord zijn gegaan, nu deze niet te verenigen valt met de door hen beoogde bevrijding van de

hoofdelijke aansprakelijkheid. Daar het hof van oordeel is dat een ongedateerd voorbeeld van een dergelijke verklaring geen bewijs biedt in dezen, rust de stelplicht en bewijslast op de bank. Daar de bank een bewijsaanbod heeft gedaan, houdt het hof in afwachting van deze bewijslevering een eventuele verdere beslissing aan.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4678

Zaaknummer: 200.116.265-01

Wetsartikelen: 6:159 BW en 3:37 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Yellow Works B.V.

Een uitzendbureau vordert een bedrag van ruim € 40.000 van de bestuurder-aandeelhouder van een bouwbedrijf wegens een eerder gedane betalingstoezegging. Toestemming echtgenote in casu is niet vereist, aangezien sprake is van een normale uitoefening van het bedrijf voor de vennootschap ex artikel 1:88 lid 5 BW. De zaak wordt aangehouden totdat het uitzendbureau bewijs heeft geleverd dat gedaagde de vaststellingsovereenkomst wel degelijk heeft getekend.

Gedaagde was enig aandeelhouder en bestuurder van een bouwbedrijf. Deze vennootschap heeft uitzendkrachten ingeleend bij Yellow Works B.V. Laatstgenoemde legt aan haar vordering, onder andere bestaande uit de veroordeling van gedaagde tot betaling van ruim € 40.000, ten grondslag dat gedaagde zich jegens haar borg heeft gesteld voor deze bedragen. Hiervoor verwijst zij naar een schriftelijke vaststellingsovereenkomst, waarin onder andere is bepaald dat bij niet nakomen de leverancier zonder noodzakelijke tussenkomst van een rechtbank de gehele vordering privé zal verhalen op gedaagde. Eveneens is echter bepaald dat de vaststellingsovereenkomst alleen betrekking heeft op een aantal in de overeenkomst genoemde facturen. Gedaagde bestrijdt de echtheid van de handtekening die onderaan de vaststellingsovereenkomst staat, evenals hij betwist het stuk getekend te hebben en hij betwist dat hij zich ooit borg heeft gesteld ten behoeve van Yellow Works B.V. Laatstgenoemde heeft echter gemotiveerd gesteld en te bewijzen aangeboden dat de gedaagde de overeenkomst wel degelijk getekend heeft. Derhalve zal de rechtbank haar toelaten te bewijzen dat de vaststellingsovereenkomst inderdaad door gedaagde is getekend.

Indien eiseres hier niet in slaagt, zal de vordering worden afgewezen, aangezien dan een grondslag voor aansprakelijkheid van de gedaagde voor de betalingsverplichtingen ontbreekt. Indien eiser er wel in slaagt, moet worden aangenomen – mede gelet op de betekenis van partijen ten aanzien van de tekst van de overeenkomst – dat sprake is van borgtocht ex artikel 7:850 BW. In dat geval overweegt de rechtbank alvast bij voorbaat dat gedaagde bestuurder en aandeelhouder is van de B.V. en derhalve de bepalingen voor particuliere borgtochten niet van

toepassing zijn ex artikel 7:857 BW. Daarnaast oordeelt de rechtbank dat Yellow Works B.V. betaling van ruim € 40.000 vordert, maar dat met verwijzing naar de genoemde facturen uit de overeenkomst (slechts) een bedrag van circa € 30.000 toewijsbaar is.

Gedaagde heeft er nog op gewezen dat zijn echtgenote bij briefpost op grond van artikel 1:89 lid 1 BW de borgstelling heeft vernietigd wegens het ontbreken van haar toestemming. Hierdoor ontbreekt volgens gedaagde een rechtsgrond. Volgens de rechtbank kan dit verweer echter niet slagen. Op grond van artikel 1:88 lid 1 aanhef en sub c behoeft een echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot voor overeenkomsten die ertoe strekken dat hij zich als borg of hoofdelijk schuldenaar verbindt. In geval van het ontbreken van deze toestemming kan de andere echtgenoot de borgstelling vernietigen op grond van artikel 1:89 lid 1 BW. Echter, artikel 1:88 lid 5 BW bepaalt dat deze toestemming niet vereist is voor borgstelling door een directeur-aandeelhouder van een besloten vennootschap, indien het gaat om een borgstelling die 'geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap' (r.o. 3.6.5). In casu was hiervan sprake, daar niet bestreden is dat het inlenen van arbeidskrachten gebruikelijk is binnen het bouwbedrijf. Bij de vaststellingsovereenkomst werd tevens een termijn overeengekomen waarbinnen het bouwbedrijf alsnog aan haar betalingsverplichtingen zou voldoen. Naar het oordeel van de rechtbank moeten zowel het inlenen van de arbeidskrachten als het doen van de betalingstoezegging in casu geacht worden te hebben behoord tot de normale bedrijfsuitoefening. Een geval als in HR 8 juli 2005, NJ 2006/96 (Rabobank/Verhees) doet zich hier naar het oordeel van de rechtbank niet voor en derhalve geschiedde de borgstelling ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap in de zin van de uitzonderingsbepaling ex artikel 1:88 lid 5 BW.

Derhalve kan Yellow Works B.V., afhankelijk van de bewijslevering, gedaagde slechts aanspreken als borg tot betaling van ruim € 30.000, in tegenstelling tot het oorspronkelijk gevorderde bedrag van ruim € 40.000. De rechtbank houdt iedere verdere beslissing vooralsnog aan.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 04-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2013:5137

Zaaknummer: C-03-177887 A

Wetsartikelen: 7:850 BW, 7:857 BW, 1:88 lid 1 BW en 1:89 lid 1 en 5 BW

RECHTSPRAAK

Recon Aannemingsbedrijf

De dochtervennootschap van de Holding faillieert. De Holding en haar bestuurder X zijn aansprakelijk voor het faillissementstekort ex artikel 2:248 BW en artikel 2:11 BW. Het zonder AVA-besluiten en in tegenspraak met vastgestelde jaarrekeningen uitkeren van het gehele eigen vermogen als dividend, het uitvoeren van onrechtmatige correcties in de rekening-courant van de dochter door de Holding en het zonder rechtsgrond overmaken van gelden van de dochtervennootschap aan X in privé leveren zowel afzonderlijk als in onderling verband beschouwd kennelijk onbehoorlijk bestuur op. Dit kennelijk onbehoorlijk bestuur is een belangrijke oorzaak van het faillissement van de dochtervennootschap, nu X er niet in is geslaagd het bewijsvermoeden te ontkrachten.

X is bestuurder en enig aandeelhouder van Recon Holding B.V. (Holding), dat bij Recon Aannemingsbedrijf B.V. (Aannemingsbedrijf) weer enig bestuurder en aandeelhouder is. De faillissementscurator van Aannemingsbedrijf heeft in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat X zijn taak als bestuurder van Aannemingsbedrijf kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld ex artikel 2:248 lid 1 en 2 BW, het laatste wegens schending van de boekhoud- en publicatieplichten van artikel 2:10 en artikel 2:394 BW. De vordering is toegewezen. Daartegen richt zich het hoger beroep. Het hof overweegt allereerst dat X niet aansprakelijk kan zijn als bestuurder van Aannemingsbedrijf, maar dat dit niet in de weg staat aan haar aansprakelijkheid als middellijk bestuurder. Voor zover slaagt de grief. Wat betreft het kennelijk onbehoorlijk bestuur overweegt het hof als volgt. Aannemingsbedrijf heeft op 3 augustus 2004 het gehele beschikbare eigen vermogen minus de reserves (ruim € 314.000) aan Holding uitgekeerd, terwijl over 2003 sprake was van een winst van ongeveer € 14.000 en een schuld aan de ING van € 100.000. De enkele verwijzing door X naar AVA-besluiten uit respectievelijk 1999, 2000 en 2001 inzake dividenduitkeringen vormt onvoldoende betwisting van de stelling van de curator dat die besluiten niet zijn genomen. Bovendien is volgens de

goedgekeurde jaarstukken over 2000 tot 2003 de winst steeds toegevoegd aan de reserves en is niet duidelijk hoe het eigen vermogen is samengesteld anders dan uit de respectievelijke jaarwinsten. Onder deze omstandigheden is de solvabiliteit welbewust aangetast. Het verweer dat het dividend ineens is uitgekeerd, omdat dit door nalatigheid van de accountant niet jaarlijks geschiedde slaagt niet, omdat in dat geval de jaarstukken, waarvoor het bestuur ex artikel 2:394 BW verantwoordelijk is, niet correct zijn. Inzake de correcties in rekening-courant over 2001, 2002 en 2003 (ruim € 200.000) bij Aannemingsbedrijf door Holding overweegt het hof dat deze thuishoren bij Recon Schildersbedrijf B.V. Niet aannemelijk is dat door Holding eerder betalingen zijn gedaan ten behoeve van Aannemingsbedrijf. Deze correcties zijn voorts onrechtmatig, nu de jaarstukken over 2001 en 2002 reeds zijn vastgesteld. Tot slot is op 23 maart 2004 zonder rechtsgrond een bedrag van € 90.000 overgemaakt door Aannemingsbedrijf naar X in privé. Dat sprake zou zijn van een lening van de bank acht het hof niet aannemelijk. Gezien deze feiten is er zowel afzonderlijk als in onderling verband beschouwd sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur. X is er niet in geslaagd het wettelijk bewijsvermoeden te ontkrachten, zodat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Holding en X zijn aansprakelijk voor het tekort ex artikel 2:248 BW en artikel 2:11 BW.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-04-2008

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2008:627

Zaaknummer: 104.003.795

Wetsartikelen: 2:11 BW en 2:248 BW