

## Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 27, 2014

Nummer 27, 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:2014:1681](#) 11-07-2014

ABN AMRO/Berzona

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:1652](#) 11-07-2014

Riamo I

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:1651](#) 11-07-2014

Riamo II

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:1649](#) 11-07-2014

SWO

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:1679](#) 11-07-2014

Clay Hill Advisors / Unilever

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:1401](#) 13-06-2014

A/B

#### Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:2211](#) 22-07-2014

T en C B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:5133](#) 26-06-2014

HODN / ASR Schadeverzekering

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:2230](#) 13-06-2014

Erasmus MC Holding / Harbour Antibodies en X, Y, Z en X / Erasmus MC Holding en Harbour Antibodies

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:2187](#) 27-05-2014

Interpac/twee werknemers

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHSGR:2011:5667](#) 31-05-2011

SDG

## **Rechtbank**

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:1995](#) 28-05-2014

A/Wijsman q.q.

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2013:11327](#) 30-12-2013

Betaalde provisie planontwikkeling

## RECHTSPRAAK

### **T en C B.V.**

***Op 27 juli 2005 is Trend en Co B.V. op eigen aanvraag failliet verklaard. Daarop heeft T en C de activa van Trend en Co B.V. gekocht en haar activiteiten voortgezet. Daartoe heeft X (appellant) van Y (geïntimeerde) €20.000 geleend. Op 18 januari 2006 is ook T en C failliet verklaard. In het eindvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat X er niet in is geslaagd het bewijsvermoeden van artikel 2:203 lid 3 BW te ontkrachten, en X veroordeeld tot betaling. In hoger beroep laat het hof dit oordeel in stand. Een beroep op artikel 2:203 lid 3 BW komt in casu niet in strijd met de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid. Grief II, die klaagt dat X niet redelijkerwijs kon weten dat T en C haar plichten jegens Y niet zou kunnen nakomen, faalt. Dat X geloofde in de mogelijkheid om een doorstart met nieuwe investeerders te kunnen realiseren maakt niet dat X bij het aangaan van de overeenkomst met Y niet wist of redelijkerwijs kon weten dat T en C (zonder die investeerders) haar verplichtingen niet na kon komen. Grief III, die klaagt dat de artikelen 6:110 BW en 6:109 BW ten onrechte niet zijn toegepast, faalt eveneens.***

X, appellant, is oprichter van T&C B.V. T&C is opgericht om daarin een doorstart te maken van Trend & Co B.V., waarin Y (geïntimeerde) een van de investeerders was. Bij schriftelijke overeenkomst van 22 april 2005 heeft X namens T&C i.o. € 20.000 van Y geleend. Op 27 juli 2005 is Trend & Co B.V. op eigen aanvraag failliet verklaard. Daarop heeft T&C de activa van Trend & Co B.V. gekocht en haar activiteiten voortgezet. Op 18 januari 2006 is ook T&C failliet verklaard. In eerste aanleg heeft Y gevorderd dat X wordt veroordeeld tot terugbetaling van de lening, vermeerderd met rente en kosten. Bij tussenvonnis van 19 november 2008 heeft de rechtbank, op grond van het wettelijke vermoeden van artikel 2:203 lid 3 BW (faillissement binnen een jaar na oprichting), voorshands bewezen geacht dat X bij het aangaan van de

overeenkomst van geldlening wist of redelijkerwijs kon weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. In het tussenvonnis is X toegelaten tot tegenbewijs. In het eindvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat X daarin niet is geslaagd. In hoger beroep komt X op tegen dat oordeel. Het hof oordeelt als volgt. Met Grief I klaagt X, met een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW, dat het naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Y zich beroept op de bestuurdersaansprakelijkheid van X ex artikel 2:203 lid 3 BW. Het hof verwerpt grief I, nu van een overeenkomst (waarop art. 6:248 BW ziet) geen sprake is. Uit artikel 6:2 lid 2 BW vloeit voort dat redelijkheid en billijkheid ook een inbreuk kunnen maken op de wet. Het enkele feit dat Y eerder risicovol had geïnvesteerd in Trend & Co B.V. is daartoe echter onvoldoende. Ook het feit dat Y het faillissement van T&C heeft ingeluid, maakt het beroep op artikel 2:203 lid 3 BW niet naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De stelling dat Y daarmee T&C de mogelijkheid zou hebben ontnomen om financiers binnen te halen is onvoldoende concreet. Met grief II klaagt X dat hij redelijkerwijs niet kon weten dat T&C haar verplichtingen jegens Y niet zou kunnen nakomen. Daartoe wijst hij erop dat hij zichzelf tweemaal borg heeft gesteld. Ook Grief II wordt echter verworpen. Dat X geloofde in een doorstart met toekomstige nieuwe investeerders maakt niet dat X bij het aangaan van de overeenkomst met Y niet redelijkerwijs kon weten dat T&C (zonder investeerders) haar verplichtingen niet na kon komen. Grief III, dat klaagt dat de artikelen 6:110 BW en 6:109 BW ten onrechte niet zijn toegepast, faalt eveneens. X heeft onvoldoende onderbouwd welk deel van de vordering door Y verhaald zou kunnen worden indien diens pandrecht wel was geregistreerd. Het beroep van X op artikel 6:109 BW, dat volledige schadevergoeding zou leiden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen nu X moet rondkomen van een WW-uitkering, slaagt evenmin.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 22-07-2014

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2014:2211

**Zaaknummer:** 200.109.692\_01

**Wetsartikelen:** 2:203 lid 3 BW, 6:2 BW, 6:109 BW, 6:110 BW en 6:248 BW

## RECHTSPRAAK

### Riamo I

***Enquêterecht. HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7076, NJ 2011/335. Beoordelingsvrijheid, onderzoeksbevoegdheid en belangenafweging van de ondernemingskamer bij het verzoek tot vervanging van een bij onmiddellijke voorziening benoemde bestuurder, commissaris en beheerder van aandelen. Een verzoek tot ontslag zal slechts worden ingewilligd bij kennelijk onredelijk handelen of bij een redelijke verwachting daarvan. Samenhang met 13/04531.***

Riamo Holdings GmbH (hierna: Riamo) en Arch Industries Holding B.V. (hierna: Arch) houden ieder 50% van de aandelen in Novero Holdings B.V. (hierna: Novero). Riamo en DPH zijn statutair bestuurder van Novero. De Ondernemingskamer heeft bij beschikkingen van 14, 15 en 19 maart 2013 een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Novero over de periode vanaf 1 juli 2009 en een nader aan te wijzen onderzoeker benoemd. Tevens heeft de ondernemingskamer bij wijze van voorlopige voorzieningen voor de duur van het geding betrokkene 2 benoemd tot commissaris van Novero, en bepaald dat alle door Arch en Riamo gehouden aandelen in Novero, behoudens één aandeel van elk van beide aandeelhouders, ten titel van beheer zijn overgedragen aan betrokkene 3. Vervolgens heeft de Ondernemingskamer bij beschikking van 20 juni 2013 Riamo met ingang van de datum van de beschikking geschorst als bestuurder van Novero, betrokkene 2 ontheven uit zijn functie als commissaris van Novero, hem als bestuurder benoemd bij wijze van voorlopige voorziening.

In de onderhavige procedure heeft Riamo de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Novero over de periode vanaf 14 maart 2013, en onmiddellijke voorzieningen te treffen. De Ondernemingskamer heeft het verzoek van Riamo afgewezen. De Ondernemingskamer overweegt hierbij onder meer dat haar terughoudendheid past: de Ondernemingskamer bestuurt immers niet zelf en de door haar benoemde bestuurder verricht zijn taak in beginsel zelfstandig. Bezwaren tegen de wijze waarop de bestuurder zijn taak uitoefent, kunnen slechts leiden tot ontheffing van de

bestuurder van zijn functie door de Ondernemingskamer indien de bestuurder kennelijk onredelijk heeft gehandeld of, naar redelijkerwijze is te verwachten, zal handelen. Een en ander geldt ook voor een door de Ondernemingskamer benoemde beheerder van aandelen. Ook de vraag of over de periode sinds de benoeming van betrokkene 2 en betrokkene 3 een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap kan worden bevolen, dient, daargelaten of een dergelijk onderzoek op dezelfde voet toewijsbaar is als andere enquêteverzoeken, met terughoudendheid te worden beoordeeld.

Riamo heeft tegen deze beschikking van de Ondernemingskamer beroep in cassatie ingesteld. Riamo stelt dat de Ondernemingskamer bij de beoordeling van het enquêteverzoek en de verzoeken van Riamo tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen een te beperkte maatstaf heeft gehanteerd.

De AG- stelt vast dat de Ondernemingskamer bij het aanwenden van de in artikel 2:349a lid 2 BW toegekende bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, niet op de stoel van de ondernemer mag gaan zitten. De A-G overweegt dat indien de Ondernemingskamer voor de beoordeling van verzoeken tot wijziging of aanvulling van eerder getroffen onmiddellijke voorzieningen een oordeel dient te geven over het optreden van een door haar benoemde tijdelijk bestuurder of tijdelijk commissaris, zij daarbij een zekere mate van terughoudendheid in acht zal hebben te nemen.

In lijn met de conclusie van de A-G overweegt de Hoge Raad dat, indien de Ondernemingskamer op de voet van artikel 2:349a lid 2 BW een tijdelijke bestuurder of commissaris heeft benoemd, het niet aan de Ondernemingskamer is, maar aan die tijdelijke bestuurder of commissaris om binnen de grenzen van zijn taken en bevoegdheden te beoordelen of bepaalde maatregelen binnen of door de rechtspersoon moeten worden getroffen en, zo ja, die te treffen. Wordt in verband met de handelwijze van de tijdelijke bestuurder of commissaris wijziging of aanvulling van eerder getroffen onmiddellijke voorzieningen gevraagd, dan zal de Ondernemingskamer bij de toepassing van artikel 2:349a lid 2 BW de omstandigheden van het geval in verband met die handelwijze in aanmerking moeten nemen. Daarbij kan de Ondernemingskamer zonodig mede onderzoeken of de tijdelijke bestuurder of commissaris zijn taak zorgvuldig uitoefent of heeft uitgeoefend.

Gelet op het voorgaande getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting dat de Ondernemingskamer de bezwaren van Riamo tegen het handelen van betrokkene 2 als bestuurder en betrokkene 3 als beheerder van aandelen van Novero, heeft beoordeeld in het licht van hun onderscheiden taken en de omstandigheden waaronder zij die taken dienen te verrichten. Als die omstandigheden heeft de Ondernemingskamer met name in aanmerking genomen de ernstig verstoorde verhoudingen tussen Arch en Riamo en de zeer nijpende

financiële situatie waarin Novero zich al geruime tijd bevindt.

De Hoge Raad komt tot de conclusie dat de Ondernemingskamer, uitgaande van zijn oordeel dat het handelen en de besluiten van Novero onder verantwoordelijkheid van de tijdelijke commissaris en later tijdelijke bestuurder betrokkene 2 en de beheerder betrokkene 3 niet als kennelijk onredelijk kunnen worden aangemerkt, zonder schending van enige rechtsregel tot de conclusie kon komen dat het enquêteverzoek van Riamo niet toewijsbaar is. Gezien het voorgaande falen de klachten van de onderdelen 1.1 en 1.2.

De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 Wet RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 11-07-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:1652

**Zaaknummer:** 14/00589

**Wetsartikelen:** 2:349a lid 2 BW

## RECHTSPRAAK

### Riamo II

***Enquêterecht. In casus is het enquêteverzoek ingediend voor de herziening van het enquêterecht (Stb. 2012/274). Mogen voorlopige voorzieningen getroffen worden bij voldoende zwaarwegende redenen in het geval waarin weliswaar enquête is gelast, maar nog geen onderzoeker is benoemd? HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7076, NJ 2011/335. En is art. 2:349a lid 3 BW (nieuw) van toepassing indien wel enquête is gelast, maar (nog) geen onderzoeker is benoemd? Billijke belangenafweging tegen achtergrond van artikel 2:8 BW. Samenhang met 14/00589.***

Riamo Holdings GmbH (hierna: Riamo) en Arch Industries Holding B.V. (hierna: Arch) houden ieder 50% van de aandelen in Novero Holdings B.V. (hierna: Novero). Riamo en DPH zijn statutair bestuurder van Novero. De Ondernemingskamer heeft bij beschikkingen van 14, 15 en 19 maart 2013 een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Novero over de periode vanaf 1 juli 2009, en een nader aan te wijzen onderzoeker benoemd. Tevens heeft de Ondernemingskamer bij wijze van voorlopige voorzieningen voor de duur van het geding betrokkene 2 benoemd tot commissaris van Novero, en bepaald dat alle door Arch en Riamo gehouden aandelen in Novero, behoudens één aandeel van elk van beide aandeelhouders, ten titel van beheer zijn overgedragen aan betrokkene 3. Bij beschikking van 20 juni 2013 heeft de Ondernemingskamer bij wijze van voorlopige voorziening Riamo met ingang van de datum van de beschikking geschorst als bestuurder van Novero, betrokkene 2 ontheven uit zijn functie als commissaris van Novero, hem als bestuurder benoemd bij wijze van voorlopige voorziening.

Riamo heeft tegen de beschikking van 20 juni 2013 beroep in cassatie ingesteld. Onderdeel 1 van het cassatiemiddel klaagt (onder 1.1.a) dat de Ondernemingskamer in de r.o. 3.3 en 3.4 heeft miskend dat nog geen onderzoeker was benoemd en het treffen van onmiddellijke voorzieningen op grond van artikel 2:349a lid 2 BW in dat geval een billijke afweging van de belangen van alle partijen vergt, terwijl van de noodzaak van de voorzieningen voldoende

moet zijn gebleken op de grond dat een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn. Het onderdeel betoogt (onder 1.1.b) dat in de situatie waarin nog geen onderzoeker is benoemd slechts terughoudend gebruik mag worden gemaakt van de bevoegdheid van artikel 2:349a lid 2 BW.

De conclusie van de A-G strekt tot verwerping van het cassatieberoep. De A-G is van mening dat de Ondernemingskamer de juiste maatstaf voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen heeft toegepast. De A-G overweegt dat de Ondernemingskamer de noodzaak van de voorzieningen onder ogen heeft gezien en voorts dat een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden, nu de afwezigheid van behoorlijk overleg in het bestuur en de geconstateerde nijpende financiële situatie de gehele Novero groep raken alsmede de daarbij betrokken partijen en personen. Een verdergaande maatstaf als door het onderdeel bepleit, te weten dat voor de onmiddellijke voorzieningen 'zwaarwegende redenen' dienen te bestaan, is volgens de A-G hier niet aan de orde.

De Hoge Raad overweegt als volgt. Onder het tot 1 januari 2013 geldende artikel 2:349a BW gold dat voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen voldoende zwaarwegende redenen dienen te bestaan indien nog geen enquête is gelast, aangezien dan slechts aan de hand van een beperkt partijdebat voorlopig kan worden beoordeeld of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen (vgl. HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523, *NJ* 2008/105; HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7076, *NJ* 2011/335). In dit geval was de enquête reeds gelast toen de bestreden onmiddellijke voorzieningen werden getroffen. De Ondernemingskamer was dan ook niet gehouden om te onderzoeken of voldoende zwaarwegende redenen bestonden voor het treffen van de gevraagde voorzieningen. De hiertegen gerichte klacht (onder 1.1.b) faalt.

De Hoge Raad vervolgt door te overwegen dat, in het kader van een verzoek tot het treffen van een onmiddellijke voorziening, naar het tot 1 januari 2013 geldende recht, evenals volgens het thans geldende artikel 2:349a lid 2 BW, moest worden beoordeeld of, gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, een onmiddellijke voorziening vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek. Aan het oordeel van de Ondernemingskamer dat onmiddellijke voorzieningen waren vereist in verband met de toestand van de rechtspersoon, ligt onder meer ten grondslag dat Novero en haar dochtermaatschappijen in een zeer nijpende financiële situatie verkeerden, en dat in het bestuur van Novero geen behoorlijk overleg meer plaatsvond als gevolg van groot onderling wantrouwen tussen Riamo en DPH. De Hoge Raad komt tot de conclusie dat het oordeel van de Ondernemingskamer niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Het is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Ook de andere klachten van onderdeel 1 falen dus.

De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 Wet RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 11-07-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:1651

**Zaaknummer:** 13/04531

**Wetsartikelen:** 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

## Clay Hill Advisors / Unilever

***Vennootschapsrecht. Verkrijging eigen aandelen door NV anders dan om niet; artikel 2:98 BW. Behoeft een verplichting tot inkoop van eigen aandelen een statutaire grondslag? De Hoge Raad oordeelt, dat de statuten weliswaar de verkrijging door de NV van eigen aandelen kunnen uitsluiten of beperken, maar de wet niet bepaalt dat een verplichting van de NV tot inkoop van aandelen (in beginsel) een statutaire grondslag behoeft.***

In deze procedure vorderen Clay Hill c.s., kort gezegd, veroordeling van Unilever tot betaling van € 1,98 per door hen verworven preferent aandeel, alsmede een verklaring voor recht dat Unilever jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld. Zij leggen daaraan ten grondslag dat Unilever niet heeft voldaan aan haar verplichting jegens de houders van preferente aandelen om die aandelen na vijf jaar terug te kopen tegen € 6,58, en dat Unilever onrechtmatig heeft gehandeld door beleggers, onder wie Clay Hill c.s., onjuist en onvolledig te informeren.

De rechtbank heeft de vorderingen van Clay Hill c.s. afgewezen. Het hof heeft het eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe overwoog het hof als volgt. Om een terugkoopverplichting van Unilever te kunnen aannemen is in beginsel vereist dat deze uit de statuten blijkt; dit volgt uit de ingevolge de wet vereiste openbaarheid van inrichting. De gestelde terugkoopverplichting staat niet in de statuten vermeld, terwijl de bewoordingen van de statuten geen aanknopingspunt bieden voor een interpretatie dat op Unilever een terugkoopverplichting rustte. Ook uit de door Clay Hill c.s. gestelde uitlatingen en gedragingen van de zijde van Unilever volgt niet dat op Unilever een verplichting tot inkoop van de preferente aandelen is komen te rusten.

Clay Hill c.s. hebben een beroep tot cassatie ingesteld tegen het arrest van het hof. Onderdeel I.a van het cassatiemiddel is gericht tegen het oordeel van het hof dat een terugkoopverplichting met betrekking tot aandelen in beginsel uit de statuten moet blijken.

Ten aanzien van onderdeel I.a overweegt de A-G dat er geen grond bestaat om in algemene

zin aan te nemen dat een terugkoopverplichting uit de statuten van de vennootschap dient te blijken. De Hoge Raad volgt de A-G hierin.

De Hoge Raad overweegt dat de verkrijging van eigen aandelen door de NV ter bescherming van schuldeisers in de artikelen 2:98, 2:98a en 2:98b BW aan beperkingen is onderworpen. Zo mag de NV aandelen in haar kapitaal in beginsel alleen dan anders dan om niet verkrijgen, indien en voor zover daartoe voldoende vrij uitkeerbare reserves aanwezig zijn en indien en voor zover de algemene vergadering het bestuur daartoe in overeenstemming met het bepaalde in art. 2:98 lid 4 BW heeft gemachtigd. Indien aandelen van de NV zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt, zoals in het geval van Unilever, geldt deze machtiging voor ten hoogste achttien maanden. Weliswaar kunnen de statuten de verkrijging door de NV van eigen aandelen uitsluiten of beperken, maar de wet bepaalt niet dat een verplichting van de NV tot inkoop van aandelen (in beginsel) een statutaire grondslag behoeft. Evenmin vloeit dit uit de wet voort. Voor zover het onderdeel hierover klaagt, is het gegrond.

Het onderdeel kan evenwel bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Het hof heeft geoordeeld dat op Unilever, ook afgezien van het ontbreken van een daartoe strekkende statutaire bepaling, geen verplichting is komen te rusten tot inkoop van de preferente aandelen. De hiertegen gerichte klachten, alsook de overige klachten van het middel, worden vruchteloos voorgedragen. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 Wet RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 11-07-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:1679

**Zaaknummer:** 13/02740

**Wetsartikelen:** 2:98 BW

## RECHTSPRAAK

### **SWO**

#### ***Faillissement op eigen aangifte. Verplichte belangenafweging bij aanvraag eigen faillissement? Misbruik van recht? Feitelijke grondslag.***

Stichting Welzijn Ouderen (hierna: SWO) is op eigen aangifte bij vonnis van de Rechtbank Gelderland van 31 oktober 2013 failliet verklaard. Verzoeker en betrokkene, die een arbeidsovereenkomst met SWO hadden, kunnen zich niet met de faillietverklaring van SWO verenigen en stellen dat haar eigen aangifte moet worden aangemerkt als misbruik van faillissementsrecht vanwege het feit dat SWO geen redelijk belang had bij haar faillissement en dat deze het belang van haar werknemers om hun arbeidsovereenkomst te behouden heeft geschaad.

Bij vonnissen van de Rechtbank Gelderland van 19 november 2013 is het verzet van betrokkene en verzoeker tegen het vonnis van 31 oktober 2013 afgewezen. Betrokkene en verzoeker zijn in hoger beroep gekomen van genoemde vonnissen; zij hebben het hof verzocht deze vonnissen te vernietigen en het verzoek van SWO dat strekt tot haar faillietverklaring alsnog af te wijzen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft de vonnissen van de Rechtbank Gelderland van 19 november 2013 evenwel bekrachtigd, waartegen cassatie is ingesteld.

De Hoge Raad doet de zaak af op grond van artikel 81 lid 1 Wet RO. De conclusie van de A-G strekt eveneens tot verwerping met toepassing van artikel 81 lid 1 Wet RO. In tegenstelling tot de Hoge Raad gaat de A-G over tot een inhoudelijke bespreking van de zaak. De A-G doet dit onder meer vanwege de maatschappelijke relevantie van de problematiek; te weten de (rechts)bescherming van werknemers rondom faillissementen.

Aangezien volgens verzoeker de bescherming van artikel 7:662 e.v. BW in beeld komt, besteedt de A-G enige overwegingen aan deze materie. Vervolgens gaat de A-G in op de kernklacht van verzoeker; deze komt er op neer dat het bestuur van een onderneming, alvorens over te gaan tot het aanvragen van het faillissement van de onderneming, een belangenafweging moet maken. Het niet maken van zo'n belangenafweging zou misbruik van recht opleveren. In dat kader roept de A-G in herinnering dat van misbruik (vooral) sprake is als de

faillissementsaanvraag werd verricht met het voorop gezette doel om van één of meer werknemers af te komen (en hen aldus van de wettelijke bescherming te versteken).

Het hof is ervan uitgegaan dat SWO ten tijde van de aanvraag daadwerkelijk verkeerde in de toestand te hebben opgehouden te betalen en dat dit 'thans' (klaarblijkelijk: de datum van het uitspreken van het arrest) nog steeds het geval was. Het hof heeft bovendien aangenomen dat geen of onvoldoende middelen te verwachten zijn om deze schulden te voldoen (r.o. 3.4, met uitwerking in hetgeen daarop volgt). Bovendien heeft SWO nagedacht over de gevolgen voor haar werknemers; zij wilde juist voorkomen dat sprake zou zijn van een 'selectieve overname' (r.o. 3.8).

Zelfs als men zou menen dat het bestuur van een rechtspersoon dat voornemens is het faillissement van deze rechtspersoon aan te vragen, gehouden is tot een belangenafweging, dan geldt dat volgens de A-G zeker niet in een situatie zoals door het hof in r.o. 3.4 en 3.8 geschetst.

Voorts verwijt verzoeker het hof dat het in r.o. 3.8 heeft overwogen dat 'als gevolg van de niet aanvechtbare subsidiestop [...] SWO voor de keuze [stond] om haar onderneming ofwel via een faillissement te laten liquideren ofwel tijdig over te dragen.' Volgens de A-G is 's Hofs oordeel dat SWO voor de keuze stond om haar onderneming ofwel via een faillissement te laten liquideren ofwel tijdig over te dragen feitelijk; het is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd in het licht van de in r.o. 3.8 genoemde 'niet aanvechtbare subsidiestop' en de vaststelling in r.o. 3.7 dat SWO zowel ten tijde van haar faillissementsaanvraag als ten tijde van het wijzen van 's Hofs arrest in de toestand verkeerde dat zij heeft opgehouden te betalen.

Ook de andere klachten missen feitelijke grondslag.

Zoals vermeld, concludeert de A-G tot verwerping van het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 lid 1 Wet RO, en wordt deze conclusie door de Hoge Raad gevolgd.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 11-07-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:1649

**Zaaknummer:** 14/00469

**Wetsartikelen:** 7:662 e.v. BW

## RECHTSPRAAK

### **Interpac/twee werknemers**

#### ***Volmachtverlening en ontslag op staande voet bestuurders. Nietige volmacht, artikel 2:14 BW. Gelden onttrokken aan de vennootschap.***

Enig statutair bestuurder en tevens 70% aandeelhouder van Interpac is Y. R en S zijn op 1 december 1997 bij Interpac in dienst getreden. R drijft daarnaast de eenmanszaak Euro Store Marketing. R en S zijn ook bestuurders van Green Leaf Holding B.V., die enig aandeelhouder en bestuurder is van Euro Store Trading B.V. ('Euro Store Trading').

Er is een leningsovereenkomst getekend door S namens Interpac en door R namens Euro Store Trading, waarbij door Interpac aan Eurostore een bedrag wordt geleend. Y heeft voor zichzelf en als statutair directeur van Interpac een onbeperkte volmacht gegeven aan Aim-it B.V. ('Aim-it'), met de heer H als bestuurder. Nadat Y meerdere malen aan R heeft verzocht de gevraagde/benodigde financiële informatie te verstrekken, heeft R aan Y laten weten dat de financiële situatie van Interpac zorgelijk was en dat Interpac aan de rand van een faillissement zou staan. Ook bleek uit genoemde e-mail dat er sprake was van een samenwerking van Interpac met het bedrijf Euro Store Trading alsmede dat door Interpac aan dat bedrijf een lening verstrekt was. R en S zijn op non-actief gesteld, en vervolgens zijn zij op staande voet door Aim-it/H namens Interpac ontslagen. Als redenen hiervoor werden bij brief van die datum vermeld: (i) de weigering van R en S om na hun op-non-actiefstelling het pand te verlaten; (ii) het overmaken van USD 250.000 van de tegoeden van Interpac naar hun eigen bedrijf, zonder toestemming van de aandeelhouders en zonder de directeur hierover in te lichten.

De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomsten tussen Interpac en R respectievelijk S, voor zover deze niet eerder door het ontslag op staande voet zouden zijn beëindigd, ontbonden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, een en ander zonder toekenning van enige vergoeding.

Het gerechtshof oordeelt als volgt. Y heeft als statutair bestuurder van Interpac een volmacht aan Aim-it/H verleend – onder meer – om werknemers te ontslaan ('*To hire and to dismiss employees*'). Het debat spitst zich toe op de vraag of het instemmingsvereiste van artikel 16 lid

2 sub i van de statuten van Interpac, op zichzelf beschouwd, aan de rechtsgeldigheid van het ontslag in de weg staat. Artikel 16 lid 2 sub i van de statuten bepaalt dat de directie intern de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders behoeft voor bestuursbesluiten strekkende tot: 'het aanstellen en ontslaan van procuratiehouders en het vaststellen of wijzigen van hun procuratie'.

Niet in geschil is dat de volmacht aan Aim-it is gegeven in strijd met artikel 16 lid 2 sub i van de statuten en daarom nietig is. Voor zover een dergelijke nietigheid externe werking heeft, in die zin dat S en R daarop een beroep zouden kunnen doen, geldt echter dat (de algemene vergadering van aandeelhouders van) Interpac bedoelde volmachtverlening heeft bekrachtigd. Deze bekrachtiging heeft naar het oordeel van het hof binnen een redelijke termijn plaatsgevonden. Immers, tussen het geven van de nietige volmacht en de bekrachtiging daarvan, is niet veel meer dan een jaar verstreken, dit terwijl de wet geen termijn stelt waarbinnen een nietige volmacht door de algemeen vergadering van aandeelhouders bekrachtigd zou moeten worden. Hieruit volgt dat de volmacht vanaf het moment van verlening als rechtsgeldig moet worden aangemerkt.

Uit artikel 2:240 lid 3 BW volgt dat Y als bestuurder onbeperkt en onvoorwaardelijk bevoegd was tot vertegenwoordiging van Interpac 'voor zover uit de wet niet anders voortvloeit'. Van een beperking in laatstbedoelde zin is geen sprake. In het externe rechtsverkeer heeft daarom te gelden dat Y bevoegd was om aan Aim-it de volmacht te verlenen. De ontslagverlening door H/Aim-it aan S en R is een rechtshandeling in het externe rechtsverkeer en dus – in beginsel – rechtsgeldig indien de gestelde dringende reden komt vast te staan.

Voor zover wordt gesteld dat de volmachtverlening zich niet verdraagt met de eisen van redelijkheid en billijkheid die Y als aandeelhouder en/of bestuurder ('als zodanig') in acht had moeten nemen (art. 2:8 lid 1 BW), is dat onvoldoende onderbouwd. Gesteld noch gebleken is dat indien voorafgaande aan de volmachtverlening goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders zou zijn gevraagd, deze goedkeuring niet zou zijn verleend. Op dit punt is overigens van belang dat Y als 70% aandeelhouder de beslissende stem had en heeft in de algemene vergadering van aandeelhouders. Gesteld noch gebleken is voorts dat die (voorafgaande) goedkeuring misbruik van bevoegdheid door Y zou hebben/heeft opgeleverd. Dat toepassing van artikel 2:240 lid 3 BW in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is eveneens onvoldoende onderbouwd.

S beschikte over een algemene, ongeclausuleerde, volmacht; een en ander is niet in discussie. De vraag is wel of die volmacht ook het (namens Interpac) aangaan van een lening aan Euro Store Trading dekte. Het hof beantwoordt die vraag ontkennend. De volmacht is gegeven om het belang van Interpac te dienen, maar daar ligt ook de grens en die is hier overschreden. Bij

het op grond van de gegeven volmacht verrichten van handelingen die niet in het belang zijn van Interpac, is sprake van overschrijding/misbruik van de volmacht. Niet valt in te zien dat de lening van \$ 150.000 is aangegaan in het bedrijfsbelang van Interpac. Euro Store Trading is via Green Leaf Holding een bedrijf van R en S. Wat dat bedrijf werkelijk voor Interpac kon betekenen wordt niet, althans niet voldoende, geadstrueerd.

De conclusie van vorenstaande is, dat R en S Interpac toekomstige gelden (daarbij gaat het om een relevant bedrag) zonder deugdelijke titel en buiten de aandeelhouders en Y, althans de grootaandeelhouder, om naar Euro Store Trading, een bedrijf waar beiden nauw bij waren betrokken en bij welk bedrijf beiden belangen hadden, hebben overgeheveld en zo buiten het directe bereik van Interpac hebben gebracht, zonder dat van de toegevoegde waarde van die (trans)actie (voor Interpac) gebleken is. In hetgeen R en S met betrekking tot dat laatste hebben aangevoerd ligt die toegevoegde waarde, zonder toelichting, die ontbreekt, niet besloten. Naar het oordeel van het hof geeft vorenstaande (mede) grond voor een ontslag op staande voet.

Voorts hielden R en S zich zonder goede grond in het bedrijfspand op en negeerden daarmee de duidelijke bedoeling van hun werkgever: spullen inleveren, naar huis gaan en daar beschikbaar blijven. Waar, naar R en S erkennen, de H/Aim-it gegeven volmacht alomvattend was, had hij/zij de bevoegdheid R en S te verzoeken het bedrijfspand te verlaten. Door aan dat herhaaldelijk geuite verzoek geen gevolg te geven hebben R en S de instructies van hun werkgever genegeerd en daarmee aan Interpac (voldoende) grond gegeven op basis waarvan, zeker gevoegd met de andere gronden, een rechtsgeldig ontslag op staande voet kon worden gegeven.

De slotsom van al het voorgaande is dat er sprake is van een rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet.

Voor de verhaalbaarheid van de gevorderde bedragen door Interpac als schadevergoeding is (in beginsel) bepalend of de schade het gevolg is van 'opzet of bewuste roekeloosheid' van R en/of S (art. 7:661 lid 1 BW).

Van het bedrag ad € 18.931,60 ter zake van 'Bank transfers EUR', heeft R de verschuldigdheid van een bedrag groot € 11.783,23 erkend. Het gaat om Interpac toekomstige gelden die hij heeft aangewend ten behoeve van privékosten. Er is sprake van ongerechtvaardigde verrijking aan de kant van R en/of onverschuldigde betaling door Interpac. Met betrekking tot het bedrag groot € 7.902,12 overweegt het hof dat het hier gaat om aan Interpac onttrokken gelden, aangewend voor een buiten Interpac gelegen doel (te weten: Euro Store Trading). Niet aannemelijk is dat de betreffende bedragen op enigerlei wijze ten goede van Interpac zijn

gekomen. Het bedrag, de onderdelen daarvan, zijn welbewust aan het vermogen van Interpac onttrokken, zodat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid in de zin van artikel 7:661 lid 1 BW.

Het bedrag van € 110.563,21 ter zake van 'Bank transfers USD' betreft een lening die door Interpac aan Euro Trading (via Green Leaf Holding, het bedrijf van R en S, is verstrekt. Het moge zo zijn dat Interpac die overeenkomst van geldleen niet heeft aangetast, maar dat betekent nog niet dat zij de lening en het onttrekken van het daarbij behorende geldbedrag aan haar vermogen, heeft geaccepteerd. S heeft de grenzen van de haar gegeven volmacht overschreden, uit niets blijkt dat met de geldleen het belang van Interpac gediend is. R en S hebben als werknemers van Interpac zonder goede grond en enkel voor eigen doeleinden voormeld bedrag als lening overgeheveld naar Euro Store Trading. R en S zijn, nu ook hier sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, op grond van ongerechtvaardigde verrijking (hoofdelijk) gehouden tot terugbetaling van voormeld bedrag.

Voorts gaat het om rekening-courantschulden van R en S aan Interpac. R en S bestrijden niet dat die schulden – door hun toedoen – ontstaan zijn maar stellen wel dat niet blijkt dat zij door bedragen in rekening-courant aan Interpac verschuldigd te worden aan Interpac schade hebben berokkend, laat staan onrechtmatig zouden hebben gehandeld. Naar het oordeel van het hof snijdt die stelling geen hout. Partijen hadden geen recht op de gelden die aan de rekening-courant ten grondslag liggen, zij zijn ten nadele van Interpac met die bedragen verrijkt. De schade die zij Interpac daarmee veroorzaakt hebben, is terug te voeren op opzet dan wel bewuste roekeloosheid aan de kant van R en S.

Ook heeft Interpac aanspraak op terugbetaling van het uitbetaalde salaris aan een mevrouw B, die door R en S op de loonlijst van Interpac was gezet, maar werkzaamheden verrichtte voor Euro Store Trading. Uit niets blijkt dat het arbeidscontract dat met [B] gesloten is in het belang geweest is van Interpac, de werkzaamheden van [B] kwamen niet Interpac maar Euro Store Trading ten goede. De door R verleende algehele volmacht dekte het aantrekken van B niet. Ook hier gaat het om door opzet dan wel bewuste roekeloosheid veroorzaakte kosten/schade aan de kant van R en S.

Het gaat ook om een in 2006 door R in privé aangeschafte auto, betaald uit de middelen van Interpac. De koopsom is uiteindelijk wel door R voldaan, doch eerst in maart 2008. Over de koopsom heeft Interpac rente gederfd, welke rente R gehouden is te vergoeden.

Naar het oordeel van het hof kan Interpac geen aanspraak maken op betaling van de onderzoekskosten, die Interpac gemaakt heeft, nadat zij op de hoogte geraakt was van de activiteiten van R en S. Het is aan Y als directeur-groootaandeelhouder om ervoor zorg te

dragen dat er sprake is van een degelijke en duidelijke boekhouding en dat sprake is van communicatie daarover met R en S. Een en ander heeft Y/Interpac ten onrechte nagelaten. Overigens blijkt uit niets dat al het gedeclareerde werk ook geboden was. Van redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid (art. 6:96 lid 2 sub b BW) is geen sprake.

Het hof vernietigt het vonnis van de kantonrechter, doch enkel voor zover de kantonrechter aan Interpac een bedrag heeft toegewezen ad € 4.021,42 met rente ter zake van 'kastekort' en een bedrag groot ad € 25.800,16 met rente ter zake van 'onderzoekskosten'. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter van 17 december 2010 voor het overige.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 27-05-2014

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2014:2187

**Zaaknummer:** 200.093.773/01

**Wetsartikelen:** 2:14 BW en 2:240 lid 3 BW

## RECHTSPRAAK

### **Betaalde provisie planontwikkeling**

#### ***Aansprakelijkheid bestuurder op grond van artikel 6:162 BW. De vordering wordt echter afgewezen.***

S was enig bestuurder van R. Y heeft een verkoopbemiddelingsovereenkomst gesloten met R terzake van het bemiddelen in de verkoop van het project Oranjeplaat te Arnhem. Dit project had betrekking op de planontwikkeling tot realisatie van appartementen. De planontwikkeling is verkocht aan Van der Voort Holding B.V. ('Van der Voort').

In verband met deze bemiddeling heeft Y € 50.000 provisie aan R betaald. De Rechtbank Middelburg heeft R onder meer veroordeeld tot betaling aan Y van € 59.500 uit hoofde van ten onrechte door Y betaalde provisie. Daarnaast heeft de rechtbank in dit vonnis voor recht verklaard dat R onrechtmatig jegens Y heeft gehandeld en is R uit dien hoofde veroordeeld tot betaling van € 50.000 aan Y. R biedt geen verhaal voor de vordering die Y op grond van het vonnis van 18 juli 2012 op haar heeft.

Met het vonnis van de kantonrechter staat tussen R en Y vast dat R onrechtmatig jegens Y heeft gehandeld door te veel provisie in rekening te brengen en te handelen in strijd met artikel 7:417 BW. Dit betekent niet dat S, als bestuurder van R, onrechtmatig jegens Y heeft gehandeld en in persoon jegens Y aansprakelijk is. Daarvoor zijn bijkomende feiten en omstandigheden nodig. Door uitsluitend te stellen dat S – als bestuurder van R ten tijde van voornoemd onrechtmatig handelen – onrechtmatig jegens Y heeft gehandeld, heeft Y zijn stelling dat S in persoon jegens hem aansprakelijk is niet, dan wel onvoldoende, met concrete feiten en omstandigheden onderbouwd. Om die reden verwerpt de rechtbank deze stelling van Y.

Het feit dat S als bestuurder van R niet tijdig de jaarrekeningen heeft gedeponneerd, leidt niet tot een omkering van de stelplicht en bewijslast. Voor zover hiervan sprake zou zijn, heeft dit uitsluitend betrekking op de interne aansprakelijkheid van S jegens R welke in onderhavige procedure niet aan de orde is.

De rechtbank verwerpt de stelling van Y dat zijn vordering dient te worden toegewezen omdat

S onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door R uit te schrijven uit het Handelsregister zonder Y hiervan in kennis te stellen. Daargelaten de vraag of dit handelen als onrechtmatig kan worden aangemerkt, is gesteld noch gebleken dat Y als gevolg van dit handelen schade heeft geleden.

Gelet op het voorgaande heeft Y onvoldoende onderbouwd dat S onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld waardoor S in persoon jegens hem aansprakelijk is. De rechtbank wijst de vorderingen af.

---

**Instantie:** Rechtbank Zeeland-West-Brabant

**Datum uitspraak:** 30-12-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBZWB:2013:11327

**Zaaknummer:** CIV\_87363\_Einduitspraak.doc

**Wetsartikelen:** 6:162 BW en 7:417 BW

## RECHTSPRAAK

### SDG

#### ***Is er sprake van betalingsonmacht of van betalingsonwil? Sprake van onrechtmatige selectieve betaling? Het hof oordeelt van niet.***

X is in dienst getreden van SDG. SDG was een joint-venture van de inmiddels gefailleerde H BV en de appellanten sub 5 en sub 10. De appellanten waren direct dan wel indirect bestuurders van SDG, appellante sub 8 vanaf 1 mei 2004. De arbeidsovereenkomst tussen SDG en X is op verzoek van SDG bij beschikking van de rechtbank te Arnhem ontbonden onder toekenning van een vergoeding aan X. SDG wordt vervolgens op verzoek van X door dit hof failliet verklaard. X vordert in deze procedure dat appellanten hoofdelijk worden veroordeeld om hem te betalen welk bedrag bestaat uit het door SDG onbetaald gelaten deel van de ontbindingsvergoeding en een bedrag ter zake van achterstallig loon, verschuldigde onkosten en wettelijke verhoging. Hieraan legt X ten grondslag dat appellanten als (indirect) bestuurders van SDG op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor de schade die hij heeft geleden doordat zijn vordering door SDG niet is voldaan en als gevolg van het faillissement niet meer kon worden voldaan. De rechtbank heeft X hierin gevolgd en zijn vordering toegewezen op grond van het oordeel dat geen sprake was van betalingsonmacht en dat het er dus voor moet worden gehouden dat sprake was van betalingsonwil bij SDG, wat aan appellanten als (indirect) bestuurders van SDG kan worden toegerekend.

X heeft aan zijn vorderingen subsidiair ten grondslag gelegd dat indien al sprake was van betalingsonmacht bij SDG, die onmacht door appellanten opzettelijk is bewerkstelligd. Appellanten hebben dit gemotiveerd weersproken. X heeft ter onderbouwing van dit gestelde onrechtmatige handelen de volgende verwijten geformuleerd: (i) appellanten hebben de aandeelhouders niet om extra leningen gevraagd en aldus geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om extra financiering te krijgen, (ii) appellanten hebben het Shanghai-project omgeleid en SDG aldus leeggetrokken en (iii) andere crediteuren zijn wel voldaan, waardoor voor X niets overbleef.

X heeft in verband met stelling (i) aangevoerd dat het in China geruime tijd duurt voordat een buitenlands bedrijf voet aan de grond krijgt en dat de aandeelhouders, kort gezegd, te snel hebben opgegeven. Deze stelling, wat daar verder ook van zij, kan niet tot het oordeel leiden

dat sprake was van een verplichting van appellanten tegenover SDG om in hun hoedanigheid van (indirecte) aandeelhouders SDG te (blijven) financieren. X heeft ter gelegenheid van de comparitie van partijen in eerste aanleg ook erkend dat een dergelijke verplichting niet bestond. Gelet hierop valt niet in te zien op grond waarvan appellanten als bestuurders kan worden verweten dat zij als aandeelhouders SDG niet zijn blijven financieren. Overigens blijkt nergens uit dat de vennootschap winstgevend zou zijn geworden als de aandeelhouders nog een of twee jaar waren doorgegaan met het verstrekken van leningen aan SDG.

Bij de beoordeling van het tweede verwijt (ii) gaat het hof er veronderstellenderwijs van uit dat het project dat in december 2002 door BV C is aangenomen en dat ziet op de bouw van 3 ha kassen in de omgeving van Shanghai, hetzelfde project is waar SDG eerder voor heeft geoffreerd. Voor zover in de stellingen van X besloten ligt het verwijt dat appellanten de activiteiten van SDG niet hebben voortgezet en aldus hebben nagelaten inkomsten uit het Shanghai-project te genereren waaruit X had kunnen worden voldaan, strandt dit betoog reeds op hetgeen hiervoor is overwogen, namelijk dat de aandeelhouders niet tot verdere financiering waren gehouden en appellanten daar als (indirect) bestuurders geen verwijt van kan worden gemaakt. Dit betekent dat evenmin kan worden gezegd dat SDG als gevolg van het onrechtmatig handelen van appellanten de winst op dat project is misgelopen. Voor zover het verwijt dat BV C heeft geprofiteerd van inspanningen van SDG met betrekking tot het project inhoudt dat appellanten jegens de schuldeisers onrechtmatig hebben gehandeld om van een vergoeding daarvoor af te zien, is dit verwijt onvoldoende feitelijk onderbouwd. Dat onrechtmatige handelen volgt immers niet zonder meer uit de enkele omstandigheid dat een project waar SDG voor geoffreerd heeft uiteindelijk aan een ander is gegund. X heeft geen feiten gesteld waaruit volgt wat de gestelde inspanningen van SDG precies zijn geweest, dat die inspanningen voor BV C iets waard zijn geweest, in hoeverre SDG jegens BV C aanspraak zou kunnen maken op een vergoeding voor die inspanningen, hoe groot die vergoeding ongeveer zou zijn en wat, als een dergelijke vergoeding was betaald, dat had betekend voor de mogelijkheden voor X om zijn vordering betaald te krijgen. Ook de stelling van X dat SDG is blijven voortbestaan voor het acquireren van projecten van derden en dat het Shanghai-project bij BV C is ondergebracht is, indien al juist, onvoldoende om onrechtmatig handelen van appellanten aan te nemen. Nu vaststaat dat alle kosten die verbonden waren aan het handhaven van het kantoor van SDG in China werden gedragen door een van de aandeelhouders, valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien dat de schuldeisers als gevolg van deze handelingen zijn benadeeld. Nu, zoals uit het voorgaande volgt, X ter onderbouwing van het gestelde onrechtmatige handelen geen feiten heeft gesteld, die, indien bewezen tot toewijzing van de vordering zouden kunnen leiden, dient zijn aanbod om de gestelde omleiding van het project te bewijzen, als niet ter zake doende te worden gepasseerd.

Het verwijt dat SDG al haar crediteuren behalve X heeft voldaan (iii), strandt reeds op de door X onvoldoende gemotiveerde weerspreking van de stelling van appellanten dat SDG meer crediteuren niet heeft kunnen voldoen, waaronder de aandeelhouders zelf. Het verwijt dat SDG de beschikbare gelden ten onrechte niet heeft aangewend om de crediteuren naar rato van hun vordering te betalen, is, daargelaten dat dit niet zonder meer onrechtmatig is, onvoldoende feitelijk onderbouwd. X heeft dan ook onvoldoende gesteld om te kunnen aannemen dat (het bestuur van) SDG zich schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige selectieve betaling. De slotsom is dat het hoger beroep slaagt en dat de grieven van appellanten voor het overige geen behandeling behoeven. De bestreden vonnissen van de rechtbank worden vernietigd.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 31-05-2011

**ECLI:** ECLI:NL:GHSGR:2011:5667

**Zaaknummer:** 200.032.077-01

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **HODN / ASR Schadeverzekering**

***In eerste aanleg uitgesproken faillissement in hoger beroep vernietigd. Volgens het hof verkeert de vennootschap niet in een toestand dat hij opgehouden heeft te betalen.***

De rechtbank heeft HODN in staat van faillissement verklaard. De rechtbank heeft daarbij het volgende overwogen. ASR heeft ter zitting aangegeven dat zij een vordering heeft op de schuldenaar. Deze vordering vindt haar grondslag in een door de rechtbank Midden-Nederland gewezen vonnis. Het verweer van HODN dat hij hoger beroep heeft ingesteld tegen dit vonnis, is onvoldoende om het niet bestaan van die vordering tot uitgangspunt te nemen. Het vonnis is immers uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Dat volgens HODN de vordering van X niet bestaat, is tegenover de overgelegde facturen onvoldoende om de onjuistheid van die vordering tot uitgangspunt te nemen. Het vorderingsrecht van ASR is hiermee summierlijk gebleken. Daarnaast is ook de pluraliteit van crediteuren een feit. Summierlijk is gebleken van het bestaan van feiten en omstandigheden die aantonen dat HODN in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. HODN is tegen de uitspraak in beroep gegaan en voert daarbij onder andere aan dat hij verwickeld is in een civiele procedure tegen ASR bij het hof. Voorts betwist HODN het bestaan van een vordering van X. Op grond van artikel 6 lid 3 Fw wordt de faillietverklaring uitgesproken, indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, en, indien een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht van deze. Gelet op hetgeen ter zitting is aangevoerd over de vordering van ASR is het hof van oordeel dat het bestaan van de (hoofd)vordering van ASR niet summierlijk is gebleken. De curator heeft desgevraagd aangegeven dat hij de vordering van ASR betwist op juridische gronden. Indien de boedel dit toelaat is hij bereid om de procedure tegen ASR (van HODN) over te nemen. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat het vonnis van de rechtbank feitelijk niet op tegenspraak is gewezen en dat de gronden die HODN tegen de beslissing van de rechtbank aanvoert niet zonder meer onhaalbaar voorkomen. Wil aangenomen kunnen worden dat een schuldenaar tegen wie het verzoek tot faillietverklaring is gericht, verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, dan moet ten minste een (onbetaalde) vordering van de aanvrager summierlijk komen vast te staan, en moet van één andere

onbetaalde vordering op de schuldenaar blijken. Of er sprake is van de toestand van opgehouden hebben te betalen moet aan de hand van de ook verder gebleken gegevens worden beoordeeld. Het hof is van oordeel dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat HODN verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. De vordering van ASR heeft HODN onbetaald gelaten omdat hij deze vordering, vooralsnog op bepleitbare gronden, betwist; de curator sluit zich bij deze visie aan. Het door HODN voorafgaand aan de faillietverklaring ingestelde hoger beroep is hiermee in lijn. Ook de vordering van X heeft HODN niet om budgettaire maar om inhoudelijke redenen onbetaald gelaten en ook deze wordt door de curator betwist. De overige schulden die HODN heeft, zijn schulden die passen bij een normale bedrijfsvoering en die naar het zich laat aanzien ook binnen die bedrijfsvoering door HODN kunnen worden afgewikkeld. Met Z BV heeft HODN een betalingsregeling kunnen treffen waaraan hij totdat hij failliet werd verklaard voldeed. Verder is de schuld bij C relatief gering en kan deze uit het saldo van de boedelrekening worden voldaan. Het hof kent voorts bijzonder gewicht toe aan het gegeven dat de curator ter zitting van het hof heeft laten weten dat de door HODN gedreven onderneming gezond is en dat de onderhavige casus hem veeleer als een geschil tussen twee partijen in een handelszaak dan als een faillissementskwestie voorkomt. Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat HODN niet verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Aangezien niet meer voldaan is aan de voorwaarden voor faillietverklaring, zoals deze zijn neergelegd in artikel 6 lid 3 Fw, is de grond aan het faillissement komen te ontvallen. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat het bestreden vonnis dient te worden vernietigd en dat beslist moet worden als volgt. Gelet op de beslissing van het hof zal ASR worden veroordeeld in de faillissementskosten, salaris curator en verschotten daarbij inbegrepen. Nu op het door de curator verzonden salarisvoorstel van de kant van de advocaten geen reactie is ingekomen en het hof het voorstel niet onredelijk of bovenmatig voorkomt, zal het salaris worden vastgesteld conform dit voorstel. Het hof zal voorts de kosten van rechtsbijstand van HODN, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, vaststellen en ten laste van ASR brengen. Het hof zal HODN in zijn verzoek om ASR te veroordelen tot alle voor HODN uit de faillietverklaring voortvloeiende schade en de kosten van rechtsbijstand niet ontvangen, nu een dergelijk verzoek niet in het kader van een faillissementsprocedure als de onderhavige behandeld kan worden. Het hof vernietigt het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, van 1 april 2014 en, opnieuw recht doende: wijst af het inleidende verzoek van ASR om HODN in staat van faillissement te verklaren.

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 26-06-2014

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2014:5133

**Zaaknummer:** 200.144.874-01

**Wetsartikelen:** 6 Fw

## RECHTSPRAAK

### **ABN AMRO/Berzona**

***ABN AMRO dient een verzoek tot faillissementverklaring van Berzona in. De vraag doet zich voor of de vordering(en) van de huurders van het onroerend goed van Bonanza tot woongenoot kunnen kwalificeren als steunvordering. De Hoge Raad oordeelt dat dergelijke vorderingen niet als steunvordering kwalificeren. De vorderingen kunnen immers niet ter verificatie worden ingediend. Het verzoek tot faillietverklaring wordt afgewezen wegens het niet voldoen aan het pluraliteitsvereiste.***

ABN AMRO (hierna: de Bank) verzoekt om Berzona in staat van faillissement te verklaren. Aan haar verzoek heeft de Bank ten grondslag gelegd dat zij een opeisbare vordering van 11,8 mio heeft op Berzona, waarvan Berzona in gebreke is, en dat Berzona ook andere schuldeisers onbetaald laat. Als steunvordering heeft de bank zich mede beroepen op de vorderingen van huurders van door Berzona verhuurde flats om woongenot te verschaffen en om onderhoud aan die flats te verrichten. Berzona betwist dat de bank een opeisbare vordering op haar heeft en betwist verder dat de vorderingen van de huurders zouden kunnen dienen als steunvorderingen. De rechtbank en het hof hebben het verzoek afgewezen omdat de vordering van de huurders niet zou kunnen dienen als steunvordering.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De voor faillietverklaring gestelde eis van een steunvordering wordt gesteld omdat het verdelen van het vermogen van de schuldenaar het doel van het faillissement is. Met dat doel strookt niet faillietverklaring van iemand die slechts één schuldeiser heeft. Verder dient ook, als er aan dit pluraliteitsvereiste wordt voldaan, te worden getoetst of de schuldenaar in toestand verkeert waarin hij is opgehouden te bestaan. De bank stelt terecht dat de steunvordering niet opeisbaar hoeft te zijn, dat de omvang niet vast hoeft te staan en dat de vordering geen betrekking hoeft te hebben op een geldsom. Ook een vordering tot het verrichten van onderhoud of tot het verschaffen van genot kan op zichzelf een steunvordering opleveren. Een toekomstige vordering kan echter niet tot steunvordering dienen. Hierbij staat immers onvoldoende vast dat de vordering daadwerkelijk zal ontstaan.

Het faillissement heeft geen invloed op wederkerige overeenkomsten. In beginsel heeft de

curator echter wel de mogelijkheid om de overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortkomende verbintenissen niet na te komen. De uit de verbintenis voortvloeiende vorderingen zijn vorderingen die in dat geval voor indiening in het faillissement in aanmerking komen. De mogelijkheid die de curator heeft om uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen niet na te komen betreft verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan. In het arrest *Nebula* (HR 3 november 2006) ligt geen ander oordeel besloten. Dat arrest ging over de vraag of de curator gebonden is aan de huurovereenkomst, die na faillissement van de juridisch eigenaar is aangegaan door de economisch eigenaar, op grond van een contractuele bevoegdheid. Deze vraag is ontkennend beantwoord. Uit vorenstaande volgt dat, ingeval de huurder ten tijde van de faillissementsaanvraag in genot is van het gehuurde, de curator de huurovereenkomst niet kan beëindigen. De vordering van huurgenot levert aldus geen vordering op die te verificatie kan worden ingediend en kan dus geen steunvordering zijn. Het verzoek tot faillissement wordt afgewezen.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 11-07-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:1681

**Zaaknummer:** 13/05632

**Wetsartikelen:** 1 Fw en 37 Fw

RECHTSPRAAK

**A/B**

***A verhuurt vanaf 2000 een deel van een pand aan Stichting W.I.A. De stichting verbouwt een deel van hetgeen zij huurt tot een woning voor een van haar bestuurders, B, welke de woning nog in 2000 betreft. Wegens vochtproblemen neemt de stichting het pand verder nooit in gebruik. In 2002 wordt de huurovereenkomst ontbonden en wordt de stichting veroordeeld tot het betalen van de schuldig gebleven huurpenningen. De stichting komt deze verplichting niet na. A vordert van B, destijds penningmeester en bestuurder van de stichting, de schuldig gebleven huurpenningen. Het hof wijst de vordering af. B heeft succesvol weersproken dat hij wist of had moeten weten dat de stichting de overeenkomst niet na zou kunnen komen.***

Appellante (hierna: A) is eigenaar van een monumentaal pand. A heeft per 1 september 2000 aan de stichting W.I.A. (hierna: de stichting) de bedrijfsruimte aan de achterzijde van dit pand verhuurd. De stichting houdt zich bezig met het creëren van gesubsidieerd werk voor werklozen. Ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst was geïntimeerde (hierna: B) penningmeester en bestuurslid van de stichting. De stichting heeft direct na het beschikbaar komen van het pand de vijf verdiepingen van het gehuurde, in eigen beheer, tot woonruimte gebouwd voor B en zijn gezin, welke deze ruimte in september 2000 hebben betrokken. De stichting heeft op enig moment haar huurverplichtingen opgeschort omdat zij wegens ernstige vochtproblemen het gehuurde pand niet in bedrijf kon nemen. Vanaf juli 2002 heeft B de huurpenningen uit de onderhuurovereenkomst, voor het woongedeelte, direct aan A betaald. De kantonrechter heeft bij vonnis van 16 april 2003 de stichting veroordeeld tot betaling van de achterstallige huur en heeft de huurovereenkomst, met inbegrip van de huurovereenkomst van B, ontbonden. In de onderhavige procedure vordert A van B betaling van het door de stichting schuldig gebleven bedrag. B vordert A te veroordelen tot het opnieuw verschaffen van woongenot van de woning dan wel schadeloosstelling wegens het ontbreken van dit genot.

Het hof oordeelt als volgt. B wordt verweten dat hij als bestuurder van de stichting, en feitelijk de stichting alleen vertegenwoordigend, persoonlijk ernstig verwijtbaar jegens A heeft gehandeld doordat hij bij het aangaan van de overeenkomst redelijkerwijs wist of behoorde te weten dat de stichting de overeenkomst niet na zou komen en/of heeft bewerkstelligd dat de stichting de aangegane huurovereenkomst niet nakwam. B heeft de stelling dat hij enig bestuurder was gemotiveerd betwist en gesteld dat er ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst nog drie andere bestuursleden waren die hebben ingestemd met het tekenen van de huurovereenkomst. Bovendien heeft de stichting door de vochtproblemen de kantoorruimtes nooit kunnen betrekken. Had de stichting het pand wel in gebruik kunnen nemen dan had dit extra inkomsten (kunnen) genereren en had de stichting de huurpenningen wel kunnen voldoen. A heeft verder onvoldoende de stelling van B weersproken dat de betalingsonmacht is ontstaan wegens problemen met de subsidieverstrekking. Het hof verwerpt wegens het hiervoor gestelde de eis van A. De eis van B op het herstel van het huurgelot dan wel op schadevergoeding voor het ontbreken van het huurgelot, wordt eveneens verworpen. Het hof geeft aan dat B geen beroep kan doen op artikel 7A:1623k BW omdat dit zich niet tot B richt. Het hof neemt hierbij de overwegingen van de kantonrechter over.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 13-06-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:1401

**Zaaknummer:** 200.045.095-01

**Wetsartikelen:** 2:9 BW, 7A:1623k BW en 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **Erasmus MC Holding / Harbour Antibodies en X, Y, Z en X / Erasmus MC Holding en Harbour Antibodies**

#### ***Enquêteprocedure. Onderzoek naar (wan)beleid binnen de onderneming.***

De aandelen in Harbour worden in de hierna te noemen verhouding gehouden door: Erasmus Holding (51,56%), een vennootschap waarvan EUMC enig aandeelhouder is en X, Y, Z en A, B en STAK. De door STAK uitgegeven certificaten van aandelen werden in de hierna te noemen verhouding tot het geplaatste kapitaal gehouden door Y, C en D. Het bestuur van Harbour werd gevormd door Z en Y en door X, tevens verzoeker.

Bij de oprichting van Harbour is tussen de toenmalige aandeelhouders Erasmus Holding, X, STAK en Z een *shareholders agreement* gesloten, onder meer inhoudende dat besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders de instemming behoeven van 81% van het geplaatste kapitaal.

Bij de beschikkingen van 18 en 22 oktober 2012 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Harbour over de periode vanaf 1 juli 2010 en, bij wijze van onmiddellijke voorziening voor de duur van het geding, Scholtes benoemd tot bestuurder van Harbour met een beslissende stem. Bij beschikking van 3 december 2012 heeft de Ondernemingsraad bij wijze van onmiddellijke voorziening voorts steeds alle, minus één, door Erasmus Holding, STAK en X gehouden aandelen in Harbour ten titel van beheer overgedragen aan Schreve. Bij beschikking van 4 december 2012 heeft de Ondernemingskamer Holzer aangewezen als onderzoeker als bedoeld in de beschikking van 18 oktober 2012.

Erasmus Holding heeft de Ondernemingskamer verzocht vast te stellen dat sprake is van wanbeleid van Harbour gedurende de periode van 1 juli 2010 tot 18 oktober 2012, vast te stellen dat X verantwoordelijk is voor het wanbeleid van Harbour in de genoemde periode, alle door belanghebbende 1 gehouden aandelen in Harbour voor een periode van twee jaar, althans gedurende een door de Ondernemingskamer te bepalen termijn, ten titel van beheer over te dragen aan Schreve, dan wel een andere beheerder. Subsidiair wordt verzocht het onderzoek te heropenen voor zover de Ondernemingskamer oordeelt dat het onderzoek en

het verslag ontoereikend zijn om wanbeleid vast te stellen.

X heeft (in de zaak met nummer 200.132.040/02 OK) de Ondernemingskamer verzocht bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad kort gezegd, het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Harbour met betrekking tot de periode na 1 juli 2010 te heropenen met benoeming van een andere onderzoeker dan Holzer; indien de Ondernemingskamer het onderzoek niet heropent, vast te stellen dat sprake is van wanbeleid in de periode na 30 september 2011; vast te stellen dat het bestuur van Harbour, Harbour en Erasmus Holding verantwoordelijk zijn voor dit wanbeleid; te vernietigen de besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders van Harbour voor zover deze strekken tot het verlenen van decharge aan belanghebbende 2 en belanghebbende 3 ter zake van het in de boekjaren 2011 en 2012 gevoerde beleid; op te heffen de bij beschikking van 3 december 2012 bevolen overdracht ten titel van beheer van de door X gehouden aandelen in Harbour.

In het verslag heeft de onderzoeker beschreven dat hij, ter beperking van de kosten van het onderzoek en gelet op het belang van Harbour bij een efficiënt onderzoek, in overleg met partijen thema's heeft geselecteerd waarop het onderzoek zich in het bijzonder heeft gericht. De Ondernemingskamer acht dit redelijk en begrijpelijk. Harbour beschikt slechts over beperkte middelen en heeft er groot belang bij dat die zo veel als mogelijk worden besteed aan haar onderzoeksactiviteiten en de commerciële exploitatie van de resultaten daarvan. Het belang van Harbour bij de onderhavige procedure is vooral gelegen in doorbreking van de bestaande impasse in de besluitvorming en sanering van de vennootschappelijke verhoudingen. De onderhavige procedure strekt er niet toe om de precieze inhoud van de contractuele verhouding tussen partijen en de daaruit voortvloeiende financiële rechten en verplichtingen vast te stellen. Dat behoort tot de bevoegdheid van de gewone burgerlijke rechter. De Ondernemingskamer onderkent dat de beperkte reikwijdte en diepgang van het onderzoek grenzen stelt aan haar beoordeling van het beleid en de gang van zaken binnen Harbour. Het onderzoeksverslag en hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd is evenwel toereikend om te oordelen over de verzoeken tot vaststelling van wanbeleid en tot het treffen van voorzieningen.

De Ondernemingskamer heeft in haar beschikking van 18 oktober 2012 overwogen dat de toenmalige financiële toestand van Harbour problematisch was, dat de onderlinge verstandhouding tussen belanghebbende 1 enerzijds en het bestuur van Harbour en de overige aandeelhouders anderzijds gekenmerkt wordt door wederzijds wantrouwen, dat besluitvorming over de financiering van de vennootschap in een impasse was geraakt en dat dit laatste een gegronde reden is om aan een juist beleid te twijfelen. De Ondernemingskamer ziet in het onderzoeksverslag en de stellingen van partijen geen toereikende gronden voor de vaststelling van wanbeleid in de periode voorafgaand aan de impasse in de besluitvorming

over de verdere financiering van de activiteiten van Harbour. Zoals hieronder nog aan de orde zal komen, hebben feiten en omstandigheden in de periode vóór 25 mei 2012 bijgedragen aan het ontstaan van de impasse, maar die omstandigheden maakten een impasse niet onvermijdelijk en die omstandigheden zijn op zichzelf, dat wil zeggen indien zich geen impasse zou hebben voorgedaan, van onvoldoende gewicht om als wanbeleid aan te merken. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer dient de impasse in de besluitvorming over de noodzakelijke financiering van Harbour, die voortduurde vanaf 25 mei 2012 tot 18 oktober 2012, te worden aangemerkt als wanbeleid. Op grond van hetgeen hierboven is overwogen is zowel het bestuur van Harbour als X verantwoordelijk voor dat wanbeleid. Hetgeen door partijen overigens nog is aangevoerd behoeft geen nadere bespreking omdat dit niet tot een ander oordeel kan leiden.

Erasmus Holding heeft aangevoerd dat de door haar verzochte voorziening, te weten overdracht ten titel van beheer van alle door X gehouden aandelen in Harbour voor een periode van twee jaar, ertoe strekt de invloed van X binnen Harbour in ieder geval vooralsnog zo veel mogelijk te beperken. Erasmus Holding stelt daarbij recht en belang te hebben omdat X zich ook na 18 oktober 2012 als aandeelhouder onredelijk heeft opgesteld en niet bereid is geweest mee te werken aan redelijke en constructieve besluiten in het belang van Harbour. De Ondernemingskamer oordeelt dat Erasmus Holding onvoldoende heeft toegelicht waarom de verzochte voorziening getroffen dient te worden. De opstelling van X als licentiegever kan geen grond zijn voor het beperken van de zeggenschap van X als aandeelhouder. Het desbetreffende verzoek zal daarom worden afgewezen. De Ondernemingskamer ziet, gelet op hetgeen zij hierboven heeft overwogen omtrent het wanbeleid en de verantwoordelijkheid daarvoor, onvoldoende aanleiding om, zoals X heeft verzocht, de besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders voor zover deze strekken tot het verlenen van decharge aan Y en Z voor het in de boekjaren 2011 en 2012 gevoerde beleid, te vernietigen. Gelet op het gegeven oordeel zal de Ondernemingskamer het verzoek van X tot opheffing van de bij beschikking van 3 december 2012 bij wijze van onmiddellijke voorziening bevolen overdracht ten titel van beheer van door X gehouden aandelen in Harbour toewijzen. De Ondernemingskamer zal ook de bij beschikking van 3 december 2012 bij wijze van onmiddellijke voorziening bevolen overdracht ten titel van beheer van door Erasmus Holding en STAK gehouden aandelen in Harbour opheffen. De Ondernemingskamer stelt wanbeleid van Harbour vast voor wat betreft de in de periode van 25 mei 2012 tot 18 oktober 2012 bestaande impasse in de besluitvorming over de financiering, stelt vast dat het bestuur van Harbour Antibodies en X voor het hiervoor vastgestelde wanbeleid verantwoordelijk zijn; heft op de bij beschikking van 3 december 2012 bij wijze van onmiddellijke voorziening bevolen

overdracht ten titel van beheer van door X, Erasmus MC en Stichting administratiekantoor Erasmus personeelsparticipaties gehouden aandelen in Harbour Antibodies.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 13-06-2014

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2014:2230

**Zaaknummer:** 200.132.040/01 OK en 200.132.040/02 OK

**Wetsartikelen:** 2:349a BW en 2:355 BW

## RECHTSPRAAK

### **A/Wijsman q.q.**

***B en A en B en A Holding worden op respectievelijk 13 maart 2012 en 22 mei 2012 failliet verklaard. De curator stelt dat A als feitelijk bestuurder van beide bv's is opgetreden en zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. De rechtbank oordeelt dat de curator onvoldoende heeft gesteld en bewezen dat A als feitelijk beleidsbepaler moet worden beschouwd. Evenmin heeft A op een andere wijze onrechtmatig gehandeld jegens de vennootschappen en/of haar schuldeisers.***

B&A Holding is een vennootschap die op 17 september 1999 is opgericht, destijds onder de naam Cejebe Holding. Statutair bestuurder en enig aandeelhouder van B&A Holding is G&K Beheer B.V. van welke B statutair bestuurder en enig aandeelhouder is. B heeft op 11 november B&A opgericht, heeft hierbij alle aandelen genomen en is benoemd tot bestuurder. A heeft hierbij de aandelen volgestort. Later heeft B alle aandelen B&A overgedragen aan B&A Holding waarbij B&A Holding gelijktijdig als bestuurder benoemd is. Bij vonnissen van 13 maart 2012 en 22 mei 2012 is respectievelijk B&A Holding en B&A failliet verklaard. De curator vordert dat A opgetreden heeft als feitelijk bestuurder van B&A en B&A Holding en dat hij zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en daarom aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze bij vereffening niet kunnen worden voldaan. Verder vordert de curator te verklaren voor recht dat A zijn taak als statutair en feitelijk bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Subsidiair vordert de curator voor recht te verklaren dat A jegens de boedel van B&A en B&A Holding onrechtmatig heeft gehandeld.

De rechtbank oordeelt als volgt. A heeft gemotiveerd weersproken dat hij, in tijd van het wanbestuur, formeel bestuurder is geweest van B&A en/of B&A Holding, hetgeen ook blijkt uit het handelsregister. Lid 7 van artikel 2:248 BW bepaalt dat een feitelijk bestuurder voor de werking van het artikel gelijk wordt gesteld met een bestuurder. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de feitelijk bestuurder zich als bestuurder moet hebben gedragen en daadwerkelijk

bestuurstaken moet hebben vervuld. De onderbouwing van de stelling van de curator dat A feitelijk bestuurder is geweest is onvoldoende. De werkzaamheden van de vennootschappen werden tijdens de detentie van B voortgezet onder leiding van A. A ontving hiervoor management fees. Dit is echter onvoldoende om te stellen dat A optrad als feitelijk beleidsbepaler. Uit de statuten blijkt dan ook niet dat A de vennootschappen rechtsgeldig kon vertegenwoordigen. Ook het gegeven dat A heeft geparticipeerd in het kapitaal van de vennootschappen en heeft bemiddeld in de financiering van de activiteiten van de vennootschappen zijn onvoldoende om te stellen dat hij heeft gehandeld als feitelijk beleidsbepaler. Omdat A niet kan worden aangemerkt als bestuurder is hem ook niet aan te rekenen dat de vennootschappen de jaarrekeningen niet tijdig hebben gedeponneerd. De vordering die de curator heeft gebaseerd op artikel 2:180 BW (oud) dient tevens te worden verworpen. Het gegeven dat B&A, nadat deze een storting van €18.000 ontving, het geldbedrag direct doorleende aan B&A Holding brengt niet met zich mee dat het bedrag niet feitelijk ter beschikking heeft gestaan aan de opgerichte vennootschap. De vordering van de curator op grond van artikel 6:162 BW in samenhang met artikel 2:180 BW dient aldus te worden afgewezen. Tot slot wordt ook de vordering van de curator op grond van onrechtmatig handelen van A, door de toe-eigening van bedrijfsactief, afgewezen. De curator, bij wie de stelplicht ligt, heeft deze (gemotiveerd weersproken) stelling onvoldoende bewezen. De rechtbank wijst alle vorderingen van de curator af.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 28-05-2014

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2014:1995

**Zaaknummer:** C-16-346659 – HA ZA 13-463

**Wetsartikelen:** 2:9 BW, 2:10 BW, 2:248 BW en 6:162 BW