

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 29, 2014

Nummer 29, 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:2013:2122](#) 20-12-2013

Favini

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:6188](#) 05-08-2014

Nice Holding B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:6233](#) 05-08-2014

Italiaanse rechtspersoon

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3029](#) 30-07-2014

Krol/bestuurders vennootschappen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3084](#) 24-07-2014

Next Level Systems B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:2908](#) 22-07-2014

ProCas

Annotatie

[Uitspraak HR 20 december 2013 \(Favini, ECLI:NL:HR:2013:2122, 12/03271\)](#)

[Vennootschapsrecht. Faillissementsrecht. Vernietiging juridische afsplitsing op grond van actio pauliana \(art. 42 Fw\)? Artikel 2:334u BW: exclusief stelsel voor de vernietiging van juridische splitsing?](#)

H. Koster

RECHTSPRAAK

Italiaanse rechtspersoon

Bestuurdersaansprakelijkheid. Bestuurder/vereffenaar van de failliete vennootschap wordt aansprakelijk gehouden voor de schade als gevolg van onbetaald gebleven rekeningen. Ingevolge EEX-Vo heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht. Nederlands recht is van toepassing. Beroep op vereenzelviging. Passeren bewijsaanbod.

Appellante in deze zaak, B.V. A, drijft een groothandel in erotische producten. Geïntimeerde in deze zaak had in Italië een rechtspersoon naar Italiaans recht opgericht (hierna: de Italiaanse rechtspersoon). Geïntimeerde was enig bestuurder en aandeelhouder van deze Italiaanse rechtspersoon. De Italiaanse rechtspersoon heeft producten van B.V. A gekocht ter wederverkoop in Italië. Op 8 juni 2011 heeft geïntimeerde bij de Italiaanse Kamer van Koophandel doen inschrijven dat de Italiaanse rechtspersoon met ingang van 1 juni 2011 in liquidatie ('Scioglimento e procedure concorsuali') verkeert, met benoeming van zichzelf tot enig vereffenaar. Geïntimeerde woont thans in Nederland en verkoopt vanuit haar eenmanszaak erotische producten.

In onderhavige zaak vordert B.V. A veroordeling van geïntimeerde en de Italiaanse rechtspersoon tot betaling aan haar van een bedrag van € 154.885,50. Dit omdat de Italiaanse rechtspersoon facturen tot een bedrag van € 154.885,50 onbetaald heeft gelaten. De rechtbank heeft de vorderingen jegens de Italiaanse rechtspersoon toegewezen en de vordering jegens geïntimeerde afgewezen.

Na te hebben vastgesteld dat op grond van de EEX-Vo de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, gaat het hof over tot een inhoudelijke beoordeling van de grieven die B.V. A tegen het bestreden vonnis heeft aangevoerd.

B.V. A stelt dat geïntimeerde verplichtingen jegens haar is aangegaan, terwijl geïntimeerde toen reeds wist, althans redelijkerwijs had kunnen begrijpen dat de Italiaanse rechtspersoon niet aan deze verplichtingen kon voldoen, alsmede dat de Italiaanse rechtspersoon geen verhaal zou bieden voor de schade die B.V. A zou lijden als gevolg van de niet-nakoming door

de Italiaanse rechtspersoon. Het hof overweegt dat op grond van het bepaalde in artikel 150 Rv op B.V. A de plicht rust te stellen en haar stellingen voldoende met feiten te onderbouwen. B.V. A heeft daartoe aangevoerd dat geïntimeerde de door de Italiaanse rechtspersoon gedreven onderneming in juni 2010 heeft gestaakt en desondanks goederen is blijven bestellen. Geïntimeerde heeft betwist dat zij reeds in juni 2010 tot liquidatie van de Italiaanse rechtspersoon is overgegaan. Het hof oordeelt dat B.V. A onvoldoende heeft onderbouwd dat de onderneming reeds in juni 2010 is gestaakt en dat geïntimeerde in strijd heeft gehandeld met de Beklamel-norm doordat de Italiaanse rechtspersoon vanaf juni 2010 goederen is blijven bestellen.

Voorts heeft B.V. A gesteld dat geïntimeerde de activiteiten van de Italiaanse rechtspersoon in Italië heeft gestaakt, maar feitelijk in Nederland de activiteiten van de Italiaanse rechtspersoon heeft voortgezet. Dit terwijl geïntimeerde zich alle activa van de Italiaanse rechtspersoon zonder vergoeding heeft toegeëigend. Op die wijze heeft zij bewerkstelligd dat de Italiaanse rechtspersoon geen verhaal meer bood. Het hof is van oordeel dat geïntimeerde voldoende feitelijk heeft onderbouwd dat de Italiaanse rechtspersoon, de vennootschap waarover zij volledige zeggenschap had, niet in staat is te betalen. B.V. A heeft in dit licht onvoldoende concreet onderbouwd dat sprake is van betalingsonwil dan wel van een betalingsonmacht die voortvloeit uit betalingsonwil. Het enkele feit dat geïntimeerde (een deel van) de activiteiten van de Italiaanse rechtspersoon in de vorm van een eenmanszaak heeft voortgezet, vormt als zodanig – temeer nu niet is gebleken dat zij zich activa heeft toegeëigend – geen reden voor het aannemen van aansprakelijkheid.

Het hof komt tot de slotsom dat de grieven falen en bekrachtigt derhalve het bestreden vonnis van de rechtbank.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:6233

Zaaknummer: 200.130.139-01

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

ProCas

Geldvordering in kort geding. Geldige besluitvorming tot uitkering dividend en tot uitkering managementfees? Geen schending van artikel 2:216 lid 2 en lid 3 BW.

Appellante in deze zaak is ProCas B.V. (hierna: ProCas). De aandelen in ProCas werden tot 27 januari 2010 (deels indirect) gehouden door Rosinaad B.V. (hierna: Rosinaad), Meervoud Management B.V. (hierna: Meervoud) en X Beheer B.V. (hierna: X). In de periode 2010-2012 zijn achtereenvolgens X, Meervoud en Rosinaad als aandeelhouder uitgetreden door verkoop en overdracht van de aandelen aan (uiteindelijk) AquaServa Group B.V., welke vennootschap thans enig aandeelhouder van ProCas is.

Tussen (onder meer) AquaServa Group enerzijds en (onder meer) X en Rosinaad c.s. anderzijds is bij de Rechtbank Midden Nederland een bodemprocedure aanhangig waarin (deels) op dezelfde grondslag hetzelfde wordt gevorderd als in het onderhavige kort geding. In deze bodemprocedure is nog geen vonnis uitgesproken.

In het kort geding vordert ProCas dat X wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 453.700, Rosinaad tot betaling van een bedrag van € 343.700 en Meervoud tot betaling van een bedrag van € 360.000. Aan de vorderingen is ten grondslag gelegd dat voor de genoemde bedragen dividenden en managementfees zijn uitgekeerd zonder dat aan die uitkeringen een geldige titel ten grondslag lag, en dat ProCas en AquaServa Group door deze betalingen in liquiditeitsproblemen zijn geraakt. Volgens ProCas is sprake van onverschuldigde betalingen. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen evenwel afgewezen.

In hoger beroep oordeelt het hof als volgt. Ten aanzien van de in deze zaak (een geldvordering in kort geding) aan te leggen maatstaf heeft de voorzieningenrechter terecht overwogen dat een dergelijke vordering slechts toewijsbaar is indien het bestaan en de omvang van de vordering voldoende aannemelijk zijn geworden en daarnaast sprake is van feiten of omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening vereist is, terwijl in de afweging van belangen van partijen het risico van onmogelijkheid tot terugbetaling mede betrokken dient te worden.

Het hof stelt vervolgens vast dat de voorzieningenrechter terecht geoordeeld heeft dat onvoldoende zeker is dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat aan de dividendbetalingen een geldige besluitvorming ontbreekt en dat de dividendbetalingen derhalve onverschuldigd zijn verricht. Eenzelfde conclusie dient te worden getrokken ten aanzien van de managementfees. Tegen de achtergrond van het gegeven dat tijdens de vergadering van 7 augustus 2009 de jaarrekening 2008, met daarin de vermelding van de volledige managementfees, unaniem is goedgekeurd, is onvoldoende zeker dat de bodemrechter zal oordelen dat die betalingen onverschuldigd zijn gedaan. Het hof acht in dit verband essentieel dat niet gebleken is dat door de toekenning en de uitbetaling van de managementfees het bepaalde in artikel 2:216 lid 2 en lid 3 BW is geschonden.

Het hof komt tot de conclusie dat niet in hoge mate aannemelijk kan worden geacht dat de betalingen van de dividenden en managementfees onverschuldigd zijn geschied. Het bestreden vonnis wordt derhalve bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-07-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:2908

Zaaknummer: 200.138.871-01 SKG

Wetsartikelen: 2:216 lid 2 en lid 3 BW

ANNOTATIE

Uitspraak HR 20 december 2013 (Favini, ECLI:NL:HR:2013:2122, 12/03271) Vennootschapsrecht. Faillissementsrecht. Vernietiging juridische afsplitsing op grond van actio pauliana (art. 42 Fw)? Artikel 2:334u BW: exclusief stelsel voor de vernietiging van juridische splitsing?

H. Koster

Op 20 december 2013 sprak de Hoge Raad zich uit over de kwestie of een juridische splitsing kan worden vernietigd op grond van actio pauliana (art. 42 Fw). Op dezelfde dag wees de Hoge Raad nog een arrest over vergelijkbare feiten (ECLI:NL:HR:2013:2133) en met dezelfde uitkomst. Ik zal in de onderhavige noot aan die uitspraak verder geen aandacht besteden.

Feiten

Eerst zet ik nu de feiten uiteen. Favini Meerssen B.V. (hierna: Favini Meerssen) heeft op 19 december 2002 op haar bedrijfspand in Meerssen (hierna: het bedrijfspand), waarin zij een papierfabriek dreef, een recht van hypotheek gevestigd ten gunste van Banca Intesa. Dit geschiedde tot meerdere zekerheid van een door Favini S.p.A. (hierna: Favini Italië) bij een consortium van Italiaanse banken aangetrokken krediet. Favini Meerssen is een 100% dochtervennootschap van Favini N.V. (hierna: Favini Nederland), die een 100% dochtervennootschap is van Favini Italië. Favini RE is opgericht bij juridische (af)splitsingen binnen het Favini-concern op 29 en 30 december 2005. Favini RE heeft in het kader van de juridische splitsing de eigendom van het bedrijfspand verkregen (boekwaarde € 8.530.000) en een schuld (ten bedrage van € 8.529.999) van Favini Meerssen aan Favini Nederland. Per 1 januari 2006 heeft Favini RE het bedrijfspand verhuurd aan Favini Meerssen. Op 18 april 2008 is Favini Meerssen failliet verklaard. De curator heeft de huurovereenkomst opgezegd per 31 januari 2009. Met betrekking tot Favini Italië is op 26 november 2008 in Italië de 'concordato preventivo' (vergelijkbaar met surseance van betaling) uitgesproken. Favini RE heeft het bedrijfspand in het eerste kwartaal van 2009 verkocht en geleverd aan de Provincie Limburg. De opbrengst is afgedragen aan het consortium van Italiaanse banken. De curator heeft bij

brief van 30 maart 2009 aan Favini RE op grond van artikel 42 Fw de nietigheid van de (af)splitsingen ingeroepen.

De rechtbank heeft het beroep op nietigheid afgewezen. Het hof heeft dit bekrachtigd. Het hof heeft in dit kader overwogen dat de (af)splitsing gelet op artikel 2:334u BW onaantastbaar is geworden en dus ook niet kan worden vernietigd op grond van de pauliana. Dit omdat de mogelijkheid van vernietiging ingevolge artikel 2:334u BW blijkens de totstandkomingsgeschiedenis zeer strikt moet worden uitgelegd. Verder wordt noch in de memorie van toelichting, noch in de overige parlementaire stukken de mogelijkheid van (latere) vernietiging met een beroep op de pauliana genoemd. Het hof merkt voorts op dat in de memorie van toelichting wel aan de faillissementssituatie aandacht wordt besteed, maar alleen voor het geval dat tijdens een faillissement een juridische splitsing wordt overwogen. Het zou volgens het hof voor de hand hebben gelegen dat, indien de pauliana in algemene zin toepasbaar zou zijn naast de uitdrukkelijk in het wetsvoorstel genoemde vernietigingsgronden van artikel 2:334u BW, daaraan in het wetsvoorstel aandacht zou zijn besteed. Verder meent het hof dat een strikte uitleg ook in overeenstemming is met de considerans van de richtlijn betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen (hierna: richtlijn). Benadeling van schuldeisers valt verder niet onder een van de (exclusieve) gronden van vernietiging genoemd in artikel 2:334u lid 1 BW. Gelet hierop kan het feit dat de pauliana tot een relatieve nietigheid leidt, niet tot een ander oordeel leiden, zo het hof. Het hof concludeert dat er dan ook van uit moet worden gegaan dat artikel 2:334u BW een *lex specialis* is die het beroep op de pauliana uitsluit. In cassatie wordt erover geklaagd dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de curator, gelet op artikel 2:334u BW, de (af)splitsingen niet met een beroep op artikel 42 Fw kan vernietigen.

De Hoge Raad oordeelt als volgt:

‘4.1.2 Art. 2:334u BW is onderdeel van de algemene bepalingen omtrent splitsingen (art. 2:334a e.v. BW), waarmee de Zesde Richtlijn werd geïmplementeerd. Een splitsing in de zin van art. 2:334a e.v. BW brengt een wijziging teweeg in de structuur van een rechtspersoon en gaat gepaard met een overgang van vermogen onder algemene titel op een verkrijgende rechtspersoon. Daarbij kunnen belangen van crediteuren in het gedrang komen. De wetgever heeft art. 2:334a e.v. BW zo opgezet dat de kans dat een splitsing aan vernietiging blootstaat zoveel mogelijk is beperkt, waarbij in aanmerking is genomen dat de gevolgen van vernietiging van een splitsing zeer ingrijpend zijn (Kamerstukken II, 1995-1996, 24 702, B, p. 7). Daarom biedt art. 2:334u BW slechts beperkte mogelijkheden om een splitsing te vernietigen. Dit is slechts mogelijk bij rechterlijke uitspraak (lid 2). De rechter kan een splitsing slechts in vier situaties vernietigen (lid 1). Een niet door de rechter vernietigde splitsing is geldig (lid 2). De bevoegdheid tot het instellen van de vordering tot vernietiging

vervalt in ieder geval door verloop van zes maanden na de nederlegging van de akte van splitsing ten kantore van de openbare registers van de woonplaatsen van de verkrijgende rechtspersonen en de gesplitste rechtspersoon (lid 3). De rechter vernietigt een splitsing niet indien de reeds ingetreden gevolgen van de splitsing bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt (lid 4).

4.1.3 De vernietigingsmogelijkheden van art. 42 Fw zijn aanzienlijk ruimer dan de beperkte vernietigingsmogelijkheden van art. 2:334u BW. Een vernietiging op de voet van art. 42 Fw kan immers buitengerechtelijk plaatsvinden, is niet beperkt tot de in art. 2:334u BW omschreven situaties en is niet gebonden aan de hiervoor in 4.1.2 vermelde termijn van zes maanden. Wanneer zou worden aangenomen dat een splitsing door de curator ook op de voet van art. 42 Fw kan worden vernietigd, zou de specifieke norm van art. 2:334u BW dan ook onaanvaardbaar worden doorkruist. De strekking van beide normen (bescherming van schuldeisers tegen rechtshandelingen waardoor schuldeisers worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden) is immers dezelfde, maar de wijze waarop de bescherming plaatsvindt, de voorwaarden die in dit verband worden gesteld, het tijdsbestek waarbinnen de vernietiging mogelijk is en de bescherming van derden in dit verband, is in art. 2:334u BW telkens anders geregeld dan in art. 42 Fw. Omdat door toepassing van art. 42 Fw in gevallen als de onderhavige deze specifieke regels zouden kunnen worden ontgaan, zou aldus afbreuk worden gedaan aan de rechtszekerheid die de regeling voor vernietiging van een splitsing in art. 2:334u BW beoogt te dienen. Daarom moet worden geoordeeld dat de specifieke norm van art. 2:334u BW exclusief toepasselijk is. Opmerking verdient ten slotte dat de curator die meent dat de boedel als gevolg van een splitsing is benadeeld, onder omstandigheden (mede) een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad kan instellen.

4.1.4 Gezien het voorgaande moet worden geoordeeld dat, naast de regeling voor vernietiging van een splitsing in art. 2:334u BW, geen plaats is voor vernietiging van een splitsing door de curator op de voet van art. 42 Fw. Het bestreden oordeel is dan ook juist, zodat het onderdeel faalt, evenals de daarop voortbouwende onderdelen 3 en 4.'

Commentaar

In artikel 2:334u BW zijn voorschriften over de aantasting van de juridische splitsing opgenomen. Op grond van deze artikelen kan de rechter een juridische splitsing vernietigen. Dit kan evenwel slechts op basis van een aantal limitatief omschreven gronden. In de considerans bij de richtlijn over juridische splitsingen (hierna: de richtlijn) valt te lezen dat hiervoor is gekozen om de rechtszekerheid in de betrekkingen tussen de aandeelhouders onderling en tussen de vennootschappen die aan de juridische splitsing deelnemen alsmede tussen de vennootschappen en derden te waarborgen. Formeel is de richtlijn niet van

toepassing op afsplitsing, maar de Nederlandse wetgever heeft de afsplitsing zo veel mogelijk gebaseerd op de richtlijn, waardoor aangenomen mag worden dat de overwegingen van de richtlijn ook van belang zijn voor de rechtsfiguur van de afsplitsing. In de Nederlandse juridische splitsingswetgeving is bepaald dat vernietiging is toegestaan ten eerste indien de door een notaris ondertekende akte van juridische splitsing geen authentiek geschrift is. Ten tweede kan een juridische splitsing worden vernietigd op grond van het niet-naleven van artikel 2:334b lid 5 of 6 BW, artikel 2:334l lid 3 BW of artikel 2:334n lid 2 BW. Ten derde geldt dat een juridische splitsing kan worden vernietigd wanneer sprake is van gebreken in de besluitvorming van de algemene vergadering. In de literatuur is in dit kader de vraag opgeworpen of hieronder ook het besluit van het bestuur van een besloten of naamloze vennootschap tot (af)splitsing op grond van artikel 2:334ff BW valt. Op grond van de wettekst lijkt hiervan geen sprake. Mijns inziens is dit ook niet toegestaan, doordat artikel 19 van de richtlijn limitatief opgesomde gronden bevat, en deze grond daar niet wordt vermeld. Zo ook Van Eck in zijn noot bij het onderhavige arrest (JOR 2014/66). De vierde grond tot vernietiging is het ontbreken van de goedkeuring van de rechtbank die vereist is op grond van artikel 2:334m lid 5 BW. Dit betreft het besluit tot juridische splitsing van een stichting, waarvoor in bepaalde situaties goedkeuring van de rechtbank vereist is. In artikel 2:334u lid 2 BW staat dat een niet door de rechter vernietigde juridische splitsing geldig is. Daarnaast is bepaald dat de bevoegdheid tot het instellen van de vordering tot vernietiging vervalt door herstel van het verzuim of door verloop van zes maanden na de nederlegging van de splitsingsakte ten kantore van de openbare registers van de woonplaatsen van de betrokken vennootschappen. Ten slotte is in de wet vastgelegd dat een juridische splitsing niet vernietigd wordt indien het verzuim binnen een door de rechter te bepalen termijn is hersteld of indien de al ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt. Vernietiging zal derhalve niet snel plaatsvinden.

Niettemin was er discussie over het feit of de in artikel 2:334u BW opgenomen regeling over de aantasting van de juridische splitsing exclusief is, of dat aantasting ook op basis van andere gronden toegestaan is. In de literatuur bestond hierover verschil van mening (zie hierover uitgebreid M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers*, Deventer: Kluwer 2007, p. 95). Met de onderhavige uitspraak creëert de Hoge Raad duidelijkheid. Terecht betoogt de Hoge Raad dat de vernietigingsmogelijkheden van artikel 42 Fw aanzienlijk ruimer zijn dan de beperkte vernietigingsmogelijkheden van artikel 2:334u BW en dat wanneer zou worden aangenomen dat een juridische splitsing door de curator ook op de voet van artikel 42 Fw kan worden vernietigd, dat dan de specifieke norm van artikel 2:334u BW onaanvaardbaar zou worden doorkruist. Daarbij is van belang dat de wijze waarop de bescherming van schuldeisers plaatsvindt, de voorwaarden die in dit verband worden gesteld, het tijdsbestek waarbinnen de vernietiging mogelijk is en de bescherming van

derden, anders geregeld is bij juridische splitsing. Door toepassing van artikel 42 Fw zouden deze specifieke regels kunnen worden ontgaan, en zou afbreuk worden gedaan aan de rechtszekerheid die de regeling voor vernietiging van een splitsing in artikel 2:334u BW beoogt te dienen, zo de Hoge Raad. Mijns inziens is het correct dat een (af)splitsing niet kan worden vernietigd op grond van pauliana. Dit kan worden afgeleid uit de tekst en overwegingen van de richtlijn alsook uit de tekst en toelichting van artikel 2:334u BW. De rechtszekerheid is gebaat met een duidelijke en beperkte regeling voor vernietiging. Aldus was deze uitkomst zeker ook wenselijk. Overigens lijkt de richtlijn in artikel 19 lid 3 ruimte te bieden voor een andere invulling. In dit derde lid staat namelijk: 'Aan de wetgevingen van de lidstaten betreffende de nietigheid van een splitsing die wordt uitgesproken ingevolge een ander toezicht op de splitsing dan het preventieve toezicht door de rechter of de overheid op de rechtmatigheid, wordt geen afbreuk gedaan.' Echter, deze bepaling gaat niet over vernietiging van een juridische splitsing op basis van pauliana. Het ziet op toezicht van beurshandel en kartels. Vernietiging van een juridische splitsing kan in de praktijk tot lastige vragen leiden. Vaak zal de nodige tijd verstreken zijn voordat de rechter zich hierover heeft uitgesproken. Het zal dan niet altijd meer eenvoudig zijn om vast te stellen wie gerechtigd is tot welke vermogensbestanddelen. Zou de regeling over de vernietiging van de juridische splitsing, evenals bij de grensoverschrijdende fusie, daarom niet beter afgeschaft kunnen worden? Ik neig naar een bevestigend antwoord.

RECHTSPRAAK

Nice Holding B.V.

Bestuurdersaansprakelijkheid. Betalingsonmacht of betalingsonwil? Naar het oordeel van het hof slaagt de grief omdat bestuurdersaansprakelijkheid niet beperkt is tot aansprakelijkheid ter zake van het aangaan van verplichtingen. Bestuurder is aansprakelijk voor huurachterstand winkels in winkelcentrum.

Nice Holding B.V. (hierna: Nice Holding) heeft als eigenaar van winkelcentrum De Zuidmolen dit winkelcentrum in 2004 verkocht aan De Zuidmolen C.V. (hierna: De Zuidmolen). Nice Holding heeft vervolgens per 1 september 2004 twee leegstaande winkelunits van De Zuidmolen gehuurd voor een periode van vijf jaar. In de loop van 2007 heeft Nice Holding de huurbetalingen gedeeltelijk en later (in 2008) geheel gestaakt.

In eerste aanleg heeft De Zuidmolen c.s. veroordeling van Nice Holding gevorderd tot betaling van de achterstallige huur. Daarnaast heeft zij gevorderd dat geïntimeerde sub 2, de bestuurder van Nice Holding, veroordeeld wordt tot betaling op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De kantonrechter heeft de vordering tegen Nice Holding toegewezen en de vordering tegen geïntimeerde sub 2 afgewezen.

De Zuidmolen c.s. komt in hoger beroep tegen dit vonnis. De eerste twee grieven keren zich tegen de door de kantonrechter aangelegde maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid en tegen het oordeel dat geïntimeerde sub 2 deze norm niet heeft geschonden. De kantonrechter heeft overwogen dat bestuurdersaansprakelijkheid eerst aan de orde komt indien de bestuurder namens de vennootschap een verplichting aangaat terwijl hij weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de vennootschap deze verplichting niet zou kunnen nakomen en zij geen verhaal zal bieden voor de ten gevolge van een wanprestatie te lijden schade.

Naar het oordeel van het hof slaagt de grief omdat bestuurdersaansprakelijkheid niet beperkt is tot aansprakelijkheid ter zake van het aangaan van verplichtingen. Volgens vaste rechtspraak is naast aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond voor aansprakelijkheid van degene die als

bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Het onder (i) bedoelde geval doet zich hier niet voor. Het gaat er dus om of geïntimeerde sub 2 als bestuurder van Nice Holding een persoonlijk ernstig verwijt treft voor het bewerkstelligen of toelaten van handelingen van de vennootschap die tot gevolg hadden dat de schuldenaar (Nice Holding) de verplichtingen jegens De Zuidmolen niet meer nakwam. Naar het oordeel van het hof is dat het geval. Indien moet worden uitgegaan van de juistheid van de door Nice Holding en geïntimeerde sub 2 overgelegde jaarrekeningen waren er in de jaren 2005 tot en met 2009 voldoende netto werkkapitaal en liquide middelen aanwezig in Nice Holding om de huurpenningen (alsnog) te voldoen. Desondanks heeft Nice Holding in de jaren 2007-2009 niet aan haar verplichtingen voldaan, hetgeen het hof kwalificeert als betalingsonwil. Het hof komt tot de slotsom dat geïntimeerde sub 2, als bestuurder van Nice Holding, persoonlijk een ernstig verwijt treft.

Het hoger beroep slaagt derhalve. Het hof vernietigt het bestreden vonnis en wijst de vordering tegen geïntimeerde sub 2 alsnog toe.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:6188

Zaaknummer: 200.086.424

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Krol/bestuurders vennootschappen

Machtiging tot het doen van mededelingen (art. 2:353 lid 3 BW) uit het onderzoeksverslag aan derden wordt afgewezen.

De Ondernemingskamer heeft een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van de MEI c.s. vennootschappen vanaf 1 januari 2006 en bij wijze van onmiddellijke voorzieningen H en G geschorst als bestuurders van de vennootschappen. Het onderzoeksverslag is op 10 oktober 2011 ter griffie van de Ondernemingskamer neergelegd.

Het onderzoeksverslag bestaat uit twee delen, te weten het 'Verslag' met twaalf bijlagen en de 'Aanvulling op Verslag' met drie bijlagen. De Ondernemingskamer heeft beslist dat het 'Verslag' met de twaalf bijlagen ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage ligt voor eenieder, en dat de 'Aanvulling op Verslag' met de drie bijlagen ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage ligt voor belanghebbenden. Mr. Krol heeft, niet in haar hoedanigheid van advocaat van de vennootschappen, doch voor zich, de voorzitter van de Ondernemingskamer verzocht een oordeel te vellen over het overleggen van de Aanvulling op Verslag aan de deken inzake een tuchtrechtelijk onderzoek.

De voorzitter van de Ondernemingskamer stelt voorop dat het verzoek van mr. Krol betrekking heeft op dat deel van het onderzoeksverslag dat niet voor eenieder, doch slechts voor belanghebbenden ter inzage ligt. Het primair gedane verzoek van mr. Krol moet worden verworpen, reeds omdat de wet (art. 2:353 lid 3 BW) geen uitzondering maakt voor het doen van mededelingen aan derden in het kader van een tuchtrechtelijk onderzoek als hier aan de orde. Dat die derden – zoals mr. Krol stelt – al op andere gronden een geheimhoudingsverplichting hebben, maakt dat niet anders. Datzelfde geldt voor de omstandigheid dat bij de klacht geen andere partijen dan H c.s. –

die de inhoud van de 'Aanvulling op Verslag' met bijlagen kent – en mr. Krol betrokken zijn. Hierbij is mede in aanmerking genomen dat dat een zich in deze zaak toevallig voordoende omstandigheid is en dat de inhoud van een uitspraak die eventueel volgt op een tuchtrechtelijk onderzoek wel voor derden kenbaar is.

Ten aanzien van het subsidiaire verzoek van mr. Krol oordeelt de voorzitter van de Ondernemingskamer dat zonder nadere toelichting die ontbreekt, niet valt in te zien wat overlegging van de 'Aanvulling op Verslag' bijdraagt aan weerlegging van de gronden van de klacht.

De slotsom is dat het verzoek zal worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-07-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3029

Zaaknummer: 200.073.896 OK

Wetsartikelen: 2:353 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Next Level Systems B.V.

Enquêterecht. Voor ligt een verzoek tot verhoging van het onderzoeksbudget en vaststelling van de vergoeding van de onderzoeker; artikel 2:350 lid 3 BW. Verzoek is tijdig ingediend. Het dient weliswaar hangende het onderzoek te worden gedaan (zie ook Hoge Raad 2 maart 1994, NJ 1994/548), maar het onderzoek neemt pas een einde met nederlegging van het verslag ter griffie. Verweer van de Stichting blijft buiten beschouwing omdat het niet conform artikel 282 lid 1 jo. 278 lid 3 Rv door een advocaat is ingediend. Verwijzing naar Hoge Raad 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7322.

Bij de beschikkingen van 15 en 18 juli 2013 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Next Level Systems B.V. (hierna: NLS) over de periode van 30 november 2011 tot 16 januari 2013, mr. C.F. Mijs benoemd teneinde het onderzoek te verrichten en het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vastgesteld op € 15.000 (excl. BTW). De onderzoeker heeft bij e-mail van 24 juni 2014 de Ondernemingskamer verzocht om het onderzoeksbudget tot een bedrag van € 21.120 (excl. BTW) te verhogen en zijn vergoeding overeenkomstig artikel 2:350 lid 3 BW op dat bedrag te bepalen.

Bij brief van 2 juli 2014 heeft mr. Heere namens Versteeg Beheer verzocht het verzoek tot verhoging van het onderzoeksbudget af te wijzen.

Bij op 3 juli 2014 te 00:02 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen fax heeft Stichting Gemeenschappelijke Organisatie Dienen (hierna: de Stichting), vertegenwoordigd door mr. M.P. Santokhi (hierna: mr. Santokhi), aan de Ondernemingskamer verzocht 'mede namens Neral Beheer B.V. en de heer E.M. Neral' om 'tot procesvertegenwoordiger of gemachtigde voor de behandeling van de hiervoor genoemde zaak' te worden toegelaten, en de Ondernemingskamer bericht dat 'Neral cs. bezwaar (maakt) tegen de declaratie van de Onderzoeker'.

Bij de beoordeling van het verzoek van de onderzoeker laat de Ondernemingskamer het door de Stichting ingediende verweer van 3 juli 2014 buiten beschouwing, reeds omdat het te laat is ingediend en voorts omdat het verweer niet overeenkomstig artikel 282 lid 1 jo. 278 lid 3 Rv door een advocaat is ingediend. De aard van een verzoek van de onderzoeker als hier aan de orde rechtvaardigt een informele toepassing van de uit deze bepalingen voortvloeiende eisen (vgl. Hoge Raad 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7322), zodat de onderzoeker zich naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet hoeft te laten bijstaan door een advocaat. Of ditzelfde geldt voor een belanghebbende die tegen een dergelijk verzoek bezwaar wenst te maken, kan hier in het midden blijven, nu voormelde informele toepassing niet tevens meebrengt dat een verzoek of verweer kan worden ingediend door een gemachtigde, niet zijnde een advocaat.

De bezwaren van Versteeg Beheer tegen een verhoging van het onderzoeksbudget worden door de Ondernemingskamer verworpen.

De Ondernemingskamer verhoogt het bedrag dat het bij de beschikking van 15 juli 2013 in deze zaak bevolen onderzoek ten hoogste mag kosten tot € 21.120 (excl. BTW) en bepaalt de vergoeding van de onderzoeker op € 21.120 (excl. BTW).

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-07-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3084

Zaaknummer: 200.125.548 OK

Wetsartikelen: 2:350 lid 3 BW, 282 lid 1 Rv en 278 lid 3 Rv

RECHTSPRAAK

Favini

Faillissementsrecht. Is vernietiging van een juridische afsplitsing op grond van actio pauliana (art. 42 Fw) mogelijk? Of is men gehouden aan de toets van artikel 2:334u BW? In dat geval is sprake van een exclusief stelsel voor de vernietiging van een splitsing. De Hoge Raad kiest voor deze laatste weg.

Onderhavige zaak draait om de vraag of artikel 2:344u BW er aan in de weg staat om een splitsing op grond van artikel 42 Fw te vernietigen. Eiser in deze zaak is de curator van Favini Meerssen B.V. (hierna: Favini Meerssen). Favini Meerssen is een 100% dochtervennootschap van Favini N.V., die een 100% dochtervennootschap is van Favini Italië. Favini Meerssen dreef een papierfabriek in onroerende goederen aan Weert 78 in Meerssen (hierna: het bedrijfspand). Verweerster in cassatie is Favini Real Estate B.V. (hierna: Favini RE). Favini RE is opgericht bij (af)splitsingen binnen het Favini-concern in december 2005. Favini RE heeft in het kader van splitsing de eigendom van het bedrijfspand verkregen. Per 1 januari 2006 heeft Favini RE het bedrijfspand verhuurd aan Favini Meerssen. Op 18 april 2008 is Favini Meerssen failliet verklaard, met benoeming van mr. Schreurs tot curator. De curator heeft vervolgens aan Favini RE op grond van artikel 42 Fw de nietigheid ingeroepen van de splitsingen binnen het Favini-concern. De curator legt daaraan ten grondslag dat de gezamenlijke schuldeisers door de splitsing geen verhaal meer hebben op het bedrijfspand, terwijl zij dat zonder de splitsing wel zouden hebben gehad.

Het hof heeft geoordeeld dat de (af)splitsing, gelet op artikel 2:334u BW onaantastbaar is geworden, en dus ook niet kan worden vernietigd op grond van de pauliana (art. 42 Fw). Het hof overwoog daarbij dat artikel 2:334u BW een lex specialis inhoudt die het normaliter mogelijke beroep op de pauliana uitsluit.

De Hoge Raad overweegt als volgt. De vernietigingsmogelijkheden van artikel 42 Fw zijn aanzienlijk ruimer dan de beperkte vernietigingsmogelijkheden van artikel 2:334u BW. Een vernietiging op de voet van artikel 42 Fw kan immers buitengerechtelijk plaatsvinden, is niet beperkt tot de in artikel 2:334u BW omschreven situaties en is niet gebonden aan de termijn

van zes maanden. Wanneer zou worden aangenomen dat een splitsing door de curator ook op de voet van artikel 42 Fw kan worden vernietigd, zou de specifieke norm van artikel 2:334u BW dan ook onaanvaardbaar worden doorkruist. De strekking van beide normen (bescherming van schuldeisers tegen rechtshandelingen waardoor schuldeisers worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden) is immers dezelfde, maar de wijze waarop de bescherming plaatsvindt, de voorwaarden die in dit verband worden gesteld, het tijdsbestek waarbinnen de vernietiging mogelijk is en de bescherming van derden in dit verband, is in artikel 2:334u BW telkens anders geregeld dan in artikel 42 Fw. Omdat door toepassing van artikel 42 Fw in gevallen als de onderhavige deze specifieke regels zouden kunnen worden ontgaan, zou aldus afbreuk worden gedaan aan de rechtszekerheid die de regeling voor vernietiging van een splitsing in artikel 2:334u BW beoogt te dienen. Daarom moet worden geoordeeld dat de specifieke norm van artikel 2:334u BW exclusief toepasselijk is.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 20-12-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:2122

Zaaknummer: 12/03271

Wetsartikelen: 42 Fw en 2:334u BW