

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 32, 2014

Nummer 32, 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:2014:2627](#) 05-09-2014

RCI/X

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:3526](#) 09-09-2014

de Tuinders

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:6797](#) 02-09-2014

X B.V./Y

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:6764](#) 02-09-2014

X/Leeuwarder Onderlinge Verzekeringen U.A.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3616](#) 26-08-2014

Jupenpo B.V./Huursnel B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3006](#) 28-07-2014

A, B, C en D/'t Pierement Antiek en Beheer BV en X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:5083](#) 24-06-2014

X/curator

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:3792](#) 03-09-2014

eiseres B.V./gedaagde B.V.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2014:8698](#) 17-06-2014

Kromme Leek en NedAliment Holland B.V./Te & Je Holding B.V.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:9310](#) 08-01-2014

Oosterveld q.q./Exiton Holding

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBHA:2012:5959](#) 12-09-2012

TBE/X en Y

RECHTSPRAAK

de Tuinders

Bestuurdersaansprakelijkheid; bewijswaardering. Uit de getuigenverklaringen blijkt dat de zes Tuinders veel waarde hechtten aan de Kolommenbalans, gecombineerd met de geruststellende mededelingen van appellant daarover. Het hof acht het voldoende aannemelijk dat voor elk van de zes Tuinders geldt dat indien appellant niet was overgegaan tot het verschaffen van de Kolommenbalans met het onjuiste winstcijfer, zij hun leveringen aan Rova niet zouden hebben voortgezet in de periode na 17 februari 2004 en ook niet in de weken 27 tot (en met) 30 van 2004. Nu de zes Tuinders zijn geslaagd in hun bewijslevering, is er sprake van het vereiste conditio sine qua non-verband tussen de onrechtmatige handelwijze van appellant en de schade van de zes Tuinders. Het hof komt tot de slotsom dat appellant in beginsel schadeplichtig is jegens de zes Tuinders. Er is naar het oordeel van het hof evenwel sprake van eigen schuld van de zes Tuinders. Meer informatie is echter nodig.

Onderhavig arrest is een vervolg op het tussenarrest van 16 oktober 2012. Bij dit tussenarrest zijn de Tuinders, geïntimeerden in deze zaak, toegelaten tot het bewijs dat zij, indien appellant niet was overgegaan tot het verschaffen van de Kolommenbalans met het onjuiste winstcijfer, hun leveringen aan Rova niet zouden hebben voortgezet in de periode na 17 februari 2004 en ook niet in de weken 27 tot (en met) 30 van 2004. In het kader van deze bewijsopdracht hebben de Tuinders getuigen doen horen.

Het hof waardeert de getuigenverklaringen als volgt. Anders dan appellant stelt, blijkt uit de getuigenverklaringen van de zes Tuinders, van getuige 10 en van getuige 9 dat de zes Tuinders veel waarde hechtten aan de Kolommenbalans, gecombineerd met de geruststellende mededelingen van appellant daarover. Eveneens blijkt uit de getuigenverklaringen dat dit heeft geleid tot herstel van het vertrouwen bij de betreffende Tuinders, dat zij het komende

oogstseizoen evenals voorgaande jaren betaald zouden krijgen voor de door hen aan Rova geleverde producten. Het hof acht het voldoende aannemelijk dat voor elk van de zes Tuinders geldt dat indien appellant niet was overgegaan tot het verschaffen van de Kolommenbalans met het onjuiste winstcijfer, zij hun leveringen aan Rova niet zouden hebben voortgezet in de periode na 17 februari 2004 en ook niet in de weken 27 tot (en met) 30 van 2004.

Nu de zes Tuinders zijn geslaagd in hun bewijslevering, is er sprake van het vereiste conditio sine qua non-verband tussen de onrechtmatige handelwijze van appellant en de schade van de zes Tuinders. Het hof komt tot de slotsom dat appellant in beginsel schadeplichtig is jegens de zes Tuinders.

Er is naar het oordeel van het hof evenwel sprake van eigen schuld van de zes Tuinders. Het hof overweegt dat de discussie tussen partijen op dit punt nog onvoldoende is uitgekristalliseerd om tot een afgewogen oordeel te komen over de omvang (het percentage) van de vermindering van de vergoedingsplicht van appellant. Het Hof zal de zes Tuinders en appellant in de gelegenheid stellen zich hierover uit te laten. Het hof verwijst de zaak daarom naar de rol van 7 oktober 2014 voor het nemen van een akte door de zes Tuinders en appellant. Het hof houdt iedere verdere beslissing aan.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:3526

Zaaknummer: HD 200.069.622_01

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

RCI/X

In de onderhavige procedure staat de vraag centraal of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt en of het enkele feit dat de bestuurder geen eerste, maar een tweede pandrecht aan een schuldeiser verstrekt, met zich meebrengt dat die schuldeiser schade lijdt. Er wordt, onder verwijzing naar diverse arresten, uitgegaan van een hoge drempel voor de aansprakelijkheid van bestuurders. De Hoge Raad overweegt dat de enkele omstandigheid dat de schuldeiser, anders dan was overeengekomen, geen eerste maar een tweede pandrecht heeft verkregen, evenwel nog niet met zich meebrengt dat hij dientengevolge schade lijdt. De aansprakelijkheid van de bestuurder wordt afgewezen.

X was met zijn echtgenote (middellijk) bestuurder van een aantal Renaultvestigingen en een aantal Nissanvestigingen. Tussen de Renaultvestigingen en ABN Amro Bank is een kredietovereenkomst tot stand gekomen. In dat kader is aan de bank pandrecht en volmacht verleend in een zogenaamde combi-pandakte met volmacht voor voorraden en/of inventaris en/of vorderingen.

RCI maakt deel uit van de Renault S.A.S.-groep, die participeert in de Nissan Motor Corp., die op haar beurt honderd procent aandeelhouder is van Nissan Nederland B.V. RCI heeft mantelovereenkomsten gesloten met zowel de Renaultvestigingen als met de Nissanvestigingen. X heeft deze overeenkomsten ondertekend. In deze overeenkomsten is een eerste pandrecht aan RCI verstrekt. De mantelovereenkomsten zijn geregistreerd bij de Belastingdienst.

In mei 2007 heeft de bank de kredietrelatie met de Nissanvestigingen en de Renaultvestigingen opgezegd en executoriaal pandbeslag gelegd. Een maand daarna heeft ook RCI executoriaal pandbeslag gelegd. Nissan Nederland en Renault Nederland hebben in juni en juli 2007 de dealerrelaties met de Nissanvestigingen en de Renaultvestigingen beëindigd.

De Nissanvestigingen en Renaultvestigingen waren op dat moment een bedrag van € 6.178.225,64 aan RCI verschuldigd. De in pandbeslag genomen voertuigen zijn openbaar verkocht, waarbij de opbrengst voor een bedrag van € 3.202.228,35 is uitgekeerd aan de bank en voor € 1.183.028,35 aan RCI. Vervolgens zijn de Nissanvestigingen en de Renaultvestigingen in staat van faillissement verklaard.

RCI stelt in de onderhavige procedure dat X jegens haar onzorgvuldig heeft gehandeld door namens de Nissanvestigingen en de Renaultvestigingen verplichtingen tot verlening van eerste pandrechten aan te gaan, terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat die vestigingen hieraan niet binnen een redelijke termijn zouden kunnen voldoen en geen verhaal zouden bieden voor de voorzienbare schade die RCI dientengevolge zou lijden. X heeft onder meer het verweer gevoerd dat hij ervan mocht uitgaan dat de door de bank verkregen pandrechten geen betrekking hadden op door derden gefinancierde auto's. De rechtbank heeft dit verweer gehonoreerd en de vordering van RCI afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. De conclusie van A-G Spier strekt tot vernietiging van het arrest.

De Hoge Raad overweegt dat indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, het uitgangspunt is dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast de aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Deze hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (vergelijk HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21).

Het antwoord op de vraag of een bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en de ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder kan onder andere worden aangenomen indien deze bij het aangaan van een verbintenis wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (zie HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*) en HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*)).

Het in het onderhavige geval gemaakte verwijt is, dat X namens de vennootschappen een verplichting is aangegaan, te weten de verplichting tot het verstrekken van een eerste pandrecht aan RCI op de door deze gefinancierde auto's, waarvan hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschappen deze niet zouden kunnen nakomen. Een zodanig verwijt leidt pas tot aansprakelijkheid indien de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de schuldeiser als gevolg van het niet-nakomen van een verplichting schade zou lijden. RCI betoogt dat die schade in dit geval is gelegen in de gevolgen van het verkrijgen van een slechtere zekerheidspositie dan is overeengekomen. De Hoge Raad overweegt dat de enkele omstandigheid dat de schuldeiser, anders dan was overeengekomen, geen eerste maar een tweede pandrecht heeft verkregen, evenwel nog niet met zich meebrengt dat hij dientengevolge schade lijdt. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 05-09-2014

ECLI: ECLI:NL:HR:2014:2627

Zaaknummer: 13/03116

Rechters: F.B. Bakels, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion, M.V. Polak en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: B.T.M. van der Wiel, M.M. Stolp, L. Kelkensberg en L. van den Eshof

RECHTSPRAAK

eiseres B.V./gedaagde B.V.

Benadeling schuldeisers is geen schade voor vennootschap.

Gedaagde is voor dertig procent aandeelhouder in eiseres B.V. De resterende zeventig procent wordt gehouden door een andere besloten vennootschap. Het bestuur van eiseres B.V. wordt ook door deze vennootschappen gevormd.

In onderhavige zaak vordert eiseres B.V. veroordeling van gedaagde tot betaling van een bedrag van € 35.700, vermeerderd met rente en kosten. Ter onderbouwing van haar vordering voert eiseres B.V. aan dat gedaagde op 4 december 2008 een onverschuldigde betaling heeft ontvangen ter hoogte van € 35.700. Gedaagde voert verweer met de stelling dat er voor de betreffende betaling wel een grondslag aanwezig was. Volgens haar betrof dit een opeisbare vordering van € 30.000 aan managementfee over het jaar 2007, vermeerderd met 19% btw (€ 5700).

De rechtbank constateert dat eiseres B.V. het verweer van gedaagde niet (voldoende gemotiveerd) heeft betwist. Derhalve kan niet geconcludeerd worden dat de betaling van een bedrag van € 35.700 is verricht zonder dat daarvoor een rechtsgrond aanwezig was. De vordering is dan ook niet toewijsbaar, voor zover deze op onverschuldigde betaling is gebaseerd.

De rechtbank wijst de vordering af.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 03-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:3792

Zaaknummer: C-16-323108 - HA ZA 12-658

Wetsartikelen: 6:203 BW

RECHTSPRAAK

X/Leeuwarder Onderlinge Verzekeringen U.A.

Het ontslag van de president-commissaris van een verzekeraar wordt aangevochten. In eerste aanleg is het verzoek tot vernietiging van dat besluit afgewezen. In hoger beroep toetst het hof marginaal en oordeelt het dat niet geconcludeerd kan worden dat de ledenraad in redelijkheid niet tot het gewraakte ontslagbesluit heeft kunnen komen. De bestreden uitspraak wordt derhalve bekrachtigd.

Appellant is president-commissaris van de Leeuwarder Onderlinge Verzekeringen (hierna: LOV). Appellant is, op voorstel van de ledenraad, ontslagen als commissaris. Naar aanleiding daarvan heeft appellant en een collega-commissaris de vernietiging gevorderd van de besluiten tot het ontslag van appellant, het niet-herbenoemen van de hierboven genoemde collega-commissaris en het onthouden van decharge aan beide. Daarbij is gevorderd een verklaring voor recht dat de benoeming van de nieuwe commissarissen en de directeur nietig is dan wel ook deze besluiten te vernietigen. De rechtbank heeft slechts het besluit vernietigd dat strekte tot het niet-verlenen van decharge aan appellant en heeft de collega-commissaris niet-ontvankelijk verklaard. De grieven richten zich tegen de afwijzing van de vorderingen tot vernietiging van het besluit om appellant als commissaris te ontslaan.

Het hof oordeelt, op basis van vaste jurisprudentie, dat het slechts mag overgaan tot een marginale toetsing van het bestreden besluit. De grieven van appellanten houden onder meer in dat de rechtbank in eerste aanleg de bevoegdheden van het bestuur en de raad van commissarissen heeft verwisseld, dat de dragende overweging van de rechtbank niet op de feiten is gebaseerd en dat de rechtbank heeft geoordeeld dat uit niets is gebleken dat de ledenraad misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid. Alle grieven stuiten af, omdat geoordeeld wordt dat niet geconcludeerd kan worden dat de ledenraad niet tot het gewraakte ontslagbesluit heeft kunnen komen.

De beslissing van het hof strekt derhalve tot bekrachtiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:6764

Zaaknummer: 200.100.229-01

Wetsartikelen: 2:14 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

X B.V./Y

Hoger beroep ingesteld door een schuldeiser van een failliete vennootschap naar aanleiding van een afgewezen vordering tot een verklaring voor recht dat de bestuurder van de failliete vennootschap aansprakelijk is voor de geleden schade. De vordering is in hoger beroep alsnog gedeeltelijk toegewezen ten aanzien van een aantal onbetaald gebleven facturen, omdat de bestuurder dienaangaande een ernstig verwijt gemaakt kan worden.

Appellante verzorgde de administraties van diverse vennootschappen, waarvan geïntimeerde (middellijk) bestuurder was. Laatstgenoemde deelde appellante mee dat, door de overname van andere vennootschappen, de werkzaamheden zouden worden overgenomen door de boekhouder van het nieuw te creëren concern. De facturen met een totaalbedrag van bijna € 10.000, opgesteld ten behoeve van boekhoudkundige werkzaamheden ten aanzien van de administratieoverdracht, zijn echter onbetaald gebleven, terwijl het concern failliet is verklaard in juli 2012.

In eerste aanleg heeft appellante een verklaring voor recht wegens onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:9 BW, onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW dan wel een persoonlijke toezegging tot nakoming van geïntimeerde gevorderd. De kantonrechter heeft echter geoordeeld tot afwijzing van de vordering, omdat de norm op grond van artikel 2:9 BW slechts ziet op interne aansprakelijkheid en omdat er onvoldoende feiten zijn gesteld om te concluderen dat geïntimeerde wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschappen niet aan hun verplichtingen zouden kunnen voldoen, waardoor onrechtmatig handelen in de zin van schending van de Beklamel-norm niet gebleken is. Tegen de beslissing van de rechtbank ten aanzien van de tweede grondslag voert appellante aan dat geïntimeerde diverse opdrachten heeft verstrekt, terwijl hij op dat moment wist dat de activiteiten van de vennootschap zouden worden overgeheveld en behoorde te weten dat de vennootschappen hun verplichtingen niet konden nakomen.

Het hof oordeelt dienaangaande dat slechts dan sprake is van onrechtmatig handelen van de

bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap, mede gelet op zijn verplichting tot behoorlijke taakuitoefening ex artikel 2:9 BW, indien de bestuurder een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ten aanzien van opdrachten om de jaarrekeningen 2011 op te stellen, is een dergelijk verwijt te maken, omdat geïntimeerde op grond van financiële gegevens wist dan wel behoorde te weten dat hij hieraan niet zou kunnen voldoen. Voor het overige slaagt het hoger beroep niet. Het hof oordeelt dienaangaande dat, zelfs indien juist is dat geïntimeerde vanaf het najaar 2011 op de hoogte was van betalingsonmacht, dan nog zonder toelichting niet valt in te zien dat en waarom geïntimeerde persoonlijk aansprakelijk zou zijn, omdat er geen afzonderlijke opdrachten zijn gegeven en dus geen nieuwe verbintenissen zijn aangegaan. Het hoger beroep slaagt derhalve voor een hoofdsom van € 2677,50, maar faalt voor het resterende deel.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:6797

Zaaknummer: 200.132.190

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Jupenpo B.V./Huursnel B.V.

Naar aanleiding van een enquêteverzoek is bij wijze van voorlopige voorziening een commissaris benoemd die toezicht kan houden op de gang van zaken en kan bemiddelen bij het beëindigen van het aandeelhouderschap van de voormalig bestuurder.

Jupenpo heeft de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Huursnel over de periode vanaf september 2013, alsmede bij wijze van onmiddellijke voorziening onder meer A en B te schorsen als bestuurder van Huursnel en het besluit tot ontslag van Jupenpo als bestuurder van Huursnel te vernietigen. Jupenpo heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en dat onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Onder meer is daaromtrent aangevoerd dat het ontslag van Jupenpo niet is toegelicht en A en B Jupenpo proberen te dwingen tot overdracht van haar aandelen in Huursnel. Daarbij is volgens Jupenpo haar managementvergoeding onbetaald gelaten. Dit alles is door Huursnel betwist. Zij voert aan dat er geen gronden zijn om te twijfelen aan een juist beleid, noch voldoende zwaarwegende redenen om onmiddellijke voorzieningen te treffen.

Ten aanzien van het door Huursnel aangevoerde verweer dat Jupenpo voor het eerst bezwaren op 2 juli 2014 tegen het beleid naar voren heeft gebracht en daarmee niet ontvankelijk is wegens het bepaalde ex artikel 2:349 BW, oordeelt de OK dat dit verweer geen doel treft. Gezien de mailcontacten en vermelde beslagen en bodemprocedures moet geacht worden dat Huursnel al langere tijd op de hoogte moet zijn van (een deel van) de bezwaren. Hoewel de financiële gang van zaken en het onbetaald laten van de management fee-vergoedingen niet leiden tot twijfel aan het beleid van Huursnel, oordeelt de OK dat het betrekken van (een) derde(n) bij een intern conflict en de ernstig verstoorde verhoudingen tussen aandeelhouders waarbij de vennootschap is betrokken, vragen oproept. Dat laatste leidt tot de conclusie dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid van Huursnel.

Derhalve komt de OK tot het oordeel dat bij wijze van onmiddellijke voorziening een

commissaris wordt benoemd die toezicht kan houden op de gang van zaken van Huursnel en die door middel van een minnelijke regeling het aandeelhouderschap van Jupenpo kan beëindigen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3616

Zaaknummer: 200.151.769 OK

Wetsartikelen: 2:349 BW

RECHTSPRAAK

A, B, C en D/'t Pierement Antiek en Beheer BV en X

Nazaten vorderen een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen de onderneming na het overlijden van hun vader. Verzoekers wensen een snelle liquidatie van de vennootschap en met name een snelle verkoop van het onroerend goed, zodat zij hun opeisbare vorderingen op F kunnen incasseren. De belangen van F en E worden juist gediend met een aanpak die erop gericht is een zo hoog mogelijke verkoopopbrengst te realiseren, zodat er, na voldoening van de vorderingen van verzoekers, nog middelen overblijven als oudedagvoorziening voor F en voor E in de vorm van haar nalatenschap. De Ondernemingskamer is van oordeel dat dit tegenstrijdig belang de vennootschap in beginsel niet regardeert en wijst de vordering tot het instellen van een onderzoek af.

't Pierement is op 30 maart 1999 opgericht door G. Hij was tot zijn overlijden enig bestuurder en enig aandeelhouder van 't Pierement. 't Pierement heeft volgens haar statuten onder andere tot doel 'de handel in curiosa en antiquiteiten' en 'het beleggen van vermogen in registergoederen'. G was gehuwd met H. Zij is overleden. Zij hebben samen vijf kinderen: A, B, C, D (verzoekers) en I. Nadat het huwelijk met H door echtscheiding was ontbonden, is G gehuwd met F. Zij hebben samen een zoon: E. Na het overlijden van G in november 2004 is F enig bestuurder van 't Pierement geworden. In maart 2010 is F getroffen door een beroerte. Vanaf april 2010 is E – naast F – zelfstandig bevoegd bestuurder van 't Pierement. Bij beschikking van 6 juli 2012 heeft de Rechtbank Leeuwarden E ontslagen als bewindvoerder en bepaald dat CSI bevoegd is alle taken te verrichten die behoren tot uitoefening van het bewind over de gelden en goederen van F. Verzoekers hebben bij verzoekschrift de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van 't Pierement en bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding F en E te schorsen als bestuurders van 't Pierement en een onafhankelijke derde als bestuurder te benoemen; althans F te schorsen als bestuurder en een onafhankelijke derde te benoemen als medebestuurder naast E

en te bepalen dat E niet langer zelfstandig bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen en zodanige voorzieningen te treffen als de Ondernemingskamer geraden acht.

De bezwaren van verzoekers hangen samen met een tegenstrijdig belang tussen F als aandeelhouder van 't Pierement en haar zoon E als haar potentiële erfgenaam enerzijds en verzoekers anderzijds. Verzoekers wensen een snelle liquidatie van de vennootschap en met name een snelle verkoop van het onroerend goed, zodat zij hun opeisbare vorderingen op F kunnen incasseren. De belangen van F en E worden juist gediend met een aanpak die erop gericht is een zo hoog mogelijke verkoopopbrengst te realiseren, zodat, na voldoening van de vorderingen van verzoekers, nog middelen overblijven als oudedagvoorziening voor F en voor E in de vorm van haar nalatenschap. De Ondernemingskamer is van oordeel dat dit tegenstrijdig belang de vennootschap in beginsel niet regardeert. Voor zover verzoekers menen dat het belang van E – en ook dat van F – in strijd komt met het belang van de vennootschap dat hij als haar bestuurder heeft te dienen, geldt dat niet is gebleken dat E dit tegenstrijdige belang uit het oog heeft verloren.

Partijen zijn het erover eens dat de onderneming van de vennootschap moet worden geliquideerd en dat daartoe het onroerend goed moet worden verkocht, maar zij verschillen met name van mening over het tempo. Niet gezegd kan worden dat de keuzes van E te dien aanzien onjuist of onredelijk zijn en in strijd met de belangen van 't Pierement

De Ondernemingskamer stelt vast dat 't Pierement voor het besluit om externe financiering voor de renovatie van het pand te Leiden aan te trekken, op grond van artikel 12 lid 5 van de statuten jo. het Besluit van 1 oktober 2009 goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig had en de pandhouders voorafgaand aan dit besluit had moeten informeren. De Ondernemingskamer beschouwt deze schending van dit voorschrift als een incident en acht het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders niet zo ernstig, dat daaraan in het kader van deze enquêteprocedure gevolgen dienen te worden verbonden.

Ook de overige stellingen van verzoekers zijn onvoldoende voor gegronde twijfel aan het beleid van 't Pierement. De slotsom is dat de Ondernemingskamer geen onderzoek zal bevelen. Daarbij gaat de Ondernemingskamer ervan uit dat E zich houdt aan de verplichting om de besluiten, als bedoeld in de lijst van het Besluit van 1 oktober 2009, aan de algemene vergadering van aandeelhouders (derhalve aan Brinks), ter goedkeuring voor te leggen en dat hij de pandhouders adequaat blijft informeren. Het voorgaande brengt mee dat de verdere verweren niet meer aan de orde hoeven te komen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 28-07-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3006

Zaaknummer: 200.142.230/01 OK

Wetsartikelen: 2:344 e.v. BW

RECHTSPRAAK

X/curator

Centraal staat de vraag of rechtshandelingen van gefailleerde op grond van artikel 42 en 47 Fw kunnen worden vernietigd.

X is middellijk bestuurder van A. B.V. X verrichtte onder meer (advies)werkzaamheden voor A. B.V. en heeft uit dien hoofde bedragen aan A. B.V. gedeclareerd. Daarnaast heeft hij diverse andere kosten gedeclareerd. Relevant is dat de zoon van X in dienst was bij A B.V. en uit dien hoofde salaris van A B.V. ontving. Vanaf de oprichting tot haar faillissement had A. B.V. slechts één opdrachtgever.

Op 13 oktober 2010 is A. B.V. op eigen aangifte failliet verklaard met aanstelling van de curator. De curator heeft de arbeidsovereenkomsten met de zoon van X en de zogenaamde overeenkomsten tot advisering op grond van artikel 42 Faillissementswet vernietigd. X is daarbij gesommeerd een bedrag van € 62.588 aan de boedel te betalen. De zoon is gesommeerd om een bedrag van € 12.313 aan de boedel te betalen in verband met aan hem onverschuldigd betaald salaris.

De rechtbank heeft X in eerste aanleg veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 45.544 en heeft de arbeidsovereenkomsten vernietigd.

Ten aanzien van de op grond van artikel 42 Fw vernietigde arbeidsovereenkomsten en de vordering van de curator uit dien hoofde, overweegt het hof dat X geen partij is bij die overeenkomsten. Dat waren immers de zoon van X en A B.V.

Ten aanzien van de vordering in verband met de vernietiging van de 'adviesovereenkomsten' heeft X zich verweerd met de stelling dat in juni 2009, na de oprichting en bij het aangaan van de adviesovereenkomst, A B.V. nog geen schuldeisers had. Volgens X is derhalve niet voldaan aan het vereiste van wetenschap van benadeling van schuldeisers als bedoeld in artikel 42 Fw.

De curator heeft hiertegen betoogd dat de adviesovereenkomst kort voor datum faillissement met terugwerkende kracht zou zijn aangegaan. Het hof volgt de curator hier echter niet in. Omdat in dat verband niet vaststaat dat de overeenkomst is ingegaan binnen een jaar voorafgaand aan het faillissement, gaat het door de curator ingeroepen bewijsvermoeden niet

op. De curator heeft de benadeling en de wetenschap van benadeling overigens niet (voldoende) onderbouwd.

De laatste betaling die onder de adviesovereenkomst aan X is voldaan, betrof het gehele saldo op de rekening van A B.V. Deze betaling is volgens de curator gedaan nadat het faillissement was aangevraagd. Het hof overweegt dat het hier gaat om een opeisbare schuld en derhalve moet worden getoetst aan artikel 47 Fw. De curator heeft onvoldoende gesteld om zijn vordering op grond van artikel 47 Fw te laten slagen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-06-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:5083

Zaaknummer: 200.098.181-01

Wetsartikelen: 42 FW en 47 FW

RECHTSPRAAK

Kromme Leek en NedAliment Holland B.V./Te & Je Holding B.V.

Verzoek machtiging voor het bijeenroepen van een algemene vergadering van aandeelhouders afgewezen. Bijeenroepen vergadering op dit moment prematuur geoordeeld.

Verzoekster in deze zaak is Te & Je Holding B.V.; verweersters zijn NedAliment Holland B.V. (hierna: 'de vennootschap') en Kromme Leek B.V. Verzoekster houdt 51 procent van de aandelen in de vennootschap en Kromme Leek houdt 49 procent van de aandelen in de vennootschap. Verzoekster heeft op 15 mei 2014 een verzoekschrift ingediend strekkende tot verkrijging van een machtiging voor het bijeenroepen van een algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap met als agendapunten onder meer de schorsing van Kromme Leek als statutair bestuurder en benoeming van twee additionele statutaire directeurs. Kromme Leek heeft op 2 juni 2014 een verweerschrift ingediend tegen het verzoekschrift. De vennootschap heeft ter zitting laten weten dat zij zich volledig aansluit bij hetgeen in dat verweerschrift is opgenomen.

De voorzieningenrechter roept allereerst in herinnering dat het verzoek gebaseerd is op artikel 2:220 BW. Een dergelijk verzoek kan worden toegewezen als verzoekster aannemelijk maakt dat:

- a) zij het vereiste bedrag, zijnde 1/10e deel van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt;
- b) zij, onder nauwkeurige opgave van de te behandelen onderwerpen, haar verzoek tot bijeenroeping van een buitengewone aandeelhoudersvergadering reeds aan het bestuur heeft gericht;
- c) het bestuur aan dit verzoek geen gevolg heeft gegeven;
- d) zij een redelijk belang heeft bij het verzoek.

Tussen partijen is niet in geschil dat is voldaan aan de hierboven onder a en c genoemde voorwaarden. Door Kromme Leek en de vennootschap is aangevoerd dat verzoekster de te

behandelen onderwerpen onvoldoende nauwkeurig heeft omschreven. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de onderwerpen op zichzelf voldoende nauwkeurig omschreven zijn, zodat niet reeds op die grond aanleiding bestaat om het verzoek af te wijzen. Bij de beantwoording van de vraag of verzoekster een redelijk belang heeft als bedoeld onder d) moeten de belangen van verzoekster enerzijds en die van verweerster anderzijds worden afgewogen. Daarbij dienen de voorgestelde agendapunten in aanmerking te worden genomen. In dat kader komt de door Kromme Leek en de vennootschap opgeworpen vraag aan de orde of verzoekster mag volstaan met het agenderen van de zogenoemde bestuurswisselbesluiten zonder daarbij aan te geven welke nieuwe directeuren zij wenst te benoemen.

Ter zitting is gebleken dat partijen inmiddels zijn overeengekomen een onderzoek te laten verrichten door een extern accountant naar de door Kromme Leek opgegeven cijfers van de vennootschap. Zij hebben pas een dag voor de zitting overeenstemming bereikt over de inhoud van de opdracht aan de accountant. Dit onderzoek moet derhalve nog worden verricht. Het komt de voorzieningenrechter voor dat verzoekster eerst aan de hand van de uitkomsten van dat onderzoek dient te bezien of de bij haar bestaande twijfels over het functioneren van [naam 3] als directeur van de vennootschap terecht zijn alvorens een vergadering wordt bijeengeroepen. Hierbij speelt mee dat verzoekster als meerderheidsaandeelhouder in de vergadering een doorslaggevende stem heeft ten aanzien van besluiten tot schorsing van de huidige directeur, de benoeming van twee nieuwe statutaire directeuren en statutenwijziging. Bovendien heeft verzoekster niet de namen opgegeven van de nieuw te benoemen statutair directeuren en heeft zij desgevraagd ter zitting verklaard dat het voor haar nog niet mogelijk is om die namen te geven. Zolang op dit punt geen duidelijkheid bestaat, is het voor de vennootschap en Kromme Leek niet mogelijk om zich (gedurende een redelijke termijn) te beraden op dit punt.

De voorzieningenrechter is daarom van oordeel dat het op dit moment bijeenroepen van een algemene aandeelhoudersvergadering prematuur is, waardoor niet kan worden gezegd dat verzoekster bij haar verzoek een redelijk belang heeft. Derhalve wijst de voorzieningenrechter het verzoek af.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 17-06-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2014:8698

Zaaknummer: C14/14/154361 KV RK 14-176

Wetsartikelen: 2:220 BW

RECHTSPRAAK

Oosterveld q.q./Exiton Holding

Uitgangspunten aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 1 BW, alsmede behandeling van de weerlegging van de bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW.

In de onderhavige procedure vordert de curator om gedaagden (Exiton Holding B.V. en A) hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een bedrag van de schulden in het faillissement, althans gedaagden hoofdelijk te veroordelen om aan de curator te betalen een bedrag van € 220.000. Aan haar vordering legt de curator ten grondslag dat gedaagden als bestuurders van gefailleerde wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur op grond van artikel 2:248 lid 1 BW hoofdelijke aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap, omdat niet is voldaan aan de publicatieverplichtingen van artikel 2:394 BW in het jaar 2009. Hierbij beroept de curator zich op het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. Exiton Holding wordt als bestuurder van gefailleerde aangesproken en A wordt, mede op grond van artikel 2:11 BW, in privé aangesproken. Daarnaast heeft de curator gesteld dat gedaagden een voorstel hebben gedaan om een agio-uitkering te doen, dan wel niets in het werk hebben gesteld om dit besluit te voorkomen en hebben meegewerkt aan de uitvoering dan wel zelf uitvoering hebben gegeven aan het agio-besluit. De curator stelt dat het nemen van het agiobesluit en betaling daarvan in het licht van de slechte financiële stand van zaken niet verantwoord was en dat de vennootschap hierdoor ernstig werd benadeeld.

De rechtbank neemt met betrekking tot het beoordelingskader ten aanzien van kennelijk onbehoorlijk bestuur het volgende tot uitgangspunt. Op grond van artikel 2:248 lid 1 BW is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taken kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Op grond van artikel 2:248 lid 2 BW staat, als het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 2:10 BW of 2:394 BW, onweerlegbaar vast dat het bestuur zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Weerlegbaar wordt vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Voor het ontzenuwen van het in artikel 2:248 lid 2 BW

neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling belangrijke oorzaken van het faillissement zijn geweest (HR 20 oktober 2006, *JOR* 2006/288). Als de bestuurder een van buitenkomende oorzaak stelt en de bestuurder door de curator wordt verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan dient de bestuurder feiten en omstandigheden te stellen waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Slaagt de bestuurder daarin, dan ligt het op de weg van de curator op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (HR 30 november 2007, *JOR* 2008, 29).

In het onderhavige geval staat vast dat de jaarrekening over 2009 niet tijdig is gedeponerd. Hiermee staat vast dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur van Exiton Holding, waarvoor A hoofdelijk aansprakelijk is op grond van artikel 2:11 BW. Ter weerlegging van het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW heeft A aangevoerd dat het niet-tijdig deponeren geen belangrijke oorzaak van het faillissement oplevert. Het faillissement zou zijn veroorzaakt door externe omstandigheden. De in dat kader door A aangevoerde externe feiten en omstandigheden zijn onvoldoende door de curator weersproken. A heeft daarmee voldoende ontzenuwd dat de kennelijk onredelijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Niettemin is de rechtbank van oordeel dat de curator op grond van artikel 2:248 lid 1 BW voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Dit betreft het tweede verwijt van de curator jegens gedaagde, te weten dat zij het agio-besluit hebben genomen en daarmee de gezamenlijke crediteuren in hun verhaalsmogelijkheden hebben benadeeld. De rechtbank gaat uitvoerig in op de feiten en omstandigheden omtrent de agio-uitkering, welke feiten en omstandigheden tot de conclusie leiden dat Exiton Holding als bestuurder van de vennootschap haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld door medewerking te verlenen aan de agio-uitkering. Op grond van artikel 2:11 BW werkt deze aansprakelijkheid door naar A als bestuurder van Exiton Holding.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 08-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2014:9310

Zaaknummer: 441656 HA ZA 13-460

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:11 BW, 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

TBE/X en Y

Bestuurdersaansprakelijkheid indien de bestuurder bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of er niet aan behoefde te twijfelen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de derde ten gevolge van die wanprestatie zou lijden (HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286), dan wel indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 18 februari 2000, NJ 2000/295). Met betrekking tot de tweede categorie overweegt de rechtbank dat het voorzienbaar was dat, mocht een bepaalde overeenkomst worden uitgevoerd omdat niet alle appartementen waren verkocht, de vennootschap onvoldoende liquide middelen zou hebben om vorderingen van crediteuren te voldoen. Dit, samen met diverse andere door de rechtbank geschetste omstandigheden, leidt tot de conclusie dat een redelijk handelen bestuurder een dergelijke rechtshandeling niet zou verrichten. X kan zich niet aan de hieruit voortvloeiende aansprakelijkheid onttrekken door te verwijzen naar het feit dat hij zich uitvoerig heeft laten adviseren. De gevolgen van de adviezen komen voor rekening van risico van X.

TBE is een samenwerkingsverband van architecten. Gedaagden hebben in 1992 Tomorrow Holding B.V. opgericht. Tomorrow Holding heeft een perceel met een daarop gebouwd bedrijfspand gekocht en is ter zake een hypothecaire geldlening aangegaan. Kort daarna hebben gedaagden het juridisch eigendom van de onroerende zaak van Tomorrow Holding

gekocht tegen tien procent van de totale waarde van die onroerende zaak en is er ten behoeve van Tomorrow Holding een vruchtgebruik op de onroerende zaak gevestigd. Eind 1994 hebben gedaagden het economisch recht op het vruchtgebruik van Tomorrow Holding overgenomen en het juridische vruchtgebruik bij Tomorrow Holding gelaten.

Omstreeks 2002 hebben gedaagden advies ingewonnen bij onder meer TBE omtrent het verbouwen van de onroerende zaak. TBE heeft geadviseerd de onroerende zaak te slopen en vervolgens een nieuwbouwproject te ontwikkelen. Voor dit nieuwbouwproject heeft X de vennootschap Asturias B.V. opgericht, welke vennootschap een overeenkomst met TBE is aangegaan op grond waarvan TBE de appartementen zou ontwikkelen. In 2008 is Asturias failliet verklaard

In het onderhavige geschil vordert TBE betaling van onder meer een bedrag van € 52.725. Primair legt TBE aan haar vordering jegens X ten grondslag dat X als bestuurder van Asturias toerekenbaar onrechtmatig jegens TBE heeft gehandeld in de zin van artikel 6:162 BW door namens Asturias een overeenkomst met TBE aan te gaan, zonder Asturias te voorzien van een door voldoende zekerheden gedekte tegenprestatie, terwijl op voorhand vaststond dat de opbrengsten van het bouwproject niet in het vermogen van Asturias zouden vallen. Voorts stelt TBE dat X ten onrechte omvangrijke privékosten ten laste van Asturias heeft gebracht en dat X zich schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige selectieve betaling. TBE stelt dat geen redelijk, in het belang van de vennootschap handelend bestuurder een dergelijke constructie zou aangaan, en dat X, gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW aldus een persoonlijk, ernstig verwijt treft, waardoor TBE is benadeeld.

Aan haar vordering jegens Y legt TBE primair ten grondslag dat Y op vergelijkbare wijze als X heeft toegelaten dat de schuldeisers van Asturias werden benadeeld en daarvan heeft geprofiteerd, dan wel dat Y geprofiteerd heeft van het onrechtmatig handelen van X.

De rechtbank overweegt dat van belang is dat een bestuurder naast de vennootschap aansprakelijk kan zijn indien de vennootschap haar verplichtingen jegens die derde niet nakomt wanneer de bestuurder namens de vennootschap heeft gehandeld, wetende dat de vennootschap niet zal nakomen en evenmin verhaal zou bieden, dan wel dat de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of eerder aangegane contract redelijk verplichtingen niet nakomt.

In de eerste categorie gevallen wordt bestuurdersaansprakelijkheid aangenomen wanneer de bestuurder in kwestie bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of er niet aan behoefde te twijfelen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn,

aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de derde ten gevolge van die wanprestatie zou lijden (HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286).

Voor de tweede categorie gevallen kan bestuurdersaansprakelijkheid worden aangenomen indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 18 februari 2000, *NJ* 2000/295).

De rechtbank overweegt dat het nieuwbouwproject in opzet voldoende rendabel was en dat het ook op grond van de feitelijke kosten in ruime mate rendabel was, maar dat de winstgevendheid sterk is verslechterd door onvoldoende verkoop tijdens de bouwperiode en onterechte extra kosten. Ook op basis van andere omstandigheden is geen grond voor de conclusie dat X bij het aangaan van de overeenkomst wist of er niet aan behoefde te twijfelen dat Asturias TBE niet zou kunnen betalen. Er is derhalve geen sprake van aansprakelijkheid als bedoeld in de eerste categorie.

Met betrekking tot de tweede categorie overweegt de rechtbank dat het voorzienbaar was dat, mocht een bepaalde overeenkomst worden uitgevoerd omdat niet alle appartementen waren verkocht, Asturias onvoldoende liquide middelen zou hebben om vorderingen van crediteuren als TBE te voldoen. Dit, samen met diverse andere door de rechtbank geschetste omstandigheden, leidt tot de conclusie dat een redelijk handelend bestuurder een dergelijke rechtshandeling niet zou verrichten. X kan zich niet aan de hieruit voortvloeiende aansprakelijkheid onttrekken door te verwijzen naar het feit dat hij zich uitvoerig heeft laten adviseren. De gevolgen van de adviezen komen voor rekening van X.

TBE heeft onvoldoende onderbouwd dat Y onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. Het toelaten door Y van onrechtmatige benadeling van schuldeisers van Asturias door X is op zichzelf niet onrechtmatig, ook niet indien Y zich van de onrechtmatige gedraging bewust is geweest en daarvan heeft geprofiteerd, nu dit afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval (HR 23 december 2005, *NJ* 2006/33).

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 12-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBHA:2012:5959

Zaaknummer: 188704/HA ZA 12-29

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW