

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 30, 2014

Nummer 30, 2014

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:2810](#) 19-08-2014

Ergon/X1 en X2

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:2556](#) 05-08-2014

Mayflowerproject

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3078](#) 22-07-2014

Uitkoopprocedure Smartrac

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:4395](#) 20-08-2014

Herenmodezaak q.q./X

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:7048](#) 23-07-2014

Deutsche Bank/Columbus

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:2548](#) 26-03-2014

X/Procap

RECHTSPRAAK

Herenmodezaak q.q./X

De eigenaar en bestuurder van een inmiddels failliete herenmodezaak wordt veroordeeld tot hoofdelijke aansprakelijkheid van het faillissementstekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 jo. 2:10 en 2:394 BW en het feit dat aangenomen wordt dat dat een belangrijke oorzaak vormt voor het faillissement.

In april 2009 is een herenmodezaak, waarvan gedaagde – zowel direct in persoon als indirect via zijn houdstermaatschappij – zelfstandig bestuurder is, failliet verklaard. In de afgelopen twintig jaar zijn diverse jaarrekeningen van de onderneming niet tijdig gedeponeerd en de aangiften omzetbelastingen onjuist of onvolledig ingevuld. De curator vordert bij de rechtbank dat de bestuurder (mede) oorzaak is van het faillissement wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat hij derhalve veroordeeld moet worden tot betaling van het faillissementstekort. Op basis van artikel 2:248 en 2:394 BW staat vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, gelet op de overschrijding van de publicatietermijnen. Naast deze aanname voert de curator meerdere feiten en omstandigheden aan die wijzen op kennelijk onbehoorlijk bestuur. Op grond van eerstgenoemd artikel is de eigenaar dan wel de bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk. Onder andere met verwijzing naar de belastingfraude is de curator van mening dat niet is voldaan aan de boekhoudplicht ex artikel 2:10 BW. Tevens is de eigenaar, volgens de curator, tekortgeschoten in een behoorlijke vervulling van de aan hem opgedragen taken ex artikel 2:9 BW, dan wel is er onrechtmatig jegens de onderneming en diens schuldeisers gehandeld. De bestuurder van de onderneming voert verweer.

De rechtbank oordeelt dat niet is voldaan aan de verplichtingen ex artikel 2:10 en 2:394 BW. Verder oordeelt de rechtbank dat de bestuurderstaak onbehoorlijk is vervuld, hetgeen wordt vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. Geïntimeerde is derhalve hoofdelijk aansprakelijk voor het faillissementstekort. De vordering van de curator zal derhalve worden toegewezen wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 jo. 2:10 en 2:394 BW en het feit dat dat een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-08-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:4395

Zaaknummer: C/08/135642 / HA ZA 13-64

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Ergon/X1 en X2

In onderhavige casus bekrachtigt het hof het bestreden oordeel van de rechtbank. Vorderingen op basis van niet-nakoming van de verbintenis ex artikel 2:9 BW dan wel onrechtmatig handelen worden niet toegewezen, omdat de bestuurder in de gegeven omstandigheden geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.

In eerste aanleg heeft de rechtbank de vorderingen met betrekking tot het toerekenbaar tekortschieten dan wel onrechtmatig handelen afgewezen wegens een onvoldoende onderbouwing dat en tot welke hoogte appellante schade heeft geleden door het handelen van geïntimeerden. De grieven van de vennootschap en appellante strekken ertoe dat zij van mening zijn dat geïntimeerden tekort zijn geschoten in de nakoming van de verbintenis ex artikel 2:9 BW en dat zij onrechtmatig gehandeld hebben door partijen leer te verkopen zonder behoorlijk onderzoek te doen naar de waarde en eigendomsrechten van de partijen. Het hof is echter van mening dat de bestuurder onder de betreffende omstandigheden redelijkerwijs op deze wijze kon handelen. Geïntimeerden kan derhalve geen ernstig verwijt gemaakt worden en dus is de vordering op basis van deze grond niet toewijsbaar. Verder valt niet uit een rechtsregel op te maken dat, nu geïntimeerden in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, beide hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elkaars gedragingen. Er kan ook niet worden gesteld dat geïntimeerde 2 zelfstandig een onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens appellanten. Omdat appellanten dezelfde feiten ten grondslag leggen aan de vordering op grond van onrechtmatige daad als de voormelde vordering op basis van niet-nakoming van de verbintenis ex artikel 2:9 BW, is evenmin sprake van toewijzing van de vordering op basis van onrechtmatige daad.

Derhalve luidt het oordeel van het hof dat het vonnis van de rechtbank dient te worden bekrachtigd. De in het hoger beroep ingebrachte vorderingen van appellanten worden voor het grootste gedeelte afgewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:2810

Zaaknummer: HD 200.113.112_01

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Mayflowerproject

De bestuurders van Stichting Beheer Mayflower Project, de beherend vennoot van Mayfinance C.V., zijn, in het licht van de omstandigheden, terecht ontslagen, nu zij, door zich onvoldoende van hun bestuurstaak te kwijten, in strijd hebben gehandeld met de wet en de statuten en er sprake is van wanbeheer. Het bestuur heeft zijn taken overgelaten aan B, die zich bedient van vele jaren geleden afgegeven algemene volmachten. Deze situatie is te meer onwenselijk omdat B zelf een van de grotere participanten is, zodat een tegenstrijdig belang niet ondenkbeeldig is.

De rechtbank heeft, op verzoek van de participanten in Mayfinance C.V., de bestuurders van diens beherend vennoot, zijnde de Stichting Beheer Mayflower Project, ontslagen, omdat het bestuur zich niet in voldoende mate heeft gekweten van zijn bestuurstaak en aldus heeft gehandeld in strijd met de wet en de statuten en omdat er sprake is van wanbeheer. In hoger beroep is aan de orde of dat oordeel juist is.

De verzoekers hadden nog aangevoerd dat niet is komen vast te staan dat de volmachten een onacceptabele invloed hebben gehad, omdat de onderzoekers hebben aangegeven deze omvang niet te kunnen onderzoeken. De zeer substantiële omvang van de volmachten volgt echter uit het onderzoek van de mediator. Deze volmachten waren bovendien aan de directeur in persoon verleend, en niet aan de directeur als gevolmachtigde van het bestuur. Het argument dat niet gebleken is dat het bestuur niet heeft gehandeld, maar dat zij zich heeft laten knechten door de directie, wordt eveneens verworpen. Vaststaat dat de jaarstukken gedurende vele jaren te laat zijn opgesteld. Op dit punt handelt het bestuur derhalve in strijd met de wet en de statuten. Weliswaar is in de vaststellingsovereenkomst bepaald dat het bestuur (alsnog) zal zorgdragen voor de jaarrekeningen over 2008 en 2009, maar zij is deze afspraak niet nagekomen. Ook over 2006 en 2007 zijn de jaarrekeningen te laat gedeponneerd, hetgeen heeft geresulteerd in aanzienlijke boetes van de IRS. Daarnaast is onzorgvuldig omgesprongen met het in de VS belegde vermogen, waardoor conflicten waren ontstaan en

boetes waren opgekomen die schadelijk waren voor de belangen van de Stichting. Het bestuur was niet op de hoogte van deze boetes. Dat de investeringen (veel) meer waard zijn geworden kan aan de voorgaande punten niet afdoen.

Het hof overweegt allereerst dat het bestaan van een vaststellingsovereenkomst niet in de weg staat aan een verzoek tot schorsing van het bestuur ex artikel 2:298 BW, tenzij beide partijen in de overeenkomst van die bevoegdheid afstand hebben gedaan. Dat is hier niet het geval. Het hof overweegt verder dat een bestuurder kan worden ontslagen indien hij in strijd handelt met de wet, waaronder artikel 2:8 BW en 6:162 BW, of met de statuten, dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer. Bovendien dient het bestuur zich niet alleen te laten leiden door de statuten van de Stichting, maar ook door de statuten van de door haar beheerde vennootschappen, zoals Mayfinance C.V. Het voornaamste verwijt van de participanten jegens het bestuur is dat laatstgenoemde het besturen heeft overgelaten aan B, die vanaf aanvang directeur was. Dit verwijt is, zo is gebleken uit de mondelinge beschikbare informatie, terecht. Deze situatie is te meer onwenselijk omdat B zelf een van de grotere participanten is, zodat het ontstaan van een tegenstrijdig belang niet ondenkbeeldig is. De onwenselijkheid van deze situatie wordt nog versterkt doordat B zich, zonder dat het bestuur daartegen iets onderneemt, bij vergaderingen bedient van vele jaren geleden in algemene bewoordingen opgestelde volmachten. Tot slot is er onenigheid tussen B en de participanten over het doorzetten van het voornemen tot verkoop door de vennootschap van het door haar beheerde project.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 05-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:2556

Zaaknummer: 200.137.502/01

Wetsartikelen: 2:298 BW, 2:8 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Deutsche Bank/Columbus

Bestuurders worden wegens frauduleus, onrechtmatig handelen hoofdelijk veroordeeld tot betaling van de voor de kredietverstrekker ontstane schade. In onderhavig vonnis is, na tussenvonnis, geoordeeld dat sprake is van een causaal verband en dat de totale schade beraamd dient te worden op ruim \$ 8 miljoen.

In tussenvonnis d.d. 1 mei 2013 is overwogen dat de Deutsche Bank een kredietfaciliteit ter beschikking heeft gesteld aan de vennootschappen IRO en Jama. Gedaagden, Columbus en X, zijn daarvoor aansprakelijk gehouden wegens het bestuurderschap van voornoemde vennootschappen uit hoofde van onrechtmatige daad.

De rechtbank beantwoordt de vraag of sprake is van een causaal verband tussen het frauduleus handelen, en dus het onrechtmatig handelen, en de schade die de Bank heeft geleden, bevestigend. Het vereiste causaal verband is daarmee gegeven en derhalve is de beoordeling van de schadeomvang aan de orde. Tevens oordeelt de rechtbank dat de verweren van gedaagden, met name inhoudende dat de Bank een te lage opbrengst uit de faillissementsuitkeringen heeft gegenereerd en dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden, niet opgaan. Dit leidt ertoe dat de verweren niet leiden tot vermindering van het toe te wijzen bedrag. Beide gedaagden zullen hoofdelijk aansprakelijk worden geacht tot betaling van ruim \$ 8 miljoen op grond van artikel 6:102 lid 1 BW.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 23-07-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:7048

Zaaknummer: C/10/392963 / HA ZA 11-2222

Wetsartikelen: 6:162 BW en 6:102 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Uitkoopprocedure Smartrac

In de uitkoopprocedure van Smartrac heeft het deskundigenonderzoek een prijs per aandeel van € 15,75 opgeleverd. OEP Technologies verzoekt de OK de waarde per aandeel op dit bedrag vast te stellen. KP New Multi c.s. hebben echter geconcludeerd tot vaststelling van een prijs per aandeel van € 24,40, aanvoerende (i) dat de verlaging van de prognoses over 2014 niet in de waardering betrokken had mogen worden en (ii) dat de WACC onjuist berekend is. Deze bezwaren worden echter verworpen, nu het onder (i) aangevoerde geen wezenlijke invloed heeft op de waardering en het onder (ii) aangevoerde door de deskundige gemotiveerd is weersproken.

Bij arrest van 10 december 2013 heeft de Ondernemingskamer (OK) op verzoek van OEP Technologies een deskundigenonderzoek bevolen naar de waarde van de over te dragen aandelen van Smartrac. De deskundige heeft Smartrac gewaardeerd per 28 februari 2014 op € 15,75 per aandeel, in een rapport d.d. 15 april. In Appendix D bij het rapport is de waardering geactualiseerd tot 31 maart 2014, als gevolg van het beschikbaar komen van de definitieve prognoses omtrent omzet en EBITDA over 2014. De prijs van € 15,75 bleef hierdoor in stand. OEP heeft vervolgens geconcludeerd primair tot vaststelling van de waarde op € 15,75 per aandeel, en subsidiair tot vaststelling van een door de OK in goede justitie te bepalen prijs. KP New Multi c.s. (gedaagden sub 2 en 3) hebben echter, onder verwijzing naar een presentatie opgesteld door twee van hun adviseurs, geconcludeerd tot vaststelling van een prijs per aandeel op € 24,40. Zij voeren hiertoe aan (i) dat de verlaging van de prognoses over 2014 buiten beschouwing gelaten had dienen te worden en (ii) dat de WACC (Weighted Average Cost of Capital) op 7,9% vastgesteld dient te worden, en niet op 10,5%.

Het hof verwerpt het argument onder (i), omdat dit praktisch geen invloed heeft op de waardering. Inzake (ii) geldt dat de deskundige heeft toegelicht waarom niet kan worden uitgegaan van andere WACC -percentages en/of van wijziging van een component daarin. Deze toelichting komt de OK overtuigend en juist voor. Het had derhalve op de weg van KP

New Multi c.s. gelegen om toe te lichten waarom van de door haar gehanteerde percentages uitgegaan had dienen te worden. Dit hebben zij echter nagelaten.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-07-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3078

Zaaknummer: 200.112.172 OK

Wetsartikelen: 2:92a BW

RECHTSPRAAK

X/Procap

De vordering tot overname ex artikel 2:343 BW kan slechts worden toegewezen indien gedragingen worden aangevoerd die leiden tot de conclusie dat het voortzetten van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden gevergd. Het enkele feit dat het bestuurderschap van eiseres tegen haar wil in wordt beëindigd, kan zwaar meewegen maar is niet afdoende. Overige aangevoerde omstandigheden hebben in casu eveneens niet kunnen leiden tot toewijzing van de vordering tot overname.

Voormalig bestuurder van Procap, eiseres, is op de ava ontslagen als bestuurder. De managementovereenkomst is per vaststellingsovereenkomst beëindigd. In de aandeelhoudersovereenkomst is opgenomen dat, in het geval een aandeelhouder ophoudt bestuurder te zijn, de aandelen verplicht dienen te worden aangeboden. In onderhavige zaak vordert eiseres dan ook hoofdelijke veroordeling van Procap en haar aandeelhouders tot overname van haar aandelen tegen een koopprijs van ruim € 600.000 dan wel tegen een door de rechtbank vast te stellen prijs. Daaraan is ten grondslag gelegd dat eiseres zodanig in haar rechten en belangen wordt geschaad dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van haar kan worden gevergd op grond van artikel 2:343 BW.

De rechtbank oordeelt dat voor de toewijzing van de aandelenvervreemding ex artikel 2:343 BW niet voldoende is dat de bestuurder tegen haar wil is ontslagen, maar dat het slechts een zwaarwegende factor kan vormen naast andere omstandigheden. Hoewel eiseres enkele gedragingen heeft gesteld, met name betrekking hebbend op het vaststellen van lagere beloningen van eiseres, het eenzijdig beëindigen van de managementovereenkomsten en het niet-herstellen van de verhoudingen tussen eiseres en de overige aandeelhouders, die zouden moeten leiden tot toewijzing van de hoofdvordering, oordeelt de rechtbank dat ze niet zodanig in haar rechten of belangen is geschaad dat haar aandeelhouderschap in Procap in redelijkheid niet meer van haar kan worden gevergd.

Derhalve komt de rechtbank tot haar beslissing dat de vorderingen van eiseres dienen te worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 26-03-2014
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:2548
Zaaknummer: C-16-357659 - HA ZA 13-904
Wetsartikelen: 2:343 BW