

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 11, 2015

Nummer 11, 2015

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:2015:1050](#) 24-03-2015

Trofin B.V./X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:2172](#) 24-03-2015

X/Y

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:651](#) 11-02-2014

X/Volkswagen Bank

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480](#) 25-03-2015

Janssen-van Kesteren q.q./X

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:3452](#) 17-03-2015

Boskalis Holding BV/Fugro NV

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:1932](#) 11-03-2015

Afbouw Coördinatie Nederland B.V./X

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:1510](#) 11-03-2015

XO Home

RECHTSPRAAK

Janssen-van Kesteren q.q./X

Aansprakelijkheid van feitelijk beleidsbepaler. Werknemer heeft zich zodanig intensief bezig gehouden met de bedrijfsvoering van The 5 c.s. dat hij in die periode in belangrijke mate de zeggenschap over de vennootschappen heeft gehad en het beleid (mede) heeft bepaald. Daarbij overweegt de rechtbank dat het voor het aanmerken als feitelijk beleidsbepaler niet noodzakelijk is dat de werknemer de formeel bestuurder volledig terzijde heeft gesteld. Ook in het geval dat hij samen met de formeel bestuurder het beleid heeft bepaald of op een deelterrein het beleid heeft bepaald kan sprake zijn van feitelijk beleidsbepaler.

De curator is benoemd in het faillissement van drie vennootschappen, een uitzendbureau, een reisbureau en een groothandel ('The 5 c.s.'). Bestuurder en enig aandeelhouder van The 5 c.s. is The 5 Holding B.V ('Holding'). Y was op 17 december 2013 bestuurder van Holding. Gedagde in conventie, eiser in reconventie ('X') heeft in 2003 een arbeidsovereenkomst met The 5 c.s. gesloten. Namens The 5 c.s. is de overeenkomst ondertekend door Y. Uit gespreknotities van de curator blijkt dat X binnen The 5 c.s. als hoofd sales fungeerde.

De curator vordert in conventie dat de rechtbank X veroordeelt tot betaling aan de curator van het volledige tekort in de faillissementen van The 5 c.s. De curator legt aan haar vorderingen ten grondslag dat X feitelijk bestuurder is van The 5 c.s. en dat hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, zodat hij op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk is voor het tekort in de faillissementen van The 5 c.s.

X vordert in reconventie dat de rechtbank alle door de curator ten laste van hem gelegde conservatoire (derden)beslagen opheft en de curator veroordeelt om op straffe van een dwangsom de faillissementsverslagen te rectificeren, zodat daar waar de naam van X staat vermeld, dit wordt vervangen door 'een werknemer'. X legt hieraan ten grondslag dat de faillissementsverslagen onjuiste passages over hem bevatten. Er wordt de indruk gewekt dat er

een verband zou bestaan tussen hem en mogelijke fraude bij The 5 Uitzendbureau. De curator handelt hiermee in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betamelijk is. X en de curator voeren over en weer verweer.

De rechtbank beoordeelt de vraag of X feitelijk beleidsbepaler van The 5 c.s. was in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. De curator heeft een aantal omstandigheden naar voren gebracht waaruit naar haar mening volgt dat X feitelijk beleidsbepaler was, onder andere dat X degene is geweest die bij de behandeling van het faillissementsverzoek en tijdens de eerste bespreking bij de curator het woord heeft gevoerd, hoewel Y ook aanwezig was, en dat X tijdens het verhoor bij de rechter-commissaris heeft verklaard dat het beleid van de ondernemingen werd bepaald door vier personen onder wie hijzelf. De curator trekt hieruit de conclusie dat, hoewel Y op papier bestuurder was, in werkelijkheid het bestuur uit vier personen bestond, waarbij X de doorslaggevende stem had.

X heeft als verweer aangevoerd dat hij niet een zodanige machtspositie had dat hij het bestuur (mede) bepaalde. Hij had geen formele volmacht op grond waarvan hij de onderneming mocht vertegenwoordigen. Naar zijn mening moet rekening worden gehouden met het feit dat hij als werknemer in een leidinggevende functie een groot aantal taken en bevoegdheden had en beslissingen heeft genomen. Wat betreft de verklaring van Y bij de rechter-commissaris moet rekening worden gehouden met het feit dat Y als enig bestuurder een groot eigen belang had om zijn eigen handelen te bagatelliseren. Afgezien daarvan kan uit de verklaring van Y niet worden afgeleid dat X Y als bestuurder feitelijk terzijde heeft gesteld, wat een essentiële voorwaarde is voor het aannemen van feitelijk leiderschap in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.

De rechtbank is van oordeel dat het verweer van X onvoldoende weerlegt dat hij als feitelijk beleidsbepaler optrad. De bemoeienissen van X strekten veel verder dan bij een werknemer in een leidinggevende functie gebruikelijk is. Ook naar de buitenwereld, waaronder de Belastingdienst, presenteerde X zich als beleidsbepaler. Ook voor de werknemers was X het aanspreekpunt en niet Y, zoals blijkt uit de door de curator overgelegde verklaring van een werknemer.

Het voorgaande leidt volgens de rechtbank tot het oordeel dat X, al dan niet samen met andere bestuurders, zich zodanig intensief heeft beziggehouden met de bedrijfsvoering van The 5 c.s. dat hij in die periode in belangrijke mate de zeggenschap over de vennootschappen heeft gehad en het beleid (mede) heeft bepaald. Daarbij overweegt de rechtbank dat het voor het aanmerken als feitelijk beleidsbepaler niet noodzakelijk is dat X Y als formeel bestuurder volledig terzijde heeft gesteld. Ook in het geval dat X samen met Y het beleid heeft bepaald (tijdens de wekelijkse vergaderingen) of X op een deelterrein het beleid heeft bepaald (zoals in de contacten met de Belastingdienst) kan sprake zijn van feitelijk beleidsbepaler.

De rechtbank is dan ook van oordeel dat X als feitelijk beleidsbepaler moet worden aangemerkt. Hiermee wordt toegekomen aan de beoordeling van de vraag of het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De curator heeft onbetwist aangevoerd dat zij niet of nauwelijks administratie heeft ontvangen. Hiermee staat vast dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn boekhoudverplichting. Eveneens staat vast dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting tijdig de jaarrekening over 2010 te deponeren. Ingevolge artikel 2:248 lid 2 BW heeft het bestuur zijn taak dan ook onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ook op X als feitelijke bestuurder rustten de verplichtingen, voortvloeiende uit artikel 2:10 en 2:394 BW (Hoge Raad 23 november 2001, *NJ* 2002/95). Verweren van X worden door de rechtbank als onvoldoende onderbouwd terzijde gesteld.

De rechtbank wijst de vordering van de curator toe en wijst de vordering van X in reconventie af.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 25-03-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:2480

Zaaknummer: C/14/153952 HA ZA 14-146

Rechters: Th.S. Röell, M.C. Schenkeveld en H.E. van Erp-van Harten

Advocaten: M.J. Tops en A.R. van Dolder

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Trofin B.V./X

Trofin spreekt haar voormalig bestuurder aan op grond van (o.m.) artikel 2:9 BW. Het hof acht echter geen van de verwijten voldoende ernstig om aansprakelijkheid van de ex-bestuurder tegenover de BV aan te nemen. De verwijten zien op verzaking van de administratieplicht van artikel 2:10 BW, niet-tijdige openbaarmaking van de jaarrekening in de zin van artikel 2:394 BW, het besturen van een andere vennootschap en het zichzelf in een gunstiger positie brengen van de bestuurder ten koste van de vennootschap. De vraag of het debiteurenbeheer zodanig onvoldoende is geweest dat een bestuurder een (voldoende ernstig) verwijt kan worden gemaakt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Hetzelfde geldt voor de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt voor het niet deponeren van de jaarrekening. Het hof komt tot de conclusie dat in onderhavige casus van een ernstig verwijt geen sprake is.

X is in de periode van 1 april 2006 tot 2 juli 2009 statutair bestuurder geweest van Trofin. Op 1 juli 2009 heeft Trofin haar activa verkocht aan Three Rivers Management, waarbij X in dienst is getreden.

Trofin heeft in eerste aanleg gevorderd dat de rechtbank voor recht zal verklaren dat X in haar taakvervulling als bestuurder van Trofin is tekortgeschoten, dat deze tekortkoming aan X is te wijten en dat X daarvoor aansprakelijk is. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis de vordering afgewezen omdat, voor zover er fouten zijn gemaakt, die fouten niet aan X kunnen worden verweten of geen ernstig verwijt opleveren in de zin van artikel 2:9 BW.

Trofin vordert in dit hoger beroep dat het hof het vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, voor recht zal verklaren dat X in haar taakvervulling van bestuurder van Trofin is tekortgeschoten, dat deze tekortkoming aan haar is te wijten en dat zij ter zake deze

tekortkoming aansprakelijk is jegens Trofin. Daarnaast vordert Trofin dat het hof X zal veroordelen tot betaling van de schade van Trofin. X heeft de grieven bestreden.

Met haar eerste vier grieven komt Trofin op tegen het oordeel van de rechtbank dat X geen ernstig verwijt kan worden gemaakt wat betreft de overtreding van artikel 2:10 lid 1 BW.

Trofin stelt dat de aandeelhouder van Trofin van X heeft verlangd dat zij rekening en verantwoording zou afleggen ten aanzien van de (salaris)administratie, facturering en debiteurenbeleid. De rechtbank heeft volgens Trofin daarom ten onrechte geconcludeerd dat niet is gebleken dat er op enig moment door Trofin aan X vragen zijn gesteld, dan wel terugkoppeling heeft plaatsgevonden met betrekking tot een onjuiste administratie of facturering. Volgens het hof heeft X in eerste aanleg voldoende gesteld dat zij wel degelijk het gevraagde inzicht heeft verschaft, hetgeen Trofin onvoldoende heeft betwist. Voor zover Trofin heeft willen stellen dat de administratie van Trofin in het algemeen niet op orde was, is die stelling enkel onderbouwd met een verwijzing naar een overgelegde conceptjaarrekening waarin is vermeld dat de administratieve organisatie ontoereikend is. X heeft daarop gesteld dat het voornaamste probleem het gebrek aan aansluiting met eerdere jaren was, waarover geen jaarrekeningen waren opgesteld. Volgens het hof heeft Trofin dit onvoldoende gemotiveerd betwist, waardoor er niet van een ernstig verwijt kan worden gesproken. Deze grief faalt.

Het feit dat X overuren, voorschotten en bonussen heeft uitgekeerd zonder dat de aandeelhouder Holding B.V. daarvan op de hoogte is gesteld, kan volgens het hof niet tot aansprakelijkheid leiden, nu Trofin aan X finale kwijting heeft verleend. Gesteld noch gebleken is dat Trofin zich ter zake bepaalde rechten heeft voorbehouden. Zij kan wat dit betreft niet via een andere grondslag (i.c. de weg van bestuurdersaansprakelijkheid) op een en ander terugkomen. De grief faalt.

Ook wat betreft de vierde grief van Trofin, dat sprake is van een ernstig verwijt omdat X een onvoldoende debiteurenbeheer heeft gevoerd, oordeelt het hof dat deze faalt. Het antwoord op de vraag of het debiteurenbeheer zodanig onvoldoende is geweest dat een bestuurder een (voldoende ernstig) verwijt kan worden gemaakt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Hierbij zijn in elk geval van belang de aard en hoeveelheid van de klanten die hun rekening onbetaald lieten ten opzichte van de hoeveelheid klanten die hun rekeningen tijdig betaalden, als ook het antwoord op de vragen of de opgelopen schulden nog zijn afbetaald en of er schade is geleden doordat bijvoorbeeld vorderingen zijn verjaard. Volgens het hof heeft Trofin onvoldoende cijfermatige onderbouwing en inzicht in het klantenbestand verschaft waaruit het hof zou kunnen concluderen dat sprake was van onvoldoende debiteurenbeheer. Trofin had moeten wijzen op de nadelige gevolgen van onvoldoende inzicht in de inbaarheid

van de vorderingen.

De vijfde grief van Trofin ziet op het feit dat X de jaarrekeningen over 2004 en 2005 niet heeft gedeponereerd. Volgens het hof faalt ook deze grief. In artikel 2:248 lid 2 BW is weliswaar onder meer bepaald dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan de tijdige openbaarmaking van de jaarrekening, het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Daarmee is gegeven dat niet tijdige openbaarmaking als ernstig moet worden gekwalificeerd. Ook hier geldt volgens het hof, dat het antwoord op de vraag of dit verzuim van X ten opzichte van Trofin als ernstig verwijt kan worden gekwalificeerd, afhangt van alle omstandigheden van het geval. Het hof acht hier van belang dat ten tijde van het aantreden van X op 1 april 2006 de laatste door Trofin gedeponeerde jaarrekening de jaarrekening 2001 betrof. Verder dient te worden meegewogen dat is gesteld noch gebleken dat Trofin op enige wijze schade heeft geleden doordat de jaarrekeningen 2004 en 2005 niet openbaar zijn gemaakt, nu uit een enkele niet-openbaarmaking van de jaarrekening niet voortvloeit dat mogelijk schade is geleden noch dat aannemelijk is dat schade is geleden. Al met al is volgens het hof onvoldoende gesteld ter onderbouwing dat X een ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat de jaarrekeningen 2004 en 2005 niet tijdig zijn openbaar gemaakt.

Met haar zevende grief voert Trofin aan dat zij wel aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van opzet aan de zijde van X om zichzelf in een gunstiger positie te brengen. Had X dat nagelaten, dan was de opbrengst van de verkoop aan Three Rivers Management hoger geweest, aldus Trofin. Trofin heeft in hoger beroep echter niet bestreden dat de verkoopprijs is gebaseerd op de toekomstige omzet. Trofin heeft evenmin voldoende onderbouwd gesteld dat zij door de door haar omschreven feiten, die haar bekend waren toen zij haar onderneming te koop zette, werd gedwongen om op een andere wijze de verkoopprijs te berekenen. Gelet daarop heeft Trofin onvoldoende het causaal verband tussen de door haar gestelde feiten en de hoogte van de verkoopprijs onderbouwd. Daarom faalt ook deze grief, aldus het hof.

Nu de grieven falen, is niet komen vast te staan dat voor zover aan X verwijten kunnen worden gemaakt, dit zodanig ernstige verwijten zijn dat die kunnen leiden tot aansprakelijkheid van haar als bestuurder van Trofin. Gelet daarop heeft de rechtbank op goede gronden de vordering tot het bepalen van de schade nader op te maken bij staat afgewezen, zodat ook de achtste grief van Trofin faalt.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 24-03-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1050

Zaaknummer: HD200.091.017_02

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:10 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

De eenmanszaak van appellant is opgegaan in door appellant nieuw opgerichte vennootschappen. In geschil is of appellant, na inbreng van de eenmanszaak in de vennootschappen, hoofdelijk aansprakelijk is naast deze vennootschappen. Het hof overweegt dat voor contractsovernemings een akte tussen de overdragende en overnemende partij vereist is. Een verklaring tot contractsovername kan echter in iedere vorm geschieden en tevens in gedragingen besloten liggen. Geïntimeerde was volgens het hof op de hoogte van de inbreng van de eenmanszaak in de vennootschappen, waardoor er in casu sprake is van contractsovername. Het hof oordeelt dat appellant slechts aansprakelijk is voor de betaling van de facturen die zien op werkzaamheden die zijn verricht ten behoeve van de eenmanszaak. Voor zover de werkzaamheden zijn verricht ten behoeve van de nieuw opgerichte vennootschappen is appellant niet aansprakelijk.

X, eigenaar van een eenmanszaak, heeft aan Y onder meer een schriftelijke samenstellingsopdracht voor de jaarrekening over 2006 verstrekt. De eenmanszaak is vervolgens opgegaan in de door X nieuw opgerichte vennootschappen X2 en X3. Naar aanleiding van de uitgevoerde werkzaamheden heeft Y diverse facturen verzonden aan de nieuw opgerichte vennootschappen. Omdat X deze facturen onbetaald liet, hebben partijen een betalingsregeling afgesproken voor het openstaande bedrag van ruim € 7000.

Y heeft in eerste aanleg onder meer gevorderd X, X2 en X3 hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het nog openstaande bedrag. X2 heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen. Voorts heeft X2 een reconventionele vordering ingesteld en gevorderd dat de kantonrechter Y veroordeelt tot betaling van een bedrag van bijna € 4000. De kantonrechter heeft de vordering van Y toegewezen en X2 veroordeeld tot betaling van het

nog openstaande bedrag. De vordering in reconventie is afgewezen.

In hoger beroep is uitsluitend nog in geschil of X, naast de vennootschappen X2 en X3, moet worden beschouwd als opdrachtgever voor de werkzaamheden. X heeft gesteld dat die werkzaamheden zijn verricht in opdracht en voor rekening van de vennootschappen en niet voor hem in privé en dat er geen reden is om hem hiervoor naast de vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk te houden. Hij voert hiertoe aan dat met de inbreng van de eenmanszaak in X2 de overeenkomst tussen X en Y mee is overgegaan. Y heeft deze overdracht geaccepteerd en haar medewerking verleend door werkzaamheden te gaan verrichten voor X2 en X3, deze vennootschappen facturen te sturen en met de vennootschappen een betalingsregeling overeen te komen.

Het hof overweegt dat geen sprake is van contractsovername. Dat is namelijk een driezijdige rechtshandeling en het is niet gesteld of gebleken dat een akte is opgemaakt tussen de overdragende en de overnemende partij. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of sprake is van contractsovername in die zin dat Y – na inbreng van de eenmanszaak in de vennootschappen X2 en X3 – haar werkzaamheden in opdracht en voor rekening van X2 en X3 zou gaan verrichten in plaats van voor X. Volgens artikel 3:37 BW kunnen verklaringen, waaronder mededelingen zijn inbegrepen, in iedere vorm geschieden en in gedragingen besloten liggen. Y was volgens het hof op de hoogte van de inbreng van de eenmanszaak in X2, waardoor zij wist dat het belang van X bij de overeenkomst was komen te vervallen. Daarbij geeft Y aan dat X2 en X3 feitelijk opdrachtgevers zijn, de facturen aan deze vennootschappen zijn gezonden en met deze vennootschappen een betalingsregeling is getroffen. Het hof is van oordeel dat daarin besloten ligt dat tussen partijen contractsovername heeft plaatsgehad en dat X2 en X3, en niet langer X, na inbreng van de eenmanszaak als contractspartij van Y hadden te gelden. Dit leidt ertoe dat X niet is gehouden de facturen die betrekking hebben op X2 en X3 te voldoen. Voor zover werkzaamheden door Y zijn verricht ten behoeve van de eenmanszaak, blijft X wel aansprakelijk voor betaling van de facturen.

Omdat Y heeft gesteld dat het grootste deel van de uitgevoerde en gefactureerde werkzaamheden ziet op de eenmanszaak, wordt X in de gelegenheid gesteld zich daarover uit te laten. Het hof verwijst de zaak naar een nieuwe rol.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-03-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:2172

Zaaknummer: 200.120.726-01

Wetsartikelen: 3:37 BW

RECHTSPRAAK

Boskalis Holding BV/Fugro NV

Boskalis kan, als aandeelhouder van meer dan drie procent van het kapitaal, op grond van artikel 2:114a BW met recht verlangen dat tijdens de eerstvolgende algemene vergadering een bepaalde beschermingsconstructie onderwerp van gesprek vormt. Vaststaat dat Fugro zich daartoe bereid heeft verklaard en dus in zoverre bereid was aan het verzoek gehoor te geven. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter behoeft het bestuur evenwel geen gevolg te geven aan het verzoek van Boskalis om een concept-aanbeveling in stemming te brengen. De voorzieningenrechter stelt het in stemming brengen van de aanbeveling op één lijn met het in stemming brengen van een 'besluit', waarbij het bestuur wordt opgedragen – kort gezegd – de onderhavige beschermingsconstructie te beëindigen. Evident is dat Boskalis beoogt met de aanbeveling druk uit te oefenen op het bestuur van zijn bevoegdheden gebruik te maken in de door Boskalis gewenste zin. Die bevoegdheid komt Boskalis niet toe, aldus de voorzieningenrechter.

Fugro N.V. ('Fugro') is een beursgenoteerde onderneming. De aandelen van Fugro zijn genoteerd in de vorm van certificaten van aandelen. De eerstkomende algemene vergadering van aandeelhouders van Fugro ('de Algemene Vergadering') vindt plaats in april 2015. Boskalis Holding B.V. ('Boskalis') houdt een belang van meer dan twintig procent in Fugro.

Op grond van artikel 2:114a lid 7 en lid 8 BW en de statuten van Fugro heeft een aandeelhouder met een belang van meer dan drie procent het recht een verzoek tot agendering in te dienen voor de Algemene Vergadering in de vorm van een met redenen omkleed verzoek of een voorstel tot een besluit.

Boskalis heeft bezwaar tegen een van de door Fugro ingestelde beschermingsconstructies,

waarbij twee in Curaçao gevestigde dochtervennootschappen van Fugro aan de Stichting Continuïteit Fugro een calloptie hebben verleend om preferente beschermingsaandelen te verkrijgen ('de Antilliaanse Beschermingsconstructie').

Boskalis vordert in dit kort geding (i) Fugro te bevelen het door Boskalis voorgestelde agendapunt ter stemming op te nemen in de agenda van de Algemene Vergadering van 30 april 2015 en (ii) Fugro te bevelen de door Boskalis aangeleverde toelichting bij dit agendapunt op te nemen in de toelichting bij de agenda van de Algemene Vergadering. Fugro bestrijdt dat haar bestuur daartoe gehouden is.

Als uitgangspunt in deze zaak geldt dat de Algemene Vergadering niet in de statuten de bevoegdheid is toegekend het bestuur van Fugro aanwijzingen te geven over algemene lijnen van het te voeren beleid, laat staan dat haar een statutair instructierecht is toegekend, dat immers naar huidig NV-recht wettelijk niet toegekend kan worden (art. 2:129 lid 4 BW).

De voorzieningenrechter overweegt dat tijdens de parlementaire behandeling van het voorgestelde artikel 2:114a BW van regeringszijde duidelijk is gemaakt dat het bestuur geen gevolg hoeft te geven aan een verzoek een voorstel in stemming te brengen dat – bij aanname – ertoe zou leiden dat de aandeelhouders zich begeven in het domein dat in de vennootschappelijke organisatie is voorbehouden aan het bestuur, waartoe in het bijzonder de strategie van de onderneming behoort.

In dit geval verlangt Boskalis dat de Antilliaanse Beschermingsconstructie in de Algemene Vergadering aan de orde wordt gesteld én dat er vervolgens een stemming plaatsvindt over een door haar geformuleerde aanbeveling. Volgens de voorzieningenrechter formuleert deze aanbeveling een niet voor misverstand vatbare wens van de aandeelhouders om te komen tot 'ontmanteling' van de beschermingsconstructie door besluiten van het bestuur (en de raad van commissarissen). Daarmee wordt het terrein van de door het bestuur te bepalen strategie betreden.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter behoeft het bestuur geen gevolg te geven aan het verzoek van Boskalis om een concept-aanbeveling in stemming te brengen. De voorzieningenrechter stelt het in stemming brengen van de (concept-)aanbeveling op één lijn met het in stemming brengen van een 'besluit', waarbij het bestuur wordt opgedragen – kort gezegd – de Antilliaanse Beschermingsconstructie te beëindigen.

Dat een aanbeveling door het bestuur kan worden genegeerd, omdat een aanbeveling geen rechtsgevolg heeft in de vennootschapsrechtelijke organisatie acht de voorzieningenrechter niet doorslaggevend. Evident is dat Boskalis, mede gezien de toonzetting van de aanbeveling, beoogt met de aanbeveling druk uit te oefenen op het bestuur van zijn bevoegdheden gebruik

te maken in de door Boskalis gewenste zin. Die bevoegdheid komt Boskalis niet toe. Daarbij neemt de voorzieningenrechter de ratio van artikel 2:114a BW in ogenschouw. Die ratio is kennelijk de mogelijkheid tot dialoog tussen kapitaalverschaffers en ondernemingsleiding te vergroten en Fugro handelt in overeenstemming daarmee.

Ten slotte merkt de voorzieningenrechter op dat voor zover geoordeeld zou moeten worden dat Fugro op grond van de letter van de wet gehouden zou zijn een door Boskalis gewenste aanbeveling in beginsel in stemming te brengen, dan geldt dat het in de bijzondere omstandigheden die zich hier voordoen, maar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) onaanvaardbaar zou zijn dat Boskalis gebruikmaakt van de op grond van de wet toegekende bevoegdheid deze concept-aanbeveling in stemming te doen brengen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 17-03-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:3452

Zaaknummer: C/09/484302 / KG ZA 15-310

Wetsartikelen: 2:114a BW en 2:129 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Afbouw Coördinatie Nederland B.V./X

Bestuurdersaansprakelijkheid. Naar het oordeel van de rechtbank is niet vast komen te staan dat de indirect bestuurder (gedaagde) een verplichting is aangegaan terwijl hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Dat oordeel steunt op de veronderstelling dat partijen er bij het sluiten van de overeenkomst van uitgingen dat de uit te keren provisies de maandelijks uit te keren vergoedingen zouden overtreffen, waardoor met de overeenkomst een zeker investeringsrisico gemoeid was. Eiser heeft onvoldoende onderbouwd haar stelling dat gedaagde bij het aangaan van de overeenkomst had moeten of kunnen voorzien dat meer voorschotten zouden worden ontvangen dan er provisie zou worden gerealiseerd, aldus de rechtbank. Op de hoogte zijn van een mogelijk risico leidt niet zomaar tot aansprakelijk.

Afbouw Coördinatie Nederland B.V. ('ACN') is een aannemingsbedrijf. Project B.V. ('Project') houdt zich bezig met projectinrichting. Project wordt bestuurd door Holding X ('Holding'). Gedaagde is enig aandeelhouder en bestuurder van Holding. Project heeft in samenwerking met ACN een project uitgevoerd. ACN en Project hebben ter vastlegging van deze samenwerking een overeenkomst gesloten. ACN heeft die overeenkomst opgezegd.

ACN heeft Project en Holding gedagvaard en terugbetaling gevorderd van uitgekeerde voorschotten verminderd met uitgekeerde provisie. Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis heeft de kantonrechter Project veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 35.000, en de vordering jegens Holding afgewezen. ACN heeft geprobeerd dit vonnis ten uitvoer te leggen, maar volgens de deurwaarder was er geen actief aanwezig in Project. In dit geding vordert ACN gedaagde te veroordelen tot betaling van € 35.000.

ACN grondt haar vordering op onrechtmatige daad. Ter onderbouwing hiervan wordt gesteld dat gedaagde, als indirect bestuurder, feitelijk leidinggevende en enig functionaris van Project, behoorde te voorzien dat Project meer voorschotten ontving dan zij aan provisie zou gaan verdienen. Gedaagde had voor de hierdoor ontstane terugbetalingsverplichting een voorziening behoren te treffen of moeten besluiten geen voorschotten meer aan te nemen. Door dat na te laten heeft hij de situatie gecreëerd dat een terugbetalingsverplichting van Project ontstond waarvan hij behoorde te weten dat die niet kon worden nagekomen. Volgens artikel 2:11 BW rust de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is.

Bij de beoordeling stelt de rechtbank voorop dat een bestuurder in beginsel niet in privé kan worden aangesproken voor handelen of nalaten van een vennootschap. Van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad kan slechts sprake zijn wanneer de bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Een voldoende ernstig verwijt zal een bestuurder onder meer treffen als hij een verplichting is aangegaan terwijl hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden die zijn handelwijze rechtvaardigen of verontschuldigen (de zogeheten Beklamel-norm).

Volgens vaste jurisprudentie dient terughoudendheid betracht te worden bij de beoordeling of de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap niet (binnen redelijke termijn) aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en dat de vennootschap geen verhaal zou bieden. De wetenschap van een risico dat de vennootschap een bepaalde verplichting niet zal kunnen nakomen en vervolgens geen verhaal voor de schade zal bieden, is niet zonder meer voldoende voor het aannemen van aansprakelijkheid van de bestuurder als het risico zich vervolgens verwezenlijkt. Anders gezegd: de risico's die Project heeft gelopen, kunnen – binnen zekere grenzen – niet voor rekening van gedaagde worden gebracht, alleen omdat gedaagde van die risico's op de hoogte was of op de hoogte kon zijn. Dat is pas anders als gedaagde wist of had behoren te voorzien dat het risico verkeerd zou uitpakken en dat Project dan geen verhaal zouden bieden, aldus de rechtbank.

Volgens de rechtbank is niet vast komen te staan dat gedaagde een verplichting is aangegaan terwijl hij redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Daartoe wordt onder meer overwogen dat de terugbetalingsverplichting en de provisie, in samenhang bezien, erop wijzen dat met de overeenkomst een zeker investeringsrisico gemoeid was, zowel van de kant van ACN als van de kant van Project. Tegen die achtergrond heeft ACN onvoldoende onderbouwd

haar stelling dat gedaagde bij het aangaan van de overeenkomst had moeten voorzien dat Project meer voorschotten zou ontvangen dan er provisie zou worden gerealiseerd. Daarnaast is niet in geschil dat gedaagde zich vanaf het moment van sluiten van de overeenkomst voltijds heeft beziggehouden met acquisitiewerkzaamheden ten behoeve van ACN, zodat niet valt in te zien hoe gedaagde een ernstig verwijt gemaakt kan worden.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 11-03-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:1932

Zaaknummer: C/10/456344 / HA ZA 14-804

Rechters: T. Boesman

Advocaten: R.A. van Huussen en A. Speksnijder

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

XO Home

Bestuurdersaansprakelijkheid. Het feit dat de vennootschap in 2007 en 2008 een negatief eigen vermogen had, naast het feit dat de vennootschap kennelijk nog tot maart 2013 operationeel kon zijn, is volgens de rechtbank onvoldoende om aan te nemen dat de bestuurder had kunnen of moeten voorzien dat de vennootschap de litigieuze verplichtingen niet zou kunnen nakomen. De schuldeiser heeft daarnaast geen andere feiten of omstandigheden gesteld die aannemelijk maken dat de bestuurder enig ernstig persoonlijk verwijt kan treffen.

X is middellijk bestuurder van XO Home B.V. ('XO Home') en wordt in deze zaak door Beheersmaatschappij Alwin B.V. ('Alwin') aangesproken uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Alwin vordert, kort gezegd, betaling van de hoofdsom (€ 1.132.918). X vraagt de rechtbank in voorwaardelijke reconventie de gelegde conservatoire derdenbeslagen en het beslag op zijn woning op te heffen en subsidiair Alwin te verplichten de gelegde conservatoire derdenbeslagen op zijn bancaire tegoeden en op zijn woning op te heffen, op straffe van een dwangsom van € 5000 per dag.

Op 30 oktober 2007 zijn volgens Alwin afspraken gemaakt met betrekking tot het herfinancieren van Deco Trading Holland B.V. ('Deco'). XO Home zou zowel de aandelen van de bestaande aandeelhouders van Deco als de bestaande vorderingen van die aandeelhouders en de Rabobank op Deco overnemen en vervolgens 'additioneel geld inbrengen in Deco'. Onder meer dit laatste wordt door X betwist.

XO Home is – volgens Alwin – vanaf begin 2008 de onderneming van Deco gaan exploiteren.

Voor de overname van de huurlocaties, de outlets, de goodwill, de voorraad en de werknemers zou nog geen vergoeding zijn betaald. Alwin heeft XO Home in rechte aangesproken 'tot betaling van schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie en onrechtmatige daad', maar XO Home heeft niets betaald en is op 27 maart 2013 failliet gegaan. Alwin heeft gecedeerd

gekregen: alle vorderingen die Deco (inmiddels ook failliet) kan doen gelden jegens XO Home en/of haar voormalig (indirect) bestuurders en/of aandeelhouders uit welke bestaande andere hoofde ook.

De stellingen van Alwin komen er in wezen alle op neer dat X, in zijn hoedanigheid van (indirect) bestuurder van XO Home, jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld in de zin van artikel 6:162 BW door, kort gezegd, na te laten ervoor te zorgen dat XO Home haar verplichtingen, die zij op 30 oktober 2007 jegens Alwin is aangegaan, nakwam. Volgens de rechtbank is op basis van het verslag van de bespreking d.d. 30 oktober 2007 niet evident dat XO Home zich heeft verplicht de genoemde aandelen en aandeelhoudersleningen over te nemen. Het door Alwin aangeboden bewijs wordt door de rechtbank gepasseerd. Er is in dat verband dus (ook) geen grond voor bestuurdersaansprakelijkheid.

Alwin heeft X ook aangesproken voor twee andere – volgens Alwin – door XO Home onbetaald gelaten vorderingen en heeft aangeboden die vorderingen nader te bewijzen (het betreft onder meer een door Alwin overgenomen rekening-courantvordering). De rechtbank passeert dat bewijsaanbod, omdat X – als bestuurder – voor (het onbetaald blijven van) die vorderingen niet aansprakelijk kan worden gehouden. De rechtbank stelt daarbij voorop dat het uitgangspunt is dat enkel de XO Home aansprakelijk is voor de door Alwin gestelde schade. Voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder, naast de vennootschap, gelden hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Onder verwijzing naar HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22, HR 5 september 2015 (bedoeld is 2014), *NJ* 2015/21 en HR 6 februari 2015, *ECLI:NL:HR:2015:246* wordt overwogen dat enkel onder bijzondere omstandigheden, naast aansprakelijkheid van de vennootschap, ruimte is voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap en dat hiervoor vereist is dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt kan worden.

De rechtbank overweegt dat, ondanks het negatieve eigen vermogen van XO Home in 2007 en 2008 – wat volgens Alwin meebracht dat voor X voorzienbaar was dat XO Home de verplichtingen die zij in oktober 2007 op zich nam, niet zou kunnen nakomen – niet is gebleken dat direct daarna en als direct gevolg hiervan XO Home niet meer in staat was haar opeisbare verplichtingen na te komen. XO Home kon gedurende langere tijd daarna doorgaan dankzij groepsfinanciering. De rechtbank constateert dat XO Home in 2007 en 2008 bepaalde openstaande schulden van Deco heeft betaald en acht voldoende aannemelijk dat XO Home in staat was de schulden waarover getwist wordt, te voldoen. Het feit dat de vennootschap in 2007 en 2008 een negatief eigen vermogen had, naast het feit dat XO Home kennelijk nog tot maart 2013 operationeel kon zijn, is volgens de rechtbank onvoldoende is om aan te nemen dat X had kunnen of moeten voorzien dat XO Home zekere verplichtingen die hun oorzaak zouden hebben in op 30 oktober 2007 gemaakte afspraken, niet zou kunnen nakomen. Alwin

heeft daarnaast geen andere feiten of omstandigheden gesteld die aannemelijk maken dat X enig ernstig persoonlijk verwijt kan treffen.

De rechtbank wijst om die reden de vorderingen van Alwin in conventie af en wijst de voorwaardelijke vordering in reconventie van X toe, met veroordeling van Alwin in de kosten van het geding.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 11-03-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:1510

Zaaknummer: C/o8 150169 HAZA 14-20

Rechters: J.M. van de Wall Bake

Advocaten: F.M. Verburg en J. van der Hel

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Volkswagen Bank

Het hof concludeert dat ABH op het moment van verkoop niet meer waard was dan € 1 en dat ABH op het moment dat de leaseovereenkomsten werden aangegaan niet of nauwelijks meer actief was. Dat ABH in het verleden een jaaromzet van ruim € 500.000 heeft gehad, maakt dit niet anders. Het hof overweegt dat X bij het namens ABH aangaan van de onderhavige leaseovereenkomsten vlak vóór de overdracht van de aandelen ABH wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden en aldus onrechtmatig handelde jegens Volkswagen. Bij gebrek aan een voldoende betwisting van hetgeen door Volkswagen is gesteld, wordt aan het door X gedane (tegen)bewijsaanbod niet toegekomen.

Onderhavige zaak betreft het hoger beroep van het door de Rechtbank 's-Gravenhage (sector kanton, locatie Den Haag) gewezen vonnis van 23 augustus 2012 tussen X tegen Volkswagen Bank GmbH ('Volkswagen'). Aan de orde is de vraag of X als bestuurder van Advies Bouw Haaglanden B.V. ('ABH') onrechtmatig heeft gehandeld jegens Volkswagen wegens niet-nakoming door ABH van de leaseovereenkomsten.

X was tot 28 april 2011 enig bestuurder en enig aandeelhouder van ABH. Als bestuurder van ABH heeft X financial leaseovereenkomsten gesloten met Volkswagen met betrekking tot drie auto's. Geen enkele leasetermijn is betaald. Op 21 april 2011 heeft X alle aandelen ABH verkocht aan D, welke bij notariële akte zijn geleverd op 28 april 2011. D kocht deze vermeend lege B.V. voor een symbolische euro. Kort na levering van de aandelen zijn de auto's op naam van drie natuurlijke personen gesteld door wijzigingen van de tenaamstelling. Koper D bleek niet op de hoogte van de leaseovereenkomsten en voormelde gang van zaken, maar had in de akte onder andere verklaard (door middel van volmacht aan de notaris) 'de bijbehorende voertuigen met sleutels, reserve sleutels, pasjes, administratieve bescheiden zoals schriftelijke

leasecontracten en eigendomspapieren [ontvangen] te hebben'. D heeft deze zaken echter feitelijk nooit ontvangen.

Op grond van toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van de leaseovereenkomsten door ABH, respectievelijk onrechtmatig handelen van X als bestuurder van ABH jegens Volkswagen zijn door de rechtbank bij verstek – kort gezegd – zowel ABH als X hoofdelijk veroordeeld alle leasetermijnen te betalen. Het daaropvolgende verzet is ongegrond verklaard. De grieven richten zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat X namens ABH verplichtingen is aangegaan die niet konden worden nagekomen.

Onder verwijzing naar HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*) overweegt het hof dat bij benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaald blijven van diens vordering, naast de aansprakelijkheid van de vennootschap ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen moet de bestuurder een voldoende ernstig verwijt (art. 2:9 BW) gemaakt kunnen worden. De aansprakelijkheid bij het eerste geval kan worden aangenomen wanneer de bestuurder bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze 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 ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden.

Evenals het geval was in eerste aanleg, weet X zijn weersprekingen in hoger beroep niet te onderbouwen. In het bijzonder wordt niet duidelijk welke vermogensbestanddelen in ABH aanwezig waren. Ook heeft X verzuimd voldoende concreet te stellen dat de vermogensbestanddelen waarover ABH volgens hem beweerdelijk beschikte, ook voldoende mogelijkheden tot verhaal zouden hebben geboden bij niet-nakoming van de leaseovereenkomsten. Het hof concludeert dan ook dat ABH op het moment van verkoop niet meer waard was dan € 1 en dat ABH op het moment dat de leaseovereenkomsten werden aangegaan niet of nauwelijks meer actief was. Dat ABH in het verleden een jaaromzet van ruim € 500.000 heeft gehad, brengt volgens het hof niet met zich mee dat ABH op het moment van het aangaan van de leaseovereenkomsten voldoende in staat moest worden geacht om haar betalingsverplichtingen onder de leaseovereenkomsten na te komen.

Het hof overweegt dat X bij het namens ABH aangaan van de onderhavige leaseovereenkomsten vlak voor de overdracht van de aandelen ABH wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen

en geen verhaal zou bieden en aldus onrechtmatig handelde jegens Volkswagen. Bij gebrek aan een voldoende betwisting van hetgeen door Volkswagen is gesteld wordt aan het door X gedane (tegen)bewijsaanbod niet toegekomen. Het hof bekrachtigt het eerder genoemde vonnis.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 11-02-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:651

Zaaknummer: 200.118.158-01

Rechters: J.J. van der Helm, J.M. van der Klooster en A.J.P. Schild

Advocaten: M.Y. van Oel en R. van Kessel

Wetsartikelen: 6:162 BW