

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 17, 2015

Nummer 17, 2015

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:2015:1413](#) 29-05-2015

Beheersverbod bij de CV

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:1899](#) 26-05-2015

Poorthuis q.q./X

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:1094](#) 12-05-2015

FNV/Ista Nederland

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:3416](#) 12-05-2015

X/Y

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:1677](#) 12-05-2015

X/Y

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:1682](#) 12-05-2015

X c.s./Slegers q.q.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:1507](#) 21-04-2015

Eclipse Aviation

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:961](#) 17-03-2015

Infomedics Factoring B.V./X

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:2568](#) 07-05-2013

X c.s./Slegers q.q.

Rechtbank

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:3321](#) 21-05-2015

Oude Grote Bevelsborg q.q./ESH

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:3267](#) 20-05-2015

RG Invest/Prime Champ

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:2801](#) 13-05-2015

LDMA Holding

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:3629](#) 29-04-2015

Cummins

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:3301](#) 22-04-2015

X/Y

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

X/Y

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

- onbekend -

X/Coöperatieve Rabobank Peelland Zuid U.A.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Cummins

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW vanwege het niet-nakomen van een koopovereenkomst voor scheepsmotoren. Rechtbank past het Beklamel-criterium toe en toetst of gedaagde een verbintenis is aangegaan terwijl hij wist of moest weten dat vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Dit is naar het oordeel van de rechtbank niet voldoende gebleken. De enkele omstandigheid dat het bedrijf bij het aangaan van de overeenkomst in 2012 een negatief eigen vermogen had, doet hier niet aan af. In 2012 heeft het bedrijf weliswaar verlies geleden, maar in de twee voorgaande jaren heeft het een bescheiden winst gemaakt. Daarnaast is er in de periode 2010 tot en met 2012 een stabiele omzet gemaakt. Bovendien is het faillissement pas anderhalf jaar na het sluiten van de overeenkomst ingetreden.

Eiser houdt zich bezig met de stalling, reparatie en bouw van vaartuigen. Gedaagde is bestuurder van bedrijf 1, dat zich bezighoudt met de verkoop van scheepsmotoren. Eiser heeft in 2011 de opdracht ontvangen tot het bouwen van een jacht met scheepsmotoren van het merk Cummins.

Op 16 mei 2012 heeft bedrijf 1 een offerte aan eiser gezonden voor de levering van twee motoren van Cummins voor een prijs van € 67.694 met een levertijd van circa 14 weken. Deze offerte is op 3 juli 2012 door eiser geaccepteerd. Tevens op 3 juli 2012 heeft gedaagde meegedeeld dat de bevestigde levertijd van 14 weken langer is geworden dan gepland en dat hij een en ander zo snel mogelijk in gang zal zetten. Kort daarna heeft eiser een voorschot voldaan van € 32.360. De leveringsdatum is daarna nog driemaal uitgesteld. Desalniettemin heeft eiser op 28 november 2012 een tweede voorschotbetaling van € 31.912,40 voldaan.

Nadat levering is uitgebleven stelt eiser bedrijf 1 per brief van 21 januari 2013 in gebreke. Eiser

stelt bovendien een termijn om alsnog na te komen bij gebreke waarvan de overeenkomst zou worden ontbonden. Op 5 februari 2013 mailt gedaagde aan eiser dat de opdracht ongedaan zou worden gemaakt en dat de aanbetalingen zouden worden terug betaald, indien eiser dit schriftelijk zou bevestigen. Dit is echter, ondanks een telefonische toezegging, nooit gebeurd. Eiser heeft – na verder overleg – in rechte terugbetaling van de voorschotten gevorderd van bedrijf 1. Deze heeft Cummins Holland in vrijwaring opgeroepen en gesteld dat Cummins pas in oktober 2012 een prijsopgave heeft gedaan en dat er toen sprake bleek te zijn van een prijsstijging van minimaal 33% en oplopend tot 70% voor motoren en optionele onderdelen. Bedrijf 1 kon en wilde tegen deze prijs geen motoren van Cummins leveren.

Op 26 november 2013 is bedrijf 1 failliet verklaard. De curator heeft in het faillissementsverslag opgenomen dat de bedrijfsactiviteiten moedwillig vanaf september 2013 op een laag pitje zijn gezet en dat hij stellig de indruk heeft dat dit te maken heeft met de aanstaande oprichting van de nieuwe BV welke is opgericht op 21 oktober 2013. Er zijn sterke aanwijzingen dat er voor de datum van faillissement sprake was van een overgang van een (gedeelte van de) onderneming.

In deze procedure vordert eiser, kort gezegd, veroordeling van gedaagde tot terugbetaling van de betaalde voorschotten. Eiser grondt haar vordering op onrechtmatige daad. De rechtbank stelt dat bij het beoordelen van de vraag of bestuurders aansprakelijk zijn jegens eisers de norm is of gedaagden 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 (Beklamel-norm). Volgens de rechtbank is aan dit criterium niet voldaan in dit geval. De rechtbank overwoog hiertoe het volgende.

Allereerst stelt de rechtbank dat bedrijf 1 in principe al in gebreke blijft na het verstrijken van de in de overeenkomst afgesproken termijn van 14 weken op grond van artikel 6:83 sub a BW. Zelfs als ervan uit wordt gegaan dat eiser heeft ingestemd met het verlengen van die termijn, geldt dat bedrijf 1 na het verstrijken van de termijn uit de brief van 21 januari 2013 in verzuim is krachtens artikel 6:82 lid 1 BW. Derhalve was eiser bevoegd om de overeenkomst te ontbinden, waardoor er een verbintenis tot ongedaanmaking ontstaat. De schade van eiser bestaat dus uit de reeds betaalde koopprijs, nu bedrijf 1 deze als gevolg van het faillissement niet heeft terugbetaald. Hoewel die schade vaststaat, is dit voor de rechtbank onvoldoende om aansprakelijkheid van gedaagde aan te nemen. Het feit dat gedaagde namens bedrijf 1 de overeenkomst tot levering is aangegaan terwijl hij wist en/of kon begrijpen dat bedrijf 1 vermoedelijk niet tot nakoming in staat zou zijn, is onvoldoende om aan te nemen dat hij

onrechtmatig heeft gehandeld. Er is namelijk niet gesteld of gebleken dat gedaagde medio 2012 ook wist dat bedrijf 1 ook geen verhaal zou bieden voor de schade die eiser zou lijden als gevolg van niet-nakoming. De enkele omstandigheid dat bedrijf 1 vanaf 2010 een negatief eigen vermogen heeft doet hier niet aan af. In 2012 heeft bedrijf 1 weliswaar verlies geleden, maar in de twee voorgaande jaren heeft bedrijf 1 een bescheiden winst gemaakt. Daarnaast is er in de periode 2010 tot en met 2012 een stabiele omzet gemaakt. Bovendien is het faillissement pas anderhalf jaar na het sluiten van de overeenkomst ingetreden.

Ook heeft eiser volgens de rechtbank onvoldoende gesteld om aan te nemen dat gedaagde heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichting niet nakomt. Volgens eiser had gedaagde in de e-mail van 5 februari 2013 toegezegd de aanbetsaling terug te storten, maar is gedaagde die toezegging niet nagekomen. De rechtbank stelt echter dat in de e-mail van gedaagde slechts aan de mogelijkheid wordt gerefereerd om desgewenst de opdracht alsnog te annuleren waarna de betalingen worden teruggestort.

Tot slot heeft eiser aangevoerd dat gedaagden onrechtmatig hebben gehandeld door de onderneming van bedrijf 1 kort voor faillissement over te dragen aan een nieuwe vennootschap en het zodoende voor eiser onmogelijk te maken om de door haar geleden schade te verhalen op bedrijf 1. Zij verwijzen hierbij naar de opmerking van de curator in het faillissementsverslag. De rechtbank acht de vordering op dit punt onvoldoende onderbouwd. Wel geeft de rechtbank toe dat uit het faillissementsverslag twijfels blijken van de curator. Eiser had echter – met stukken onderbouwd – voldoende inzichtelijk moeten maken dat gedaagden de onderneming van bedrijf 1 op onzorgvuldige wijze aan een andere vennootschap heeft overgedragen en dat verhaal daardoor onmogelijk is geworden. Dit inzicht heeft eiser niet, althans onvoldoende verstrekt. Derhalve strandt deze vordering bij gebrek aan feitelijke grondslag.

De rechtbank wijst de vorderingen af en veroordeelt eiser in de proceskosten aan de zijde van gedaagde.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 29-04-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:3629

Zaaknummer: C/10/458531 / HA ZA 14-900

Rechters: F. Damsteegt-Molier

Advocaten: C.F.H. Donners en A.W.G. de Hart

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Beheersverbod bij de CV

Cassatie in het belang der wet. Volgens de Hoge Raad kan bij beantwoording van de vraag of en in hoeverre plaats is voor de sanctie van artikel 21 WvK mede van belang zijn of derden van de vennootschappelijke hoedanigheid van de commanditaire vennoot op de hoogte waren of behoorden te zijn. Steeds van belang is bovendien of de commanditaire vennoot tegen wie de sanctie van die bepaling wordt ingeroepen, ter zake van zijn handelen een verwijt valt te maken. De Hoge Raad volgt hiermee de door A-G Timmerman gegeven aanbevelingen (ECLI:NL:PHR:2015:46) en komt dus terug van zijn arrest van 15 januari 1943, NJ 1943/201 (Walvius) waarin is beslist dat niet van belang is of een wederpartij van de commanditaire vennootschap van de commanditaire hoedanigheid van de desbetreffende vennoot op de hoogte was of behoorde te zijn.

In cassatie wordt van het volgende uitgegaan. Eiser A en eiseres B ('eisers') waren commanditaire vennoten van de commanditaire vennootschap [X] ('CV'). Bij twee aangelegenheden (een huurovereenkomst en een huurbeëindigingsovereenkomst) hebben eisers een overeenkomst mede namens de CV ondertekend. In 2010 heeft C ('verweerder') de aan de CV verbonden onderneming overgenomen. In de koopovereenkomst is bepaald dat de CV zal zorgdragen voor de afrekening van de tijdens het bestaan van de CV opgebouwde vergoedingen van de personeelsleden.

In juni 2011 heeft verweerder een bedrag van € 1037,79 ter zake van vergoedingen betaald aan een werknemer. Verweerder heeft gevorderd eisers hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het bedrag van € 1037,79 waarbij hij aanvoerde dat de CV op grond van de koopovereenkomst gehouden is de personeelskosten te voldoen en dat eisers krachtens artikel 21 WvK hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle schulden van de CV omdat zij het voorschrift van artikel 20 lid 2 WvK hebben overtreden.

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat (door ondertekening van eisers van de overeenkomsten als bevoegd vertegenwoordigers van de CV) het beheersverbod van artikel 20 lid 2 WvK is overtreden. Dat de betreffende wederpartij op de hoogte zou zijn geweest van het feit dat eisers niet beherend maar commanditair vennoot waren doet hier niet aan af, aldus het hof.

De procureur-generaal heeft gevorderd dit arrest in het belang der wet te vernietigen en heeft daartoe aangevoerd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat bij de uitleg van artikel 21 WvK geen belang toekomt aan de omstandigheid dat de wederpartij van de CV ervan op de hoogte was dat eisers geen beherende vennoten, maar commanditaire vennoten waren.

De Hoge Raad overweegt dat overtreding van het verbod van artikel 20 lid 1 of lid 2 WvK ingrijpende consequenties met zich brengt: ingevolge artikel 21 WvK wordt de commanditaire vennoot namelijk jegens alle schuldeisers van de vennootschap ten volle aansprakelijk voor alle verbintenissen van de vennootschap, ook die welke zijn ontstaan voor het tijdstip waarop het verbod werd overtreden (HR 24 april 1970, *NJ* 1970/406; vgl. ook HR 13 maart 2015, *ECLI:NL:HR:2015:588*).

Deze sanctie is volgens de Hoge Raad uitsluitend gerechtvaardigd indien en voor zover zij in overeenstemming is met de strekking van artikel 21 WvK, namelijk: het voorkomen dat een commanditaire vennoot die op een van de in artikel 20 WvK vermelde manieren onduidelijkheid laat ontstaan over zijn rechtspositie in de vennootschap, zich kan onttrekken aan de aansprakelijkheid die artikel 18 WvK voorziet voor de gewone vennoot. Deze sanctie mag daarom niet in een onevenredige verhouding staan tot de aard en ernst van de schending door de commanditaire vennoot van de voorschriften van artikel 20 leden 1 en 2 WvK en dient achterwege te blijven indien en voor zover zij door het handelen van de commanditaire vennoot niet of niet ten volle wordt gerechtvaardigd, aldus de Hoge Raad.

Dit brengt mee dat de rechter, indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven, kan oordelen dat de sanctie niet gerechtvaardigd is, of dat het gevolg daarvan dient te worden beperkt tot bepaalde verbintenissen van de commanditaire vennootschap. Bij de beoordeling kan mede van belang zijn of bij derden redelijkerwijs een onjuiste indruk over de hoedanigheid van de commanditaire vennoot heeft kunnen ontstaan. In zoverre komt de Hoge Raad terug van zijn arrest van 15 januari 1943, *NJ* 1943/201 (*Walvius*) waarin is beslist dat niet van belang is of een wederpartij van de commanditaire vennootschap van de commanditaire hoedanigheid van de desbetreffende vennoot op de hoogte was of behoorde te zijn.

De Hoge Raad concludeert dat bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre plaats is voor de sanctie van artikel 21 WvK mede van belang kan zijn of derden (in dit geval: de

verhuurder) van de vennootschappelijke hoedanigheid van de commanditaire vennoot op de hoogte waren of behoorden te zijn, en dat steeds van belang is of de commanditaire vennoot tegen wie de sanctie van die bepaling wordt ingeroepen, ter zake van zijn handelen een verwijt valt te maken. Het middel is dan ook gegrond.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 29-05-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:1413

Zaaknummer: 15/00303

Rechters: F.B. Bakels, G. Snijders, A.M.J. van Buchem-Spapens, T.H. den Tanja-van Broek en M.V. Polak

Wetsartikelen: 20 WvK en 21 WvK

RECHTSPRAAK

Poorthuis q.q./X

Geïntimeerde heeft als bestuurder van een vennootschap bij schriftelijke koopovereenkomst de inventaris, machines, vervoermiddelen en voorraden daarvan aan een andere vennootschap verkocht. Reden voor deze overdracht is de dreiging van beslaglegging door een leverancier, met wie een geschil bestaat over aan die leverancier te wijten tekortkomingen. Enige tijd na de transactie gaat de verkopende vennootschap failliet. De curator verwijt geïntimeerde dat zij als bestuurder (van de verkopende vennootschap) met het sluiten van de koopovereenkomst alle activa en activiteiten van de verkopende vennootschap heeft overgeheveld naar de kopende vennootschap, waardoor eerstgenoemde vennootschap als een lege huls achterbleef en technisch failliet ging. Het hof is van oordeel dat geen sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Tegen de achtergrond van een sterk verliesgevende vennootschap heeft geïntimeerde haar taak als bestuurder niet kennelijk onbehoorlijk vervuld door – ter voorkoming van het leggen van beslag door een schuldeiser waardoor de vennootschap failliet zou zijn gegaan en alle schuldeisers zouden zijn benadeeld – te handelen als hierboven is weergegeven. Daarbij is – kort gezegd – van belang dat geïntimeerde aldus heeft gehandeld na het inwinnen van advies bij haar accountant en advocaat en dat bij de verkoop sprake was van een reële prijs.

V&C International B.V. ('V&C') is op 17 januari 2007 opgericht. Vanaf de oprichting is geïntimeerde enig aandeelhouder en bestuurder van V&C. V&C hield zich onder meer bezig met de verkoop van whirlpools en spa's. Victoria Pools & Spa's B.V. ('Victoria') en B&P Holding B.V. ('B&P') zijn op 9 april 2008 opgericht. Sinds de oprichting is B&P enig

aandeelhouder en bestuurder van Victoria.

Bij schriftelijke koopovereenkomst van 14 mei 2008 heeft V&C haar inventaris, machines, vervoermiddelen en voorraden, waaronder een voorraad van 112 baden/spa's, aan Victoria verkocht tegen een koopprijs van € 304.813. Direct na het sluiten van de koopovereenkomst heeft V&C haar bedrijfsvoering gestaakt.

Ten tijde van de overdracht van de 112 baden/spa's aan Victoria, had de Australische vennootschap T&G Enterprises (VIC) PTY Ltd. ('T&G') een vordering op V&C ter grootte van Australische \$ 500.000, destijds omgerekend ongeveer € 230.000, ter zake van aan V&C verkochte en geleverde baden/spa's. Tegelijkertijd meende V&C een ongeveer even hoge tegenvordering op T&G te hebben wegens – door T&G betwiste – toerekenbare tekortkomingen. Op of omstreeks 20 juni 2008 is er een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen enerzijds T&G en anderzijds V&C, Victoria, B&P en geïntimeerde. In deze overeenkomst is onder meer bepaald dat laatstgenoemde partijen 32 baden/spa's ter waarde van € 113.321, zullen terug leveren aan T&G waarna partijen elkaar over en weer finale kwijting verlenen. Op grond van de vaststellingsovereenkomst heeft Victoria – om niet – 32 van de 112 baden/spa's die V&C aan Victoria had geleverd, terug geleverd aan V&C. Vervolgens heeft V&C deze baden/spa's terug geleverd aan T&G.

Op 15 december 2009 is Victoria failliet verklaard met benoeming van mr. Poorthuis tot curator. Bij brief aan V&C van 15 juli 2010 heeft de curator in het faillissement van Victoria, op grond van artikel 42 Fw de vernietiging ingeroepen van de (terug)levering om niet van de 32 baden door Victoria aan V&C. In deze brief wordt opgemerkt dat V&C niet in staat is om deze baden terug te leveren aan Victoria, omdat V&C de baden al heeft terug geleverd aan T&G. Gelet daarop is V&C gesommeerd, onder dreiging van een faillissementsaanvraag, tot betaling van vervangende schadevergoeding aan Victoria gelijk aan de waarde van de 32 baden van € 136.036,79. V&C heeft niet voldaan aan de sommatie. Vervolgens heeft de curator in het faillissement van Victoria het faillissement van V&C aangevraagd. Daarop is V&C op 24 augustus 2010 failliet verklaard, eveneens met benoeming van mr. Poorthuis tot curator. Op 24 augustus 2010 is B&P failliet verklaard. De curator heeft geïntimeerde in rechte betrokken en gevorderd geïntimeerde te veroordelen tot betaling van het faillissementstekort, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet en een voorschot hierop van € 219.763,83.

De curator heeft zijn vorderingen gegrond op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 1 BW. Hij verwijt geïntimeerde dat zij als bestuurder van V&C voormelde overeenkomst van 14 mei 2008 met Victoria heeft gesloten en daarmee alle activa en activiteiten van V&C heeft overgeheveld naar Victoria, waardoor V&C als een lege huls achterbleef en technisch failliet ging, in welk verband de curator geïntimeerde een aantal andere verwijten maakt. Volgens de

curator is er op grond van deze omstandigheden, zowel afzonderlijk als in onderling verband beschouwd, sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur van geïntimeerde. Nu V&C door de overheveling van haar activa en activiteiten naar Victoria technisch failliet ging, is de overheveling een belangrijke oorzaak van het faillissement van V&C. Geïntimeerde is daarom aansprakelijk voor het faillissementstekort van V&C, aldus de curator. Geïntimeerde heeft de vorderingen gemotiveerd bestreden.

De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen en hem veroordeeld in de proceskosten. Daartoe overwoog de rechtbank dat de curator de aan geïntimeerde gemaakte verwijten onvoldoende feitelijk heeft onderbouwd dan wel onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat als er sprake zou zijn van onbehoorlijke taakvervulling door geïntimeerde, dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van V&C. De curator heeft twee grieven aangevoerd tegen het bestreden vonnis en heeft geconcludeerd tot vernietiging van dat vonnis en tot het alsnog toewijzen van zijn vorderingen. De grieven lenen zich volgens het hof voor gezamenlijke behandeling. De curator stelt daarin de vraag aan de orde of er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door geïntimeerde en zo ja, of dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van V&C.

Het hof overweegt dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW eerst sprake is indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld. Of sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling moet worden beoordeeld naar hetgeen het bestuur voorzag of kon voorzien op het moment dat het die taak vervulde. Daarnaast moet een bestuurder hebben gehandeld met de (objectieve) wetenschap dat de schuldeisers worden benadeeld. Verder is voor toepasselijkheid van artikel 2:248 lid 1 BW vereist dat aannemelijk is dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het hof is van oordeel dat van een en ander in deze zaak geen sprake is en overweegt daartoe als volgt.

Het hof gaat voorbij aan het verwijt van de curator dat geïntimeerde bepaalde verplichtingen heeft laten doorlopen, omdat de curator geen grief heeft gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat indien er op dit punt sprake zou zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur, niet aannemelijk is dat het laten doorlopen van deze verplichtingen een belangrijke oorzaak is van het faillissement van V&C.

De overige verwijten die de curator geïntimeerde maakt, zullen hierna aan de orde komen. Het hof overweegt dat V&C vanaf haar oprichting altijd sterk verliesgevend is geweest. De verliesgevende situatie binnen V&C is in hoge mate veroorzaakt door tekortkomingen van haar leverancier T&G. Tegen deze achtergrond heeft geïntimeerde naar het oordeel van het

hof haar taak als bestuurder van V&C niet kennelijk onbehoorlijk vervuld door – ter voorkoming van het leggen van beslag door T&G waardoor V&C failliet zou zijn gegaan en alle schuldeisers zouden zijn benadeeld – te handelen als hierboven is weergegeven. Daarbij is van belang dat geïntimeerde aldus heeft gehandeld na het inwinnen van advies bij haar accountant en advocaat.

Het hof stelt voorop dat de koopprijs van € 304.813 waarvoor de activa van V&C aan Victoria zijn verkocht, een reële koopprijs was. Overigens oordeelt het hof dat het enkele feit dat V&C aan Victoria activa heeft overgedragen die bestemd zijn om te worden verkocht, nog niet betekent dat er ook verkoopactiviteiten van V&C zijn overgedragen aan Victoria.

Van belang is dat geïntimeerde, doordat zij de activa van V&C heeft overgedragen aan Victoria, V&C in een gunstigere onderhandelingspositie heeft gebracht tegenover T&G. Dit heeft voor V&C als positief effect gehad dat geïntimeerde korte tijd na de overdracht van de activa met T&G een vaststellingsovereenkomst heeft kunnen sluiten waarin geïntimeerde de tegenvordering van V&C op T&G, die tot dan toe door T&G werd betwist, te gelde heeft kunnen maken (zonder dat daarvoor een kostbare procedure hoefde te worden gevoerd). Dit is in het voordeel van de schuldeisers van V&C geweest. Daarbij merkt het hof op dat de curator niet heeft gesteld dat geïntimeerde de tegenvordering voor een te laag bedrag te gelde zou hebben gemaakt. Ter zake de met T&G getroffen regeling kan geïntimeerde dan ook geen kennelijk onbehoorlijk bestuur worden verweten.

Het hof constateert dat het na de overdracht van de activa van V&C aan Victoria en het sluiten van de vaststellingsovereenkomst nog ruim twee jaar heeft geduurd voordat V&C failliet is gegaan. Zoals gezegd had V&C op de datum van haar faillietverklaring, afgezien van Victoria, slechts enkele relatief kleine schuldeisers. Gesteld noch gebleken is dat deze kleine schuldeisers in de tussentijd hebben aangedrongen op betaling van hun vorderingen. Mede gelet daarop is het hof van oordeel dat niet aannemelijk is dat het feit dat geïntimeerde geen voorzieningen heeft getroffen voor de in V&C achtergebleven schuldeisers, een belangrijke oorzaak is van het faillissement van V&C.

Gelet op het voorgaande staat tussen partijen vast dat de vermogenspositie van V&C niet veranderde door de overdracht van haar (vaste) activa aan Victoria. Feitelijk heeft er een doorstart van V&C binnen Victoria plaatsgevonden en is V&C geliquideerd. Gelet op al het voorgaande kan dit naar het oordeel van het hof niet als kennelijk onbehoorlijk bestuur van geïntimeerde worden beschouwd, in aanmerking genomen dat V&C failliet zou gaan en alle schuldeisers zouden zijn benadeeld als T&G beslag zou hebben gelegd onder V&C. Uiteraard moest geïntimeerde zich hierbij de belangen van de schuldeisers van V&C aantrekken. Naar het oordeel van het hof heeft de curator echter onvoldoende onderbouwd dat geïntimeerde dit

niet heeft gedaan, terwijl het hof daarvan ook niet is gebleken. Daartoe overweegt het hof als volgt.

Van de koopprijs is een bedrag van € 192.000 feitelijk aan V&C betaald. Geïntimeerde heeft ervoor gezorgd dat dit bedrag volledig ten goede is gekomen van de bank, waardoor de schuld van V&C aan de bank teniet ging. Onzekerheid over het feit of er wel een rechtsgeldig pandrecht tot stand gekomen is doet er naar het oordeel van het hof echter niet aan af dat geïntimeerde kennelijk ervan uit is gegaan dat de bank een rechtsgeldig pandrecht had op de overgedragen activa en dat geïntimeerde daarom het bedrag van € 192.000,00 aan de bank ten goede heeft laten komen. Nu het gaat om een pandakte van een Nederlandse bank en gesteld noch gebleken is dat geïntimeerde aanleiding had om te betwijfelen dat de bank een rechtsgeldig pandrecht had, kan naar het oordeel van het hof niet worden geconcludeerd dat geïntimeerde onzorgvuldig heeft gehandeld door genoemd bedrag ten goede te laten komen aan de bank en kan geïntimeerde ter zake daarvan geen kennelijk onbehoorlijk bestuur worden verweten.

De curator heeft nog betoogd dat geïntimeerde ook had kunnen kiezen voor een andere oplossing dan het overdragen van de activa van V&C aan Victoria. Als niet, althans onvoldoende gemotiveerd betwist staat vast dat als geïntimeerde zou hebben gehandeld zoals de curator stelt, V&C failliet zou zijn gegaan. Vaststaat dat V&C al in zeer zwaar financieel weer verkeerde en dat, gezien de opmerking van de accountant in de jaarrekening over 2007, het voortbestaan van V&C onzeker was. In dat licht bezien heeft de curator onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het tij nog kon worden gekeerd en dat een duurzame bedrijfsuitoefening door V&C een reële mogelijkheid was. Dat geïntimeerde ook had kunnen handelen zoals de curator stelt, betekent dan ook niet dat zij heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder zou hebben gedaan.

Op grond van het bovenstaande falen de grieven. Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1899

Zaaknummer: HD 200.129.813_01

Rechters: T.C.M. Hendriks-Jansen, C.W.T. Vriezen en D.A.E.M. Hulskes

Advocaten: A.J. Exterkate en W.H.F.L. Rademakers

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Oude Grote Bevelsborg q.q./ESH

Verplichting tot turboliquidatie? De curator verzet zich in deze verzoekschriftprocedure ex artikel 10 Fw tegen faillietverklaring op grond van misbruik van recht, omdat er niets te vereffenen zou zijn en er geen behoefte bestaat aan de inzet van de bijzondere bevoegdheden van een curator. De rechtbank verklaart het verzet ongegrond omdat gefailleerde enig aandeelhouder is van twee werkmaatschappijen en deze aandelen in potentie een bepaalde waarde vertegenwoordigen, en er sprake is van een debiteurenvordering in de werkmaatschappijen waarvan de opbrengst op basis van een managementovereenkomst als managementfee ten goede komt aan gefailleerde. In deze situatie levert het doen van eigen aangifte van faillissement geen misbruik van recht op.

ESH is enig aandeelhouder van Eliane Solar Projects B.V. en Eliane Solar Projects B.V.B.A. Deze werkmaatschappijen verkochten en installeerden zonnepanelen. Kalliste B.V. en Van Nispen Beheer B.V. zijn ieder voor 50% aandeelhouder en beiden bestuurders van ESH. J.G.M. Baselier is bestuurder van Kalliste B.V. en Van Nispen is bestuurder van Van Nispen Beheer B.V. In 2014 is besloten de activiteiten van ESH en beide dochtermaatschappijen te staken. De huur van het bedrijfspand werd opgezegd per 1 mei 2014 en de arbeidsovereenkomst van de enige werknemer werd per gelijke datum beëindigd. Er zijn activa verkocht, laatstelijk op 31 maart 2015. Dit betroffen met name activa van de dochtermaatschappijen, maar deze verkoop omvatte ook inventaris van ESH. De crediteuren hebben ingestemd met een schuldeisersakkoord, inhoudende betaling van 40% van hun vordering tegen finale kwijting. ESH is bij vonnis van 21 april 2015 in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. T.J. van Gessel als rechter-commissaris en de curator als zodanig. ESH had op datum faillissement nog drie schulden voor een totaalbedrag van € 5741,82. Het betreffen vorderingen van de bestuurder Kalliste B.V. van € 2300, van de accountant van € 3420,60 en van de energieleverancier van € 21,46.

De curator stelt dat de bestuurders van ESH onjuist gebruik hebben gemaakt van het faillissementsrecht door het eigen faillissement onverplicht en zonder noodzaak aan te vragen. Hij stelt te hebben geconstateerd dat de activiteiten reeds in mei 2014 zijn stilgelegd, dat de activa destijds zijn verkocht, dat een schuldeisersakkoord is geaccepteerd door de toenmalige schuldeisers en dat de kosten zijn gesaneerd. De curator stelt dat de gestelde oorzaken van het faillissement – namelijk algehele malaise in de zonnepanelenbranche en de onder druk staande marges – hem niet onaannemelijk voorkomen. Ook op basis van een inventariserende bestudering van de stukken heeft hij geen enkele aanwijzing voor een vordering uit hoofde van bijvoorbeeld pauliana of bestuurdersaansprakelijkheid. De curator stelt dat de bestuurders van ESH daarom geen belang en noodzaak hadden bij het aanvragen van het eigen faillissement, aangezien zij ook hadden kunnen kiezen voor (turbo-)liquidatie. De faillissementskosten zijn niet verhaalbaar, waardoor de curator onevenredig wordt benadeeld. De curator verwijst naar uitspraken van de Rechtbank Rotterdam van 10 februari 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:1570) en van de Rechtbank Den Haag van 11 maart 2015 (ECLI:NL:RBDHA:2015:2569). De curator verzoekt het vonnis waarin het faillissement van ESH is uitgesproken, te vernietigen.

Van Nispen heeft ter zitting aangevoerd dat ESH in feite geen andere activiteiten ontplooid dan het voeren van de directie over de twee werkmaatschappijen. Anders dan de curator stelt, zijn niet alle activiteiten in 2014 gestaakt, omdat de laatste installaties pas recent op 31 maart 2015 zijn verkocht. Van Nispen heeft geprobeerd de vennootschappen te liquideren, maar volgens de Kamer van Koophandel was dit niet mogelijk, omdat er nog potentiële baten waren. In de werkmaatschappijen bevindt zich namelijk een debiteurenvordering voor een bedrag van € 4000 tot € 5000. Er bestaan managementovereenkomsten tussen ESH en de dochtermaatschappijen, op basis waarvan de opbrengst van deze debiteurenvordering als managementfee ten goede komt aan ESH, aldus Van Nispen.

De rechtbank overweegt dat de curator moet worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw, omdat de curator als (potentieel) boedelschuldeiser een gerechtvaardigd belang heeft bij het al dan niet in stand houden van het faillissement. De curator is bovendien tijdig in verzet gekomen, zodat hij in dat verzet ontvankelijk is.

De rechtbank stelt voorop dat tussen partijen niet ter discussie staat dat ESH ten tijde van het aanvragen van het eigen faillissement verkeerde in een toestand te hebben opgehouden te betalen. Evenmin is in geschil dat deze situatie op dit moment onverminderd voortduurt. Op grond van artikel 1 Fw wordt een schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen op eigen aangifte of op verzoek van één of meer van zijn schuldeisers bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement verklaard. De rechtbank overweegt dat het imperatieve karakter van dit wetsartikel niet wegneemt dat van de bevoegdheid om het

faillissement aan te vragen misbruik kan worden gemaakt als bedoeld in artikel 3:13 BW. De rechtbank is van oordeel dat de bevoegdheid om op eigen aangifte in staat van faillissement te worden verklaard wordt misbruikt wanneer er evident niets te vereffenen valt en er bovendien geen behoefte is aan de inzet van de bijzondere bevoegdheden die de Faillissementswet aan een curator toekent. In een dergelijk geval zal de curator gebrek aan werkzaamheden en baten het faillissement op grond van artikel 16 Fw zo snel mogelijk voordragen voor opheffing wegens gebrek aan baten. De vennootschap wordt door deze opheffing ontbonden op grond van artikel 2:19 lid 1 sub c BW, terwijl de schuldenlast van de schuldenaar slechts zal zijn toegenomen en het salaris van de curator niet kan worden voldaan. De rechtbank is van oordeel dat in dat geval sprake is van onevenredigheid tussen het belang van de schuldenaar bij de faillissementsaanvraag en het belang van de curator om niet geconfronteerd te worden met niet-verhaalbare salariskosten. De schuldenaar had in een zodanig geval in redelijkheid niet tot de uitoefening van de bevoegdheid om het eigen faillissement aan te vragen kunnen komen.

Daarbij speelt bij de eigen aangifte van een vennootschap een belangrijke rol dat de bestuurder van de vennootschap eveneens ervoor kan kiezen om de vennootschap te ontbinden op grond van artikel 2:19 lid 1 sub a BW, waarna zij op grond van artikel 2:19 lid 4 BW zal ophouden te bestaan. Daarmee wordt hetzelfde resultaat bereikt, maar zonder de inzet van een curator die niet voor zijn inspanningen wordt betaald.

De rechtbank overweegt daarbij dat de situatie waarin een schuldenaar op eigen aangifte in staat van faillissement wil worden verklaard wezenlijk verschilt van de situatie waarin één of meer schuldeisers het faillissement aanvraagt of aanvragen. In het eerste geval weet de schuldenaar, of behoort de schuldenaar redelijkerwijze te weten, dat er evident niets te vereffenen valt en er bovendien geen behoefte is aan de inzet van de bijzondere bevoegdheden van een curator. De schuldenaar wordt daarom geacht de hiervoor beschreven onevenredigheid tussen zijn belangen en die van de curator te kennen. Bij een derde-aanvrager zal de kennis over de (te verwachten) activa doorgaans niet (voldoende) aanwezig zijn, zodat behoefte is aan een grondig onderzoek door een curator naar de aanwezigheid van vermogen of de verwachting dat binnen afzienbare tijd dergelijk vermogen aanwezig zal zijn (vgl. HR 10 mei 1974, *NJ* 1975/267 en HR 10 november 2000, *ECLI:NL:HR:2000:AA8256*). Het onderzoek door een curator heeft bij een eigen aangifte als hiervoor bedoeld echter geen toegevoegde waarde.

Naar het oordeel van de rechtbank doet de bovengenoemde situatie van misbruik van bevoegdheid zich in deze zaak niet voor. Ten eerste is ESH enig aandeelhouder van twee dochtermaatschappijen. Deze aandelen vertegenwoordigen in potentie een bepaalde waarde en vormen dan ook activa, die door de curator moeten worden onderzocht en zo nodig

vereffend. Dat reeds op voorhand vaststond dat deze aandelen geen waarde hadden en dat de bestuurders dit wisten of redelijkerwijze hadden moeten weten, is naar het oordeel van de rechtbank door de curator onvoldoende onderbouwd. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat de enkele omstandigheid dat beide dochtermaatschappijen hun activiteiten (recentelijk) hebben gestaakt, op zichzelf nog niet meebrengt dat de aandelen in deze maatschappijen geen enkele waarde vertegenwoordigen.

Daar komt bij dat ter zitting is gebleken dat een van de dochtermaatschappijen van ESH een debiteurenvordering bezit ter waarde van enkele duizenden euro's. Gelet op de verklaring van Van Nispen ter zitting is het mogelijk dat de opbrengst van de vordering op basis van managementovereenkomsten ten goede komt aan ESH. Het is dan ook niet uitgesloten dat er nog gelden in de boedel van ESH vloeien. In ieder geval zal hiernaar door de curator onderzoek moeten worden gedaan. Gelet op het voorgaande kan niet worden geoordeeld dat er evident niets te vereffenen valt en evenmin dat er geen behoefte bestaat aan de inzet van de bijzondere bevoegdheden van een curator.

De rechtbank overweegt in dit verband nog dat mocht in een situatie als hier aan de orde – te weten de situatie waarin niet is uitgesloten dat sprake is van enige, binnen afzienbare tijd te verwachten, activa en waarin daarom behoefte bestaat aan de inzet van de curator – blijken dat na het door de curator verrichte onderzoek deze activa uiteindelijk minder of niets waard zijn, dit in beginsel evenmin meebrengt dat sprake is van misbruik van bevoegdheid. In dat geval dient de curator alsnog te vereffenen en/of het faillissement voor te dragen voor opheffing. Van misbruik van bevoegdheid zou naar het oordeel van de rechtbank nog wel sprake kunnen zijn, indien na het onderzoek door de curator zou blijken dat ESH welbewust foutieve informatie heeft verstrekt over de aanwezigheid van activa. Dit is echter door de curator niet gesteld noch anderszins gebleken.

De rechtbank concludeert dat onvoldoende grond bestaat voor het oordeel dat ESH haar bevoegdheid om het eigen faillissement aan te vragen heeft misbruikt en verklaart het verzet van de curator dan ook ongegrond.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 21-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2015:3321

Zaaknummer: 298313 FT RK 15-657

Rechters: Hopmans

Advocaten: I.M. ten Oever

Wetsartikelen: 10 Fw en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

RG Invest/Prime Champ

RG Invest B.V. vordert onder meer hoofdelijke veroordeling tot betaling van boetes (ter hoogte van € 12.000.000) omdat gedaagden – als (indirect) bestuurder – in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst ('AHO') zonder voorafgaande goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering surseance van betaling hebben aangevraagd voor het bedrijf. De rechtbank volgt de stelling van gedaagden dat in de gegeven omstandigheden een redelijke uitleg van de AHO meebrengt dat RG Invest geen beroep kan doen op het verbeuren van boetes op grond van de AHO. Niet alleen is de door gedaagden gestelde noodzaak voor surseance niet gemotiveerd betwist, ook is RG Invest verzocht om in te stemmen met het faillissement terwijl zij in antwoord daarop geen blijk heeft gegeven van bij haar levende bezwaren tegen faillissement. Bij die stand van zaken moet het er – aldus de rechtbank – voor worden gehouden dat RG Invest geen valide argumenten tegen faillissement ten dienste stonden en dat zij niet is geschaad in het belang dat voor haar met het instemmingsvereiste is gemoeid.

De feiten in deze zaak zijn als volgt. Prime Champ Holding B.V. ('Bedrijf') vormt tezamen met een aantal door haar bestuurd dochtervennootschappen het Bedrijf-concern. Dit concern was de grootste champignonproducent van Nederland. Bedrijf en haar dochtervennootschappen zijn in april 2013 failliet verklaard. Gedaagde 1 houdt 49,72% van de aandelen in het kapitaal van Bedrijf. Rabo Investments B.V. ('Rabo Investments') hield de overige 50,28% van de aandelen (waaronder één preferent aandeel). Rabo Investments heeft haar aandelen kort voor het faillissement, in december 2012, overgedragen aan RG Invest B.V. ('RG Invest').

RG Invest en Bedrijf hebben in november 2012 een geldleningsovereenkomst gesloten, op

grond waarvan RG Invest € 2.000.000 aan Bedrijf heeft geleend. Gedaagde 3 en RG Invest hebben begin december 2012 een zogenoemde garantstellingsovereenkomst gesloten waarin onder meer is opgenomen dat gedaagde 3 de terugbetalingsverplichting van Bedrijf (voervloeiend uit de geldleningsovereenkomst) moet nakomen. In augustus 2012 heeft het OM een inval gedaan bij Bedrijf, hetgeen heeft geresulteerd in negatieve publiciteit voor Bedrijf. Daarnaast is Bedrijf ter sprake gekomen in het tv-programma Keuringsdienst van Waarde, waardoor nog meer negatieve publiciteit is ontstaan.

RG Invest vordert, onder meer, (i) gedaagde 3 te veroordelen tot betaling van € 2.000.000, (ii) gedaagde 3 en gedaagde 1 (de enige bestuurder van Bedrijf) hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 12.000.000 en (iii) een verklaring voor recht dat gedaagde 1 aansprakelijk is voor de schade die RG Invest heeft geleden.

RG Invest legt aan haar eerste vordering ten grondslag dat zij een bedrag van € 2.000.000 aan Bedrijf ter beschikking heeft gesteld, welk bedrag Bedrijf op grond van de geldleningsovereenkomst uiterlijk op 31 december 2015 moet terugbetalen. Nakoming van die verplichting is echter blijvend onmogelijk; Bedrijf is failliet en op bij de curator ingediende vordering zal geen uitkering volgen. Dit betekent dat Gedaagde 3 op grond van de in de Garantstellingsovereenkomst opgenomen borgstelling de terugbetalingsverplichting van Bedrijf moet nakomen.

De rechtbank overweegt dat deze vordering tot nakoming eerst vanaf 1 januari 2016 opeisbaar zal zijn. RG Invest beroept zich op artikel 6:80 lid 1 BW waarin is bepaald dat de gevolgen van niet-nakoming al intreden voordat de vordering opeisbaar is indien nakoming onmogelijk zal zijn. Tot deze gevolgen van niet-nakoming behoort volgens de rechtbank niet het recht van de schuldeiser om eerder dan is overeengekomen nakoming van de verbintenis door de hoofdschuldenaar te vorderen. Dit geldt ook voor het recht om nakoming door de borg te vorderen. De inhoud van de verbintenis van de borg en van de hoofdschuldenaar zijn immers identiek. De borgstelling kan de borg niet verplichten om méér te presteren dan de hoofdschuldenaar. Schuldeiser RG Invest kan dan ook vóór 1 januari 2016 geen nakoming van de verbintenis tot terugbetaling van gedaagde 3 vorderen, aldus de rechtbank.

Aan haar tweede vordering legt RG Invest ten grondslag dat gedaagden hebben gehandeld in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst ('AHO') door zonder voorafgaande goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering surseance aan te vragen. Gedaagde 1 en 3 zouden hierdoor op grond van de AHO hoofdelijk € 12.000.000 aan boetes aan RG Invest verschuldigd zijn.

De rechtbank overweegt dat gedaagden zonder voorafgaande goedkeuring van (meerderheids)aandeelhouder RG Invest surseance hebben aangevraagd, maar volgt ook de

stelling van gedaagden dat in de gegeven omstandigheden een redelijke uitleg van de AHO meebrengt dat RG Invest geen beroep toekomt op de desbetreffende bepalingen uit de AHO. Volgens gedaagden was het namelijk noodzakelijk om surseance aan te vragen en RG Invest heeft die stelling niet gemotiveerd betwist. Ook is RG Invest verzocht in te stemmen met faillissement, zonder dat zij in antwoord daarop blijkt heeft gegeven van bij haar levende bezwaren tegen faillissement. Volgens de rechtbank moet het bij die stand van zaken ervoor worden gehouden dat RG Invest geen valide argumenten tegen faillissement ten dienste stonden en dat zij niet is geschaad in het belang dat voor haar met het instemmingsvereiste is gemoeid, te weten het op grond van zodanige argumenten kunnen tegenhouden van surseance van betaling.

Ook de derde vordering wordt door de rechtbank afgewezen. Vanwege het bovenstaande (de noodzaak van surseance en het verzoek aan RG Invest om goedkeuring) heeft gedaagde 1 niet toerekenbaar onrechtmatig jegens RG Invest gehandeld door zonder goedkeuring van RG Invest surseance van betaling aan te vragen, aldus de rechtbank. Om die reden kan gedaagden als (indirect) bestuurders ook geen ernstig verwijt worden gemaakt; van bestuurdersaansprakelijkheid is – aldus de rechtbank – dan ook (anders dan RG Invest betoogt) geen sprake.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 20-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:3267

Zaaknummer: C-16-358845 - HA ZA 13-1135

Rechters: R.A. Steenberg

Advocaten: E. Bagheri Ziabari en M.A. Poelman

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Vordering tot externe bestuurdersaansprakelijkheid wegens interim-dividenduitkering afgewezen. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad d.d. 23 maart 2004, JOR 2004/67 (Didam c.s./Gunning q.q.) en de conclusie van A-G Timmerman hierbij, overweegt het hof dat het dividendbesluit een ernstig verwijt kan opleveren. Het gaat erom of X ten tijde van het dividendbesluit wist of behoorde te begrijpen dat Y als gevolg van dit handelen schade zou lijden, in het bijzonder doordat verhaal van zijn eerder ontstane vordering zou worden gefrustreerd. Ten tijde van het dividendbesluit was A BV weliswaar al aansprakelijk gesteld, maar had Y deze aansprakelijkstelling nog niet geconcretiseerd. Rapporten over mogelijke gebreken van de vloer (zoals die van het Bedrijfschap Afbouw en TNO) zijn pas geruime tijd later uitgebracht. Het hof bespreekt daarnaast vele omstandigheden, waaronder het feit dat tijdens de pleidooizitting is gebleken dat, gelet op een tegenvordering, de curator de vordering van Y slechts beperkt (€ 2000) heeft erkend. Mede vanwege alle voornoemde omstandigheden en vanwege het feit dat er € 30.000 was gereserveerd, komt het hof tot de conclusie dat X geen ernstig verwijt kan worden gemaakt als in de jurisprudentie van de Hoge Raad bedoeld: HR 20 juni 2008 (Willemsen/NOM), HR 5 september 2014 (Tulip), HR 18 februari 2000 (New Holland Belgium) en HR 8 december 2006 (Ontvanger/Roelofsen).

In de onderhavige zaak is het de vraag of middellijk bestuurder en enig aandeelhouder (eveneens middellijk) van een bouwbedrijf ('X') aansprakelijk is in de zin van artikel 2:9 BW. Het arrest d.d. 26 mei 2015 betreft slechts een verbetering in de zin van artikel 31 Rv.

Appellant ('Y') heeft schade geleden wegens gebrekkige uitvoering van een aannemingsovereenkomst door X's bouwbedrijf ('A BV'). Na onafhankelijk onderzoek stelt Y X in maart 2008 op de hoogte van de schade die mogelijk zou gaan voortvloeien uit de door A BV verrichte werkzaamheden. In mei 2008 stelt de advocaat van Y A BV aansprakelijk. Op 31 oktober 2008 besluit de algemene vergadering van A BV tot interim-dividenduitkering ten laste van het resultaat en overige reserves. Overeenkomstig de statuten en artikel 2:216 BW (oud) is destijds door een adviseur geoordeeld dat het dividend uit het vrije vermogen zou kunnen worden uitgekeerd. Daarbij is rekening gehouden met een maximale dotatie aan de voorziening garantieverplichtingen 2008 ten bedrage van € 30.000.

Bij arbitraal vonnis d.d. 4 juli 2011 heeft de arbiter, met onderschrijving van de conclusie van het TNO-rapport, geoordeeld dat sprake was van een uitvoeringsfout van de aannemer en dat de opdrachtgever aanspraak had op (vervangende) schadevergoeding. De zaak is vervolgens naar de schadestaatprocedure verwezen.

A BV is op 28 februari 2012 in staat van faillissement verklaard. Y heeft X aansprakelijk gesteld voor de door A BV onbetaald gelaten schadevergoeding. De rechtbank heeft deze vordering afgewezen. Vele grieven worden aangevoerd tegen de beslissing van de rechtbank. De grieven omtrent bestuurdersaansprakelijkheid vormen hierbij de kern. Bij de beoordeling maakt het hof – omdat bepaalde de door de rechtbank gehanteerde uitgangspunten niet worden bestreden – enige premissen.

Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad d.d. 23 maart 2004, JOR 2004/67 (*Didam c.s./Gunning q.q.*) en de conclusie van A-G Timmerman hierbij, overweegt het hof dat het dividendbesluit door X een ernstig verwijt kan opleveren. Hierna vervolgt het hof met een nauwgezet overzicht van de jurisprudentie op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid: HR 20 juni 2008 (*Willemsen/NOM*), HR 5 september 2014 (*Tulip*), HR 18 februari 2000 (*New Holland Belgium*) en HR 8 december 2006 (*Ontvanger/Roelofsen*).

Het hof overweegt dat het erom gaat of X ten tijde van het door haar als bestuurder/enig aandeelhouder (medewerking verlenen aan het) nemen van het dividendbesluit wist of behoorde te begrijpen dat Y als gevolg van dit handelen schade zou lijden in het bijzonder doordat verhaal van zijn eerder ontstane vordering zou worden gefrustreerd.

Ten tijde van het dividendbesluit was A BV weliswaar al aansprakelijk gesteld, maar had Y deze aansprakelijkstelling nog niet geconcretiseerd. De arbitrageprocedure is ongeveer een jaar later aangevangen. Ook was de vordering niet in geld gesubstantieerd. Rapporten over mogelijke gebreken van de vloer (zoals die van het Bedrijfschap Afbouw en TNO) zijn pas geruime tijd later uitgebracht. Het hof bespreekt daarnaast nog vele omstandigheden,

waaronder het feit dat tijdens de pleidooizitting is gebleken dat, gelet op een tegenvordering, de curator de vordering van Y slechts beperkt (€ 2000) heeft erkend. Mede vanwege alle voornoemde omstandigheden en vanwege het feit dat er € 30.000 was gereserveerd, komt het hof tot de conclusie dat X geen ernstig verwijt kan worden gemaakt als in de jurisprudentie van de Hoge Raad bedoeld. Daarbij overweegt het hof ook dat de curator, hoewel deze – zoals uit de faillissementsverslagen blijkt – daarnaar onderzoek heeft gedaan, geen reden heeft gezien een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid tegen X in te stellen. Het hof bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 30 december 2013.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

X/Coöperatieve Rabobank Peelland Zuid U.A.

Op 27 oktober 2011 heeft Rabobank een financieringsovereenkomst gesloten, waarin Appellant (DGA), Xaron en Autoschade als debiteur/kredietnemer zijn vermeld. Bij deze overeenkomst zijn aan de kredietnemer een drietal kredieten in rekening-courant verstrekt. De financiering is verstrekt onder het vestigen van zekerheden ten behoeve van Rabobank. Appellant heeft aan Rabobank aangegeven dat hij de bedrijfsactiviteiten zou gaan beëindigen en het faillissement van de vennootschappen zou aanvragen. Rabobank heeft vervolgens de aan appellant en de respectieve vennootschappen verstrekte financiering met onmiddellijke ingang opgezegd. Rabobank heeft Appellant in rechte betrokken en gevorderd Appellant te veroordelen tot betaling van het op dat moment uitstaande bedrag. De rechtbank heeft bij het vonnis waarvan beroep de vordering van Rabobank als niet weersproken volledig toegewezen. De vraag die het hof ter beantwoording voorligt, is of Appellant zich tegenover Rabobank heeft aangediend als een persoon die zich aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden van zijn BV's en of Appellant de financieringsovereenkomst derhalve als hoofdelijk medeschuldenaar is aangegaan. Voor het slagen van tegenbewijs is het voldoende dat het door Rabobank geleverde bewijs erdoor wordt ontzenuwd. Naar het oordeel van het hof heeft Appellant met zijn afgelegde verklaringen het door Rabobank voorshands, door middel van de schriftelijke door Appellant getekende financieringsovereenkomst, geleverde bewijs van haar stelling dat Appellant de met Rabobank op 27 oktober 2011 gesloten financieringsovereenkomst ook voor zichzelf als hoofdelijk medeschuldenaar is aangegaan, ontzenuwd. De conclusie luidt dat in rechte niet is komen vast te staan dat Appellant jegens Rabobank als

kredietnemer en hoofdelijk medeschuldenaar aansprakelijk is voor de verplichtingen voortvloeiende uit de financieringsovereenkomst.

Deze vonnissen zijn gewezen in de zaak van Appellant en Coöperatieve Rabobank Peelland Zuid U.A. (geïntimeerde; 'Rabobank'). Appellant was bestuurder en grootaandeelhouder van Xaron Beheer B.V. ('Xaron'). Xaron was aandeelhouder van Autoschade B.V. ('Autoschade'). Op 27 oktober 2011 heeft Rabobank een financieringsovereenkomst gesloten, waarin Appellant, Xaron en Autoschade als debiteur/kredietnemer zijn vermeld. Bij deze overeenkomst zijn aan de kredietnemer een drietal kredieten in rekening-courant verstrekt. De hoogte van de verstrekte financiering bedroeg in totaal € 225.000. De financiering is verstrekt onder het vestigen van zekerheden ten behoeve van Rabobank welke zekerheden onder meer bestaan uit verpanding van certificaten van aandelen van Autoschade, verpanding van inventaris, voorraden en vorderingen op derden alsmede uit een garantie (borgstelling) van de Staat der Nederlanden uit hoofde van het kaderbesluit EZ-subsidies. Op 31 juli 2013 heeft de Belastingdienst door middel van een executieverkoop de inventaris van de vennootschappen verkocht. Appellant heeft daarna aan Rabobank aangegeven dat hij de bedrijfsactiviteiten zou gaan beëindigen en het faillissement van de vennootschappen zou aanvragen. Rabobank heeft vervolgens de aan appellant en de respectieve vennootschappen verstrekte financiering met onmiddellijke ingang opgezegd en dit bij brief van 7 augustus 2013 bevestigd. Rabobank heeft in deze opzeggingsbrief Appellant en de vennootschappen gesommeerd tot betaling van het op dat moment uitstaande bedrag van € 185.714. In deze brief is vermeld dat een kopie van de brief wordt gestuurd naar de Staat der Nederlanden die als borg bij de financiering betrokken is. Xaron en Autoschade zijn bij vonnis van de Rechtbank Oost-Brabant op 13 augustus 2013 in staat van faillissement verklaard. Rabobank heeft op 20 augustus 2013 ten laste van Appellant conservatoir beslag doen leggen op de woning van Appellant.

Rabobank heeft Appellant bij inleidende dagvaarding in rechte betrokken en gevorderd Appellant te veroordelen tot betaling van voormeld bedrag van € 185.714. Door Appellant is in eerste aanleg geen conclusie van antwoord genomen; hem is akte niet dienen verleend. De rechtbank heeft bij het vonnis waarvan beroep de vordering van Rabobank als niet weersproken volledig toegewezen. Appellant heeft geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis en tot het alsnog afwijzen van de vorderingen van Rabobank. Appellant heeft in hoger beroep twee grieven aangevoerd. Deze twee grieven richten zich tegen de toewijzing van de vordering van Rabobank.

In grief 2 en de daarop door Appellant gegeven toelichting stelt Appellant zich op het standpunt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat hij in persoon, als borg, aansprakelijk is voor de restantschuld van € 188.346. Volgens Appellant was het de bedoeling dat enkel Xaron en Autoschade contractspartijen aan debiteurzijde van de overeenkomst zouden zijn, en dus niet Appellant in persoon. Appellant is, naar zijn zeggen, nimmer geïnformeerd over het feit dat hij zich door ondertekening van de overeenkomst als borg jegens Rabobank als schuldenaar verbond. Appellant verkeerde (totdat hij de brief ontving van Rabobank van 7 augustus 2013) in de veronderstelling dat hij enkel in zijn hoedanigheid van (indirect) bestuurder en aandeelhouder van Xaron en Autoschade de financieringsovereenkomst d.d. 27 oktober 2011 diende te ondertekenen en heeft ondertekend.

Het hof heeft in het tussenarrest vastgesteld dat volgens de financieringsovereenkomst de door Rabobank aan Appellant en Xaron verstrekte geldleningen van in totaal € 200.000 zijn aangewend voor de financiering van de door Xaron verworven aandelen in Autoschade en dat het aan Appellant en de vennootschappen verstrekte krediet van € 25.000 was bestemd voor de bedrijfsuitoefening van Autoschade. Het hof heeft hieruit geconcludeerd dat Appellant zich aansprakelijk heeft gesteld voor de schuld van zijn BV's Xaron en Autoschade. Het hof heeft in het tussenarrest voorts geoordeeld dat, nu Rabobank uitdrukkelijk heeft betwist dat zij met Appellant een borgtochtovereenkomst heeft gesloten, althans dat Appellant als borg kan worden aangemerkt, het het hof niet vrijstaat op deze grondslag te beslissen. De vraag die ter beantwoording voorligt, is of Appellant zich tegenover Rabobank heeft aangediend als een persoon die zich aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden van zijn BV's en of Appellant de financieringsovereenkomst derhalve als hoofdelijk medeschuldenaar is aangegaan. In het tussenarrest heeft het hof geoordeeld dat Rabobank, gezien de tekst en opmaak van de financieringsovereenkomst van 27 oktober 2011, voorshands het bewijs heeft geleverd dat partijen zijn overeengekomen dat ook Appellant als hoofdelijk medeschuldenaar zou gelden. Appellant is toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen deze voorshands bewezen geachte stelling van Rabobank.

Het hof stelt voorop dat ingevolge artikel 150 Rv op Rabobank de stelplicht en de bewijslast rust dat Appellant de financieringsovereenkomst als hoofdelijk medeschuldenaar is aangegaan. Dit betekent dat Appellant ter zake deze bewijsopdracht niet als partijgetuige is aan te merken en dat zijn verklaring daarom niet de beperkte bewijskracht heeft als bedoeld in artikel 164 lid 2 Rv. Appellant dient bovendien slechts tegenbewijs te leveren tegen het voorshands door Rabobank geleverde bewijs. Voor het slagen van tegenbewijs is het voldoende dat het door Rabobank geleverde bewijs erdoor wordt ontzenuwd.

Naar het oordeel van het hof heeft Appellant met zijn afgelegde verklaringen het door

Rabobank voorshands, door middel van de schriftelijke door Appellant getekende financieringsovereenkomst, geleverde bewijs van haar stelling dat Appellant de met Rabobank op 27 oktober 2011 gesloten financieringsovereenkomst ook voor zichzelf als hoofdelijk medeschuldenaar is aangegaan, ontzenuwd. Het hof heeft in zijn bewijswaardering betrokken dat in het (ongedateerde) document van Rabobank met de voorwaarden waaronder zij de financiering wenste aan te gaan, niet is vermeld dat deze voorwaarden door Rabobank op 13 oktober 2011 zijn of zouden worden besproken met Appellant. Het hof heeft voorts acht geslagen op het e-mailbericht dat de medewerker van Rabobank op 7 oktober 2011, dus kort voorafgaand aan de bespreking van 13 oktober 2011, aan Appellant heeft gestuurd. In dit e-mailbericht bevestigt de medewerker van Rabobank reeds dat Rabobank akkoord is met het verstrekken van een lening van € 200.000 voor de overname van de aandelen van Autoschade, dat een kredietfaciliteit van € 25.000 ter beschikking zal worden gesteld en dat € 75.000 met eigen middelen gefinancierd zal worden. In dit e-mailbericht is in het geheel niet vermeld dat Rabobank slechts akkoord gaat met de financiering onder de voorwaarde van hoofdelijke aansprakelijkheid of hoofdelijk medeschuldenaarschap van Appellant.

Rabobank heeft ervoor gekozen om geen getuigen voor te brengen in contra-enquête. Haar stellingen dat zij op 13 oktober 2011 de voorwaarden waaronder zij de financiering wenste aan te gaan met Appellant heeft besproken, dat zij Appellant heeft gezegd dat de staatsgarantie alleen wordt verstrekt onder hoofdelijke aansprakelijkheid van Appellant en dat op 27 oktober 2011 de inhoud van de financieringsovereenkomst met Appellant is besproken, zijn derhalve niet bewezen. Rabobank heeft aldus geen nader bewijs geleverd van haar stelling dat Appellant de op 27 oktober 2011 met Rabobank gesloten financieringsovereenkomst ook voor zichzelf als hoofdelijk medeschuldenaar is aangegaan.

De conclusie luidt dat in rechte niet is komen vast te staan dat Appellant jegens Rabobank als kredietnemer en hoofdelijk medeschuldenaar aansprakelijk is voor de verplichtingen voortvloeiende uit de financieringsovereenkomst.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

LDMA Holding

LDMA Holding B.V. vordert veroordeling ex artikel 2:343 lid 1 BW van haar medeaandeelhouders van VRC Investments B.V. – IW en E Management B.V. en MSJ Beheer B.V. – tot het overnemen van haar aandelen in die vennootschap. Hiervoor is nodig dat LDMA Holding B.V. door gedragingen van IW en E Management B.V. en MSJ Beheer B.V. zodanig in haar rechten of belangen is, dan wel wordt geschaad dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van haar kan worden gevergd. De rechtbank oordeelt dat LDMA Holding B.V. door haar ontslag als statutair bestuurder van VRC Investments B.V. en het opzeggen van de managementovereenkomst tussen LDMA Holding B.V. en VRC Investments B.V. zodanig in haar belangen is geschaad dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van haar kan worden gevergd, nu LDMA Holding B.V. door dit ontslag haar zeggenschap in de onderneming op directieniveau volledig is ontnomen en zij in de algemene vergadering van aandeelhouders als minderheidsaandeelhouder in een benarde positie verkeert. Volgt waardering aandelen aan de hand van deskundigenbericht en een correctie op oordeel deskundigen op grond van artikel 2:343 lid 4 BW.

Dit vonnis is gewezen in de zaak van LDMA Holding B.V. (eiseres in conventie, tevens verweerster in reconventie) tegen IW&E Management B.V. en MSJ Beheer B.V. (gedaagden in conventie, tevens eiseressen in reconventie).

LDMA Holding B.V. ('LDMA') vordert, samengevat, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis: (i) primair: IW&E Management B.V. ('IW&E') en MSJ Beheer B.V. ('MSJ') hoofdelijk ex artikel 2:343 lid 1 BW jegens LDMA te veroordelen tot overname van de 600 aandelen die

LDMA houdt in VRC Investments B.V. ('de Vennootschap') alsmede tot betaling van de koopprijs tegen behoorlijk bewijs van kwijting, (ii) subsidiair: IW&E en MSJ hoofdelijk te veroordelen tot nakoming van de mondelinge vaststellingsovereenkomst, (iii) primair en subsidiair: de prijs te bepalen van de aandelen op grond van artikel 2:340 BW, met inachtneming van het uitgebrachte deskundigenbericht, vermeerderd met de wettelijke rente over de koopprijs vanaf 1 juli 2013 en met toepassing van een nader te bepalen billijke verhoging ex artikel 2:343 lid 4 BW en met veroordeling van ieder der partijen in een derde deel van de kosten van het deskundigenbericht en (iv) hoofdelijke veroordeling van IW&E en MSJ in de proceskosten.

IW&E en vorderen, samengevat, in reconventie bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis: (i) LDMA te veroordelen tot nakoming van de tussen partijen ter comparitie van 27 juni 2013 gemaakte afspraken, inhoudende dat partijen zo spoedig mogelijk met elkaar in onderhandeling treden teneinde finale overeenstemming te bereiken over de koop/verkoop van de door LDMA gehouden aandelen in de Vennootschap en (ii) LDMA te veroordelen in de proceskosten.

De rechtbank zal, gelet op de inhoud van deze vordering, de reconventionele vordering eerst behandelen. IW&E en MSJ hebben aan hun vordering in reconventie ten grondslag gelegd dat tussen partijen op 27 juni 2013 ter gelegenheid van de comparitie is overeengekomen dat het deskundigenbericht het startpunt is van een afrondende onderhandelingsronde ter beëindiging van het geschil, zodat LDMA met IW&E en MSJ in onderhandeling moet treden teneinde zo spoedig mogelijk finale overeenstemming te bereiken. LDMA heeft dit betwist. Vaststaat dat partijen ter comparitie een deelschikking zijn overeengekomen. Uit de tekst van het proces-verbaal blijkt dat het doel van het deskundigenbericht is geweest om de mogelijkheid van een schikking *te vergroten* en dat uitdrukkelijk ook rekening is gehouden met een situatie waarin het deskundigenbericht niet tot een schikking leidt. IW&E en MSJ hebben tegenover de betwisting door LDMA onvoldoende concrete feiten gesteld waaruit zij redelijkerwijs zouden hebben mogen afleiden dat het deskundigenbericht het startpunt zou zijn voor nader overleg (in aanvulling op de contacten tussen partijen na het deskundigenbericht) waartoe LDMA zich op 27 juni 2013 heeft willen verbinden. Het proces-verbaal van de comparitie is daartoe, gelet op de stellingen van partijen over de comparitie en de tekst van dat proces-verbaal, onvoldoende. Uit de standpunten van partijen is verder af te leiden dat partijen contact hebben gehad over een regeling in der minne en dat zij het niet met elkaar eens zijn over een wezenlijk punt, namelijk hoe om te gaan met de recente ontwikkelingen (de gestelde verliezen) in de onderneming. Partijen hebben niets aangereikt waaruit volgt dat er in voldoende mate uitzicht is op een regeling. Daarom moet het ervoor worden gehouden dat (nader) overleg niet zinvol zou zijn. De reconventionele vordering van

IW&E en MSJ zal dan ook worden afgewezen.

In conventie ligt, kort gezegd, (primair) ter beoordeling voor of IW&E en MSJ op grond van artikel 2:343 lid 1 BW verplicht moeten worden de aandelen van LDMA in de Vennootschap over te nemen en zo ja, welke waarde deze aandelen vertegenwoordigen. LDMA heeft aan haar vordering inzake de overname van de aandelen – kort gezegd – ten grondslag gelegd dat partijen het eens zijn over de noodzaak de aandelen over te nemen en dat is voldaan aan de vereisten van artikel 2:343 lid 1 BW, zodat IW&E en MSJ gehouden zijn de aandelen van LDMA over te nemen.

Beoordeeld dient dan ook te worden of is voldaan aan de vereisten van artikel 2:343 lid 1 BW. Hiervoor is nodig dat LDMA door gedragingen van IW&E en MSJ zodanig in haar rechten of belangen is, dan wel wordt geschaad dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van haar kan worden gevergd. De rechtbank oordeelt dat LDMA door haar ontslag als statutair bestuurder van de Vennootschap en het opzeggen van de managementovereenkomst tussen LDMA en de Vennootschap zodanig in haar belangen is geschaad dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van haar kan worden gevergd, nu LDMA door dit ontslag haar zeggenschap in de onderneming op directieniveau volledig is ontnomen en zij in de algemene vergadering van aandeelhouders als minderheidsaandeelhouder in een benarde positie verkeert. Voornoemde gedragingen kwalificeren als gedragingen van IW&E en MSJ in de zin van artikel 2:343 lid 1 BW. Dat betekent dat de primaire vordering van LDMA toewijsbaar is.

De rechtbank komt vervolgens toe aan de beoordeling van de vraag voor welk bedrag IW&E en MSJ de aandelen van LDMA over dienen te nemen. De rechtbank volgt de waardering van de aandelen aan de hand van het deskundigenbericht en voert een correctie op het oordeel van de deskundigen, op grond van artikel 2:343 lid 4 BW, door.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 13-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:2801

Zaaknummer: C-13-528848 – HA ZA 12-1288

Rechters: L.S. Frakes

Advocaten: B.J.H. Kesnich en J. Duijker

Wetsartikelen: 2:343 BW

RECHTSPRAAK

X c.s./Slegers q.q.

Bestuurdersaansprakelijkheid. Het hof oordeelt dat een overschrijding van de publicatietermijn met 3 maanden en 15 dagen zodanig lang is dat er in elk geval sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden om deze overschrijding aan te merken als een onbelangrijk verzuim. Voor zover verhuizing van de boekhouder al als bijzondere omstandigheden is aan te merken, heeft appellant die gestelde feiten naar het oordeel van het hof met niets onderbouwd, zodat aan bewijslevering niet wordt toegekomen. Niet betalende afnemers, hoge proceskosten en de economische crisis zijn volgens het hof onvoldoende voor ontzenuwing van het vermoeden dat de schending van de publicatieplicht een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Zonder nadere concretisering zijn deze redenen ook onvoldoende om een matigingsberoep te doen slagen. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis.

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis van 31 oktober 2012 feiten vastgesteld. Verder staan als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist nog enige feiten vast. Appellant is bestuurder van La Roy Beheer B.V. ('Beheer'). Beheer was tot 8 juli 2008 statutair bestuurder van Rico Sport B.V. ('Rico Sport'). De jaarrekening van Rico Sport over 2005 is gepubliceerd op 8 februari 2007. De jaarrekening van Rico Sport over 2006 is gepubliceerd op 15 mei 2008. Bij een op 17 april 2008 door het Hof 's-Gravenhage gewezen arrest is Rico Sport verboden om inbreuk te maken op de rechten van Nike International Limited ('Nike'). Krachtens mondelinge overeenkomst heeft Beheer haar aandelen in Rico Sport verkocht aan bestuurder Rico (appellant, hierna ook: 'bestuurder Rico'). De aandelen zijn aan bestuurder Rico geleverd bij akte van 8 juli 2008. Met ingang van 8 juli 2008 staat bestuurder Rico als enig aandeelhouder en statutair bestuurder van Rico Sport ingeschreven in het handelsregister. Op 21 april 2009 is Rico Sport op verzoek van Nike failliet verklaard, met aanstelling van de curator als zodanig.

De rechtbank heeft in het bestreden eindvonnis voor recht verklaard dat appellant jegens de curator aansprakelijk is voor het faillissementstekort als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW van Rico Sport, appellant veroordeeld om aan te curator te betalen het faillissementstekort, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, alsmede een voorschot daarop van € 150.000. De veroordeling is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

Bij memorie van grieven heeft appellant meerdere grieven voorgedragen (waarvan er hier drie worden besproken) en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis van 31 oktober 2012 met veroordeling van de curator zo nodig om al hetgeen appellant heeft voldaan ter uitvoering van het bestreden vonnis, terug te betalen aan appellant. De curator heeft de grieven bestreden en geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis.

In zijn eerste grief voert appellant aan dat de overschrijding van de publicatietermijn met 3 maanden en 15 dagen van de jaarrekening van Rico Sport B.V. over 2006 moet worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim. Volgens hem is de overschrijding te wijten aan het feit dat zijn vaste boekhouder bij Deloitte & Touche is vertrokken en het kantoor van Deloitte & Touche verhuisde. Een en ander leidde tot vertraging. De curator heeft deze feiten betwist.

Volgens vaste rechtspraak is van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van artikel 2:248 lid 2 BW sprake indien het niet-voldoen aan de verplichtingen als bedoeld in dat artikellid in de omstandigheden van het geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Indien het, zoals hier, gaat om een overschrijding van de termijn van artikel 2:394 lid 3 BW voor openbaarmaking van de jaarrekening, geldt dat het antwoord op de vraag of een overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot termijnoverschrijding hebben geleid. Hierbij moeten hogere eisen worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is. Stelplicht en bewijslast rusten op de aangesproken bestuurder (zie onder meer HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079).

Naar het oordeel van het hof is een overschrijding van de publicatietermijn met een duur van 3 maanden en 15 dagen zodanig lang dat er in elk geval sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden om deze overschrijding aan te merken als een onbelangrijk verzuim. Appellant heeft aangevoerd dat die bijzondere omstandigheden zijn gelegen in het feit dat het kantoor waar zijn vaste boekhouder werkte tweemaal is verhuisd en zijn vaste boekhouder is vertrokken. Voor zover deze feiten al als bijzondere omstandigheden zijn aan te merken, heeft hij die gestelde feiten naar het oordeel van het hof met niets onderbouwd, zodat aan bewijslevering niet wordt toegekomen. Dit betekent dat krachtens artikel 2:248 lid 2 BW vaststaat dat appellant zijn taak als (indirect) bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld, en is

aannemelijk dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Rico Sport, zodat de eerste grief faalt.

In zijn tweede grief voert appellant aan dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat hij onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld om te worden toegelaten tot ontzenuwing van het vermoeden dat de schending van de publicatieplicht een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Rico Sport. In elk geval in dit hoger beroep stelt appellant dat Rico Sport grote sommen geld heeft verloren aan afnemers die niet betaalden, hoge advocaatkosten heeft moeten maken in verband met merkinbreukzaken; in 2008 en 2009 te maken kreeg met de economische crisis. Deze feiten hebben, aldus appellant, geleid tot het faillissement of zijn in elk geval zo belangrijk geweest dat daarmee het vermoeden dat de schending van de publicatieplicht een belangrijke oorzaak is geweest, is ontzenuwd.

Appellant heeft de stelling dat onbetaalde rekeningen een (belangrijke) oorzaak van het faillissement zijn geweest zodanig onvoldoende concreet onderbouwd, dat hij niet tot bewijs van deze oorzaak zal worden toegelaten. Wat de hoge advocaatkosten betreft, heeft appellant niet meer gesteld dan dat hij veel geld heeft besteed aan advocaatkosten in verband met de Nike- zaken. Zonder door appellant te stellen context, bestaande uit bijvoorbeeld omzetcijfers, winsten, enzovoort, valt uit de enkele stelling dat veel proceskosten zijn gemaakt, niet af te leiden dat deze kosten een (belangrijke) oorzaak van het faillissement zijn geweest. Voor zover appellant heeft willen stellen dat uit het door hem overgelegde faillissementsverslag betreffende Rico Sport zou blijken dat hoge proceskosten het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, is het hof van oordeel dat dit niet valt te lezen in dat verslag. Ook de stelling dat de economische crisis een belangrijke rol speelde is onvoldoende concreet toegelicht en onderbouwd om appellant tot bewijs hiervan toe te laten. Nu appellant geen andere feiten heeft aangevoerd waarmee hij het vermoeden zou kunnen ontzenuwen dat de schending van de publicatieplicht een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Rico Sport, faalt de vierde grief.

In de derde grief voert appellant aan dat de rechtbank ten onrechte het beroep op matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW heeft afgewezen omdat appellant dit onvoldoende zou hebben gemotiveerd. Zijn beroep op matiging, aldus appellant, steunt op het feit dat het faillissement is veroorzaakt doordat Rico Sport grote sommen geld heeft verloren aan afnemers die niet betaalden, hoge advocaatkosten heeft moeten maken in verband met merkinbreukzaken en vanwege de economische crisis in 2008 en 2009.

Het hof oordeelt dat appellant, wat zijn beroep op matiging betreft, geen andere feiten heeft aangevoerd, onderbouwd of geconcretiseerd dan de door hem ook bij de tweede grief aangevoerde feiten. Daarmee heeft hij ook zijn beroep op matiging onvoldoende feitelijk

onderbouwd. Ook hier zijn de bewijsaanbiedingen onvoldoende toegelicht, zodat zij door het hof worden gepasseerd.

Het hof overweegt nog dat de proceskosten in verband met een levering van vervalste sweatshirts zijn toe te rekenen aan Rico Sport en daarmee kunnen zij niet zonder meer dienen ter ondersteuning van een matigingsberoep op de voet van artikel 2:248 lid 4 BW van degene die in die tijd (indirect) bestuurder was van Rico Sport.

Uit al het vorenstaande blijkt dat de grieven falen, zodat de rechtbank de vordering terecht heeft toegewezen. Het hof bekrachtigt het tussen partijen op 31 oktober 2012 gewezen vonnis.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1682

Zaaknummer: HD200.120.739_01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, J.R. Sijmonsma en Th.C.M. Hendriks-Jansen

Advocaten: M.J. Mookhram en M.M.M. Rooijen

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Eclipse Aviation

In deze zaak gaat het om de vraag of twee bestuurders – de heer R. Pieper ('X') en de heer B. Pieper ('Y') – aansprakelijk zijn voor het door de vennootschap niet-betalen van rekeningen van een advocatenkantoor. Het hof hanteert de maatstaven uit HR 8 december 2006 (Ontvanger/Roelofsen). Op basis van een uitgebreide feitelijke analyse concludeert het hof dat ten tijde van het verstrekken van de adviesopdracht aan Goodwin de VEB Bank nog alle vrijheid had om de lening aan de vennootschap niet te verstrekken. De conclusie is dat X ten tijde van het aangaan van de verbintenissen met Goodwin wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat Etirc niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade van Goodwin. Y is niet de gewraakte betalingsverplichtingen namens Etirc aangegaan, maar heeft wel toegestaan dat X als feitelijk bestuurder namens Etirc de overeenkomst met Goodwin is aangegaan. Zijn wetenschap daaromtrent kan onder andere afgeleid worden uit het betaalde voorschot. Gesteld noch gebleken is dat Y, hoewel hij daar als enig bestuurder toe in staat moet worden geacht, heeft ingegrepen om de belangen van Goodwin te ontzien. Y's verweer omtrent de aanstaande financiering van de VEB bank kan Y op dezelfde gronden als X niet baten.

De heer R. Pieper ('X') is tot 27 april 2008 statutair bestuurder van European Technology and Investment Research Center B.V. ('Etirc'). De heer B. Pieper ('Y') volgde X op als statutair bestuurder, X is vanaf die datum feitelijk bestuurder. Etirc verrichtte consultancywerkzaamheden en was betrokken bij het Eclipse Aviation project ('het project'). Via enkele rechtspersonen werd gewerkt aan de realisatie van vliegtuigen. In dat kader zou

een SPV de productierechten voor de Eclipse 500 – privéjets voor zakelijk gebruik – verwerven met een van de Russische Vnesheconombank ('de VEB Bank') te verkrijgen financiering van \$ 205 miljoen.

In het kader van een mogelijke overname van Eclipse Aviation Inc. is aan Goodwin Procter LLP ('Goodwin') op 4 november 2008 de opdracht gegeven te adviseren. Een gedeelte van de door Goodwin verzonden facturen is onbetaald gebleven. Nadat Eclipse Aviation door middel van een Chapter 7-procedure op 25 februari 2009 failliet is verklaard, is Etirc op 7 april 2009 op eigen verzoek failliet verklaard. Goodwin heeft X en Y gedagvaard en daarbij onder andere gevorderd hoofdelijke veroordeling van X en Y tot betaling van een bedrag van \$ 1.037.662 vermeerderd met rente en kosten. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen.

Het hof overweegt dat ter zake van schuldeisersbenadeling naast de aansprakelijkheid van de vennootschap, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, ook grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Volgens het hof moet de bestuurder, mede gelet op zijn verplichting ex artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kunnen worden gemaakt – verwijzend naar HR 8 december 2006 (*Ontvanger/Roelofsen*). Beide situaties worden door het hof conform de heersende jurisprudentie van de Hoge Raad nader uitwerkt, waarbij het hof met betrekking tot de Beklamel-norm overweegt dat met de bestuurder op één lijn gesteld kan worden degene die optrad als feitelijk bestuurder en als feitelijk bestuurder namens de vennootschap de verbintenissen is aangegaan.

X en Y stellen dat zij op het moment van de opdrachtverlening erop mochten vertrouwen dat de VEB bank het project zou financieren waardoor de vennootschap \$ 97 miljoen winst zou maken, die zij hadden kunnen aanwenden om bijvoorbeeld Goodwin te betalen. Het hof komt echter, onder andere op basis van de tekst van de kredietbrief, tot de conclusie dat de VEB Bank zich nog niet had gecommitteerd de lening te verstrekken. Op basis van een uitgebreide feitelijke analyse concludeert het hof dat ten tijde van het verstrekken van de opdracht aan Goodwin de VEB Bank nog alle vrijheid had om de lening niet te verstrekken. Niet van belang hierbij is dat vanaf december 2008 de opschortende voorwaarden voor de financiering waren vervuld en dat de verwachting gerechtvaardigd was dat de VEB Bank ieder moment de financiering zou verstrekken. De conclusie is dat X ten tijde van het aangaan van de verbintenissen met Goodwin wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat Etirc niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade van Goodwin.

De omstandigheid dat Goodwin (mogelijk) heeft kunnen weten dat het project onzeker was,

brengt niet mee dat zij er rekening mee behoefde te houden dat de rekeningen onbetaald zouden blijven. De stelling dat Goodwin van de betalingsonmacht van Etirc had behoren te weten, stuit reeds af op het vertrouwen dat Goodwin aan mededelingen van X heeft kunnen ontleen. Bovendien is het hof van oordeel dat X, die zelf de verbintenissen met Goodwin met Beklamel-wetenschap is aangegaan, niet zijn aansprakelijkstelling kan afwenden met het verweer dat Goodwin van de betalingsonmacht van Etirc had behoren te weten.

Y is niet de gewraakte betalingsverplichtingen namens Etirc aangegaan, maar heeft wel toegestaan dat X als feitelijk bestuurder namens Etirc de overeenkomst met Goodwin is aangegaan. Zijn wetenschap daaromtrent kan onder andere afgeleid worden uit de betaalde voorschotbetaling. Gesteld noch gebleken is dat Y, hoewel hij daar als enig bestuurder toe in staat moet worden geacht, heeft ingegrepen om de belangen van Goodwin te ontzien. Y's verweer omtrent de aanstaande financiering van de VEB bank kan Y op dezelfde gronden als X niet baten. Het hof bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank Haarlem d.d. 7 september 2011.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:1507

Zaaknummer: 200.097.915-01

Rechters: M.P. van Achterberg, J.W.M. Tromp en W.J. van den Bergh

Advocaten: M.C. van Rijswijk en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Infomedics Factoring B.V./X

Een voormalig advocaat en bestuurder van zijn beroepsvennootschap heeft volgens het hof niet onrechtmatig gehandeld tegenover het factoringbedrijf dat de advocatendeclaraties verzorgde en inde. Weliswaar moest hij als bestuurder er rekening mee houden dat mogelijk een deel van de aan het factoringbedrijf overgedragen vorderingen op de debiteuren van de maatschap oninbaar zou zijn, maar het factoringbedrijf heeft onvoldoende gesteld om de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap in geval van mogelijke niet betaling van vorderingen de hiervoor van het factoringbedrijf ontvangen vergoedingen niet zou kunnen terugbetalen.

De feiten in deze zaak zijn als volgt. Geïntimeerde was advocaat en is statutair bestuurder van X Praktijk B.V. ('X'). X en NO Praktijk B.V. ('NO BV') waren maten in de maatschap 'geïntimeerde, Boertje Sickler' met de handelsnaam Y ('Y'). In augustus 2011 heeft de bestuurder van NO BV de maatschapsovereenkomst opgezegd, waardoor de onderneming van de maatschap is overgedragen aan X. Appellante in deze zaak, Infomedics Factoring B.V., rechtsopvolgster van Infomedics AdvocatenKabinet B.V. ('Advocatenkabinet') is een factoringbedrijf dat – kort gezegd – de declaraties en inning van de declaraties verzorgt voor onder meer advocaten.

In januari 2012 is een overeenkomst gesloten tussen Advocatenkabinet en Y (die rechtsgeldig werd vertegenwoordigd door geïntimeerde), waarin, verkort weergegeven, is opgenomen dat Y alle vorderingen die zij tijdens de looptijd van de Overeenkomst heeft of zal verkrijgen op natuurlijke of rechtspersonen verkoopt en cedeert aan Advocatenkabinet, en dat indien een debiteur een vordering niet binnen bepaalde tijd voldoet, Advocatenkabinet bevoegd is die vordering aan Y te retrocederen ('Overeenkomst'). Geïntimeerde verleende als advocaat zijn diensten aan onder meer de vennootschap VOC B.V. ('VOC'). Medio augustus 2012 is tussen

geïntimeerde en Advocatenkabinet een overeenkomst gesloten met als strekking de relatie te beëindigen ('beëindigingsovereenkomst'). In januari 2013 is een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen X en Advocatenkabinet ('de VSO'), inhoudende dat X een bepaald bedrag in termijnen zou betalen. X is in juni 2013 failliet verklaard.

In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat Advocatenkabinet onvoldoende heeft aangedragen voor de door haar gestelde grondslag dat geïntimeerde – los van zijn handelen als bestuurder van X – onrechtmatig jegens Advocatenkabinet heeft gehandeld.

Twee grieven van Advocatenkabinet zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat zij haar stelling dat de financiële positie van X en/of de maatschap bij het aangaan van de Overeenkomst zodanig was dat geïntimeerde wist of behoorde te weten dat X in geval van mogelijke niet betaling van vorderingen, de hiervoor van Advocatenkabinet ontvangen vergoedingen niet zou kunnen terugbetalen (retrocessie), onvoldoende heeft onderbouwd.

Ook naar het oordeel van het hof heeft Advocatenkabinet onvoldoende gesteld om deze stelling te kunnen dragen. Geïntimeerde moest er als bestuurder van X weliswaar rekening mee houden dat mogelijk een deel van de aan Advocatenkabinet overgedragen vorderingen op de debiteuren van de maatschap oninbaar zou zijn, maar Advocatenkabinet heeft onvoldoende gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat geïntimeerde al ten tijde van het aangaan van de Overeenkomst wist of behoorde te weten dat hiermee naar verwachting een hoog totaalbedrag gemoeid zou zijn, aldus het hof.

Volgens het hof heeft Advocatenkabinet tevens onvoldoende gesteld om haar stelling te kunnen dragen dat geïntimeerde reeds bij de aanlevering van de vorderingen op VOC wist of behoorde te weten dat een aanzienlijke kans bestond dat deze gecedeerde vorderingen oninbaar zouden zijn en X voor de terugbetalingsverplichtingen geen verhaal zou bieden. Weliswaar waren er aanwijzingen dat VOC mogelijk in gebreke zou blijven de vorderingen te voldoen, maar deze waren niet sterk genoeg om voormelde conclusie te rechtvaardigen.

Ten slotte zijn grieven gericht tegen de overwegingen van de rechtbank dat geïntimeerde bij het aangaan van de beëindigingsovereenkomst en de VSO niet onrechtmatig heeft gehandeld. Volgens het hof brengt het gegeven dat geïntimeerde Advocatenkabinet op de hoogte heeft gebracht van de bestaande risico's met betrekking tot de inkomsten van de maatschap met zich dat Advocatenkabinet er rekening mee moest houden dat moeilijkheden konden ontstaan met het nakomen van de verplichtingen uit hoofde van de beëindigingsovereenkomst en de VSO. Daarom heeft geïntimeerde door het aangaan van de beëindigingsovereenkomst en de VSO niet onrechtmatig jegens Advocatenkabinet gehandeld.

Ook de overige grieven falen, zodat het besteden vonnis door het hof wordt bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-03-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:961

Zaaknummer: 200.154.652

Rechters: L.R. thoe van Harinxma Slooten, A.S. Arnold en J. Blokland

Advocaten: C.O. Wenckebach en A.I. Reznitchenko

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X c.s./Slegers q.q.

Appellant vordert in dit incident de uitvoerbaarheid bij voorraad van het bestreden eindvonnis op de voet van artikel 351 Rv te schorsen en de curator verdere tenuitvoerlegging daarvan te verbieden. Het hof oordeelt dat appellant niet gemotiveerd stelt dat de curator op andere wijze voldoening kan verkrijgen van de bij het bestreden vonnis uitgesproken veroordeling. Geen misbruik van bevoegdheid tot executie curator. Volgens het hof heeft appellant zijn door de curator betwiste stelling dat de executie voor de curator geen batig saldo zal opleveren niet genoegzaam onderbouwd. De omstandigheid dat appellant als gevolg van de executie zijn woning zal verliezen – hetgeen daaraan inherent is – en hij niet of moeilijk alternatieve huisvesting zou kunnen verkrijgen, acht het hof ontoereikend tegenover het belang van de curator om reeds nu over te gaan tot tenuitvoerlegging van het bestreden eindvonnis. Het hof wijst de vordering daarom af.

Bij het bestreden eindvonnis van 31 oktober 2012 heeft de rechtbank voor recht verklaard dat appellant jegens de curator aansprakelijk is voor het faillissementstekort als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW van Rico Sport BV en is appellant op vordering van de curator veroordeeld tot betaling van dat faillissementstekort, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Voorts heeft de rechtbank appellant veroordeeld om aan de curator te betalen een voorschot op het te betalen faillissementstekort ter grootte van € 150.000 en een bedrag van € 1774 vermeerderd met wettelijke rente, ter zake van beslagkosten. De bij het vonnis uitgesproken veroordelingen zijn uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

Bij exploit van 26 november 2012 heeft de curator onder betekening van de grosse van het eindvonnis appellant bevel gedaan om genoemde bedragen te betalen en heeft hij appellant aangezegd dat het op 28 juli 2010 gelegde conservatoire beslag op het hem (tezamen met zijn

echtgenote) in eigendom toebehorende huis, tuin, bedrijfshal en erf van rechtswege executoriaal is geworden.

Appellant vordert in het incident de uitvoerbaarheid bij voorraad van het bestreden eindvonnis op de voet van artikel 351 Rv te schorsen en de curator te verbieden tot verdere tenuitvoerlegging van dat vonnis over te gaan totdat in de hoofdzaak eindarrest zal zijn gewezen. Appellant vraagt de curator een dwangsom op te leggen van € 100.000 voor overtreding van het gevorderde verbod, te vermeerderen met € 1000 per dag of dagdeel dat de overtreding voortduurt. Appellant heeft aan zijn vordering in het incident ten grondslag gelegd dat de executie van het vonnis bij hem een noodtoestand zal doen ontstaan, althans dat een afweging van zijn belangen en de belangen van de curator schorsing van de tenuitvoerlegging eist. Appellant voert daartoe aan, kort weergegeven, dat de bank waaraan hij het recht van hypotheek op zijn woning heeft verleend heeft aangekondigd dat zij de executie van de curator zal overnemen. Dat zal tot gevolg hebben dat er van de opbrengst van de verkoop van de woning voor de curator (vrijwel) niets zal resteren en dat appellant, die onvoldoende inkomsten heeft om een andere woning te kunnen kopen, niet in aanmerking komt voor een sociale huurwoning en niet in staat is om aanzienlijk hogere woonlasten te betalen in de vrije huursector, op straat zal komen te staan. Voorts heeft appellant aangevoerd dat de curator er geen, althans onvoldoende belang bij heeft om het bestreden eindvonnis reeds nu ten uitvoer te leggen, omdat de curator tot zekerheid conservatoir beslag heeft doen leggen op de woning c.a. en daarom geen restitutierisico loopt. Appellant daarentegen, zo voert hij aan, heeft er groot belang bij om in zijn woning te kunnen blijven wonen, in ieder geval totdat in hoger beroep op de vordering van de curator zal zijn beslist.

De curator voert verweer tegen toewijzing van de vordering in het incident. Hij betwist dat de executie van de woning voor hem geen baat zal opleveren, gelet op de getaxeerde executiewaarde van € 595.000 en de op de woning rustende hypotheekrechten ter waarde van in totaal € 350.000, alsmede dat het voor appellant niet mogelijk zou zijn om vervangende woonruimte te vinden.

Volgens het hof is voor toewijzing van een incidentele vordering op grond van artikel 351 Rv plaats in geval van misbruik van recht, dan wel in geval een afweging van de belangen van partijen in het licht van nieuwe – door incidenteel eiser te stellen – omstandigheden daartoe aanleiding geeft. Van misbruik van recht kan met name sprake zijn indien het vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust. Als nieuwe omstandigheden komen alleen in aanmerking omstandigheden die zich hebben voorgedaan nadat de zaak in eerste aanleg in staat van wijzen is gekomen. De kans van slagen van het aangewende rechtsmiddel dient bij de belangenafweging in de regel buiten beschouwing te blijven.

Dat het bestreden eindvonnis (kennelijk) op een feitelijke of juridische misslag berust, is gesteld noch gebleken. Het hof begrijpt dat appellant zich op het standpunt stelt dat de wijze waarop de curator het bestreden eindvonnis ten uitvoer wenst te leggen (namelijk door middel van executieverkoop van de woning van appellant), zoals appellant dat na het wijzen van het bestreden eindvonnis is gebleken, een nieuwe omstandigheid vormt die noopt tot een afweging van de wederzijdse belangen van partijen; alleen omstandigheden die door de rechtbank niet in aanmerking konden worden genomen bij haar beslissing het eindvonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, kunnen rechtvaardigen dat van die eerdere beslissing tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad wordt afgeweken. In zoverre dienen de belangen van partijen tegenover elkaar te worden afgewogen.

Het hof overweegt dat voorop moet worden gesteld dat de curator er belang bij heeft om het bestreden eindvonnis ten uitvoer te kunnen leggen. De uitvoerbaarheid bij voorraad heeft in het algemeen tot doel de gerechtigde niet langer te laten wachten op hetgeen hem – na een volledig en afgesloten onderzoek in eerste aanleg – toekomt. Reeds hierin ligt het belang van de curator besloten.

Appellant stelt niet, althans niet gemotiveerd, dat de curator op andere wijze voldoening kan verkrijgen van de bij het bestreden vonnis uitgesproken veroordeling dan door middel van executoriale verkoop van de aan appellant in eigendom toebehorende onroerende zaak. Gelet daarop kan hetgeen appellant ter onderbouwing van zijn incidentele vordering heeft aangevoerd niet leiden tot de conclusie dat de curator misbruik van zijn bevoegdheid tot executie maakt door daartoe over te gaan. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat appellant zijn stelling dat de executie voor de curator geen batig saldo zal opleveren niet genoegzaam heeft onderbouwd en dat de curator die stelling uitdrukkelijk en gemotiveerd heeft betwist. De omstandigheid dat appellant als gevolg van de executie zijn woning zal verliezen – hetgeen daaraan inherent is – en hij niet of moeilijk alternatieve huisvesting zou kunnen verkrijgen, acht het hof ontoereikend tegenover het belang van de curator om reeds nu over te gaan tot tenuitvoerlegging van het bestreden eindvonnis. Het hof wijst de vordering daarom af.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 07-05-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:2568

Zaaknummer: HD 200.120.739-01

Rechters: O.G.H. Milar, C.N.M. Antens en M.G.W.M. Stenissen

Advocaten: M.J. Mookhram en M.M.M. Rooijen

Wetsartikelen: 2:248 lid 1 BW, 2:394 BW, 351 Rv en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Eindarrest na tussenarrest ECLI:NL:GHARL:2013:10388 (niet gepubliceerd). Het gerechtshof beoordeelt enkel of de vordering van curatoren, veroordeling van de bestuurders (appellanten) tot vergoeding van het deficit in faillissement, gematigd moet worden. De kwaliteit van de door appellanten voorafgaand aan het faillissement gevoerde boekhouding is van belang als bijzonder feit waarop matiging kan zijn gebaseerd. Het hof heeft bij tussenvonnis een deskundigenonderzoek gelast. Appellanten blijven nalatig in betaling van het (volledige) voorschot van de deskundigen die de kwaliteit van de boekhouding moeten beoordelen. De deskundigen hebben de opdracht teruggegeven. Betalingsonmacht van een bestuurder staat aan toerekenbaarheid aan bestuurder niet in de weg. De door appellanten aangevoerde redenen voor matiging zijn niet vast komen te staan. Het gerechtshof wijst de vordering van curatoren onverkort toe.

Dit eindarrest volgt op het tussenarrest ECLI:NL:GHARL:2013:10388 (niet gepubliceerd). De zaak is diverse malen aangehouden, waarbij appellanten na herhaald aandringen een deel van het door hen verschuldigde (gematigde) voorschot voor de deskundigen hebben betaald. Nadat het hof appellanten heeft gewezen op de consequenties van het niet-betalen van het volledige voorschot, heeft het hof bij brief van 6 mei 2014 partijen meegedeeld dat het deskundigenonderzoek geen doorgang zal vinden. De deskundigen hebben hun opdracht teruggegeven. Bij beslissing van 17 juni 2014 is de vergoeding voor de deskundigen bepaald op € 3388. Na aftrek van dit bedrag is het betaalde deel van het voorschot terugbetaald aan appellanten.

In de onderhavige zaak beoordeelt het gerechtshof enkel nog of de vordering van de curatoren gematigd moet worden. Daarop zien twee grieven, één in het principaal hoger beroep en één

in het incidenteel hoger beroep. De rechtbank heeft die matiging op tachtig procent gesteld. De curatoren hebben bepleit dat van matiging geen sprake dient te zijn en appellanten stellen zich op het standpunt dat de vordering dient te worden gematigd tot nihil.

Nu aan de grondslagen voor de vordering is voldaan, is het uitgangspunt dat de vordering in zijn geheel wordt toegewezen. Matiging is derhalve een uitzondering en dient gebaseerd te zijn op daartoe door appellanten aan te voeren bijzondere feiten en omstandigheden. Daarbij is van belang wat de kwaliteit is van de door appellanten voorafgaand aan het faillissement gevoerde boekhouding.

Het hof heeft bij arrest van 3 september 2013 deskundigen benoemd om de kwaliteit van de boekhouding te beoordelen, waarbij appellanten het voorschot voor de deskundigen dienden te voldoen. Na hun benoeming hebben de deskundigen zich een indruk gevormd van de omvang van het hen opgedragen onderzoek. Zij zijn daarbij tot de conclusie gekomen dat een voorschot van € 263.000 (excl. BTW) in de rede lag. Appellanten hebben zich gemotiveerd verzet tegen de omvang van dit voorschot. Daarop heeft het hof, na overleg van partijen en de deskundigen op 21 januari 2014 een tussenarrest gewezen waarin de opdracht aan de deskundigen beperkter is geformuleerd (een zogenoemde 'quickview') en het voorschot is beperkt tot € 55.200.

Ook daarna bleven appellanten, ondanks aansporingen tot betaling en toezeggingen dat betaling zou volgen, nalatig het voorschot te voldoen. Uiteindelijk hebben appellanten een deel van het voorschot betaald. Het hof heeft appellanten daarop herhaald in de gelegenheid gesteld het voorschot volledig te betalen. Die betaling is echter achterwege gebleven. Uiteindelijk hebben de deskundigen hun opdracht teruggegeven. Het hof is van oordeel dat aan appellanten ruim gelegenheid is gegeven het volledige voorschot te voldoen. Nu zij dit hebben nagelaten, dient het niet-doorgaan van het deskundigenonderzoek aan hen te worden toegerekend.

Ook in hun akte na niet gehouden deskundigenonderzoek hebben appellanten geen feiten en omstandigheden aangevoerd die een matiging van de vordering van de curatoren kunnen dragen. Nu naar het oordeel van het hof dergelijke gronden ook eerder in de procedure niet zijn aangevoerd, dient de grief in het principaal hoger beroep te worden verworpen en slaagt de incidentele grief van de curatoren.

Dat appellanten, zoals zij stellen, het voorschot voor de deskundigen niet kunnen voldoen, maakt het vorenstaande niet anders. Dat de curatoren, vooruitlopend op het eindarrest van het hof, overeenkomstig het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis van de rechtbank een aanvang hebben gemaakt met de executie daarvan, is evenmin van belang bij de

beantwoording van de vraag of de vordering van de curatoren moet worden gematigd.

De slotsom is volgens het gerechtshof dat het principaal hoger beroep faalt en het incidenteel hoger beroep slaagt. Het gerechtshof vernietigt het vonnis van de Rechtbank Groningen gewezen op 30 juli 2008 in zoverre daarin het bedrag van de vordering van de curatoren is gematigd tot tachtig procent en opnieuw rechtdoende wijst het hof die vordering onverkort toe.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:3416

Zaaknummer: 200.012.530-01

Rechters: J.H. Kuipers, G. van Rijssen en R. Feunekes

Advocaten: C.H.J. van der Maas en J.V. van Ophen

Wetsartikelen: 2:248 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Partijen in deze zaak hebben geen overeenstemming kunnen bereiken over de beëindiging en financiële afwikkeling van hun vof. Volgens vennoot A (appellant in deze zaak) heeft de rechtbank ten onrechte de vof aan vennoot B (geïntimeerde in deze zaak) toegekend zonder dat hiervoor enige door geïntimeerde aan appellant te betalen vergoeding is toegekend. Appellant miskent, aldus het hof, dat de rechtbank onbestreden heeft geoordeeld dat de relevante bepaling in de vennootschapsakte (over voortzetting der vennootschap) ook geldt in geval van voortzetting na ontbinding ex artikel 7A:1684 BW. Naar het oordeel van het hof is niet duidelijk waarom het feit dat in de oprichtingsakte van de vof niet is bepaald dat bij beëindiging of voortzetting van de vof een vergoeding moet worden betaald, tot grote onredelijkheid en onbillijkheid leidt (zoals appellant betoogt), waarbij het hof overweegt dat appellant bovendien heeft nagelaten voldoende inzichtelijk te maken waarom hij is verarmd door de wijze waarop de rechtbank de verdeling van het vermogen van de vof heeft berekend.

Het gaat in deze zaak, verkort weergegeven, om het volgende. Vennoot A ('geïntimeerde') en vennoot B ('appellant') zijn de vennoten van de door hen in 2007 opgerichte vennootschap onder firma STC-Computing V.O.F. ('STC'). STC exploiteert een onderneming op het gebied van de aanleg van ICT-netwerken, ICT-dienstverlening en de verkoop van hard- en software. Partijen hebben hun samenwerking vastgelegd in een vennootschapsakte waarin bepalingen zijn opgenomen met betrekking tot beëindiging van de samenwerking.

In verband met een drugs- en gokverslaving en opname in een kliniek heeft appellant vanaf april 2009 nauwelijks voor STC gewerkt. In maart 2010 is appellant uit de kliniek ontslagen. Geïntimeerde heeft tot oktober 2009 het afgesproken maandelijkse voorschot op het winstaandeel aan appellant betaald. Partijen hebben in 2010 tevergeefs gesproken over de

beëindiging van de samenwerking en de verdeling van het vennootschapsvermogen.

In eerste aanleg heeft de rechtbank op vordering van geïntimeerde onder meer (i) de overeenkomst van STC ontbonden, (ii) verklaard dat geïntimeerde gerechtigd is de onderneming voort te zetten onder de naam STC en (iii) de verdeling van het vermogen van STC aldus vastgesteld dat appellant aan geïntimeerde verschuldigd is € 214,50.

Appellant stelt in zijn enige grief dat de rechtbank ten onrechte heeft gesteld dat de onderneming aan geïntimeerde wordt toegekend zonder dat hiervoor enige door geïntimeerde aan appellant te betalen vergoeding wordt toegekend. In zijn toelichting heeft appellant niet meer vermeld dan dat geïntimeerde aldus een onderneming in de schoot krijgt geworpen die door partijen gezamenlijk is gestart en opgebouwd. Het feit dat in de oprichtingsakte van de vof niet is bepaald dat bij beëindiging of voortzetting daarvan een vergoeding moet worden betaald leidt, aldus appellant, tot grote onredelijkheid en onbillijkheid, omdat geïntimeerde nu voor een aanzienlijk bedrag wordt verrijkt terwijl appellant voor eenzelfde bedrag wordt verarmd.

De grief van appellant houdt volgens het hof enkel in dat het feit dat de vennootschapsakte geen melding maakt van een te betalen vergoeding bij beëindiging van de onderneming of voortzetting daarvan door één der vennoten tot grote onredelijkheid en onbillijkheid leidt omdat geïntimeerde nu voor een aanzienlijk bedrag wordt verrijkt. Naar het oordeel van het hof miskent appellant met deze grief dat de rechtbank onbestreden heeft geoordeeld dat de relevante bepaling in de vennootschapsakte (over voortzetting der vennootschap) ook geldt in geval van voortzetting na ontbinding ex artikel 7A:1684 BW.

De rechtbank heeft vervolgens aan de hand van de desbetreffende bepalingen in de vennootschapsakte na berekening de verdeling vastgesteld. Gelet op dit alles is het zonder nadere door appellant te geven toelichting, die ontbreekt, niet duidelijk waarom het feit dat in de oprichtingsakte van de vof niet is bepaald dat bij beëindiging of voortzetting daarvan een vergoeding moet worden betaald tot 'grote onredelijkheid en onbillijkheid' leidt. Het hof weegt hierbij mee dat appellant geen, in elk geval geen voldoende inzichtelijke berekening heeft gemaakt aan de hand waarvan kan worden vermoed dat hij is verarmd door de wijze waarop de rechtbank de verdeling van het vermogen van STC heeft berekend. Dit betekent dat zijn grief faalt.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1677

Zaaknummer: HD200.111.759_o1

Rechters: J.R. Sijmonsma, J.H.C. Schouten en M.G.W.M. Stienissen

Advocaten: A.Ch. Oste en M.A.H.J. Goyaerts

Wetsartikelen: 7A:1684 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

De curator van Bell Marketing heeft de bank, de holding en bestuurders aangesproken in verband met door Bell Marketing gedane aflossingen op de door de Holding van de bank verkregen aankoopfinanciering voor de aandelen in Bell Marketing. Gedaagden betwisten dat Bell Marketing zich (mondeling) heeft medeverbonden voor die financiering (wat strijdig zou zijn met art. 2:207c lid 1 BW (oud)) en stellen subsidiair dat de toegepaste constructie – als deze toch onrechtmatig zou zijn – geconverteerd is in een doorleenconstructie zoals gesanctioneerd 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO1962 (Muller q.q./Rabobank). Bewijsopdracht aan curator ten aanzien van zijn stelling dat de doelvennootschap zich jegens de bank heeft verbonden tot terugbetaling van de lening die aan de koper is verstrekt ter financiering van de koopprijs van de aandelen. Volgens de rechtbank is in ieder geval geen sprake van conversie in een toegestane constructie omdat dit onverenigbaar zou zijn met de strekking van artikel 2:207c lid 1 BW (oud).

In de onderhavige zaak heeft de curator, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Bell Marketing B.V. ('Curator') een vordering ingesteld tegen ABN AMRO Bank N.V. ('de Bank'), een tweetal niet bij naam genoemde B.V.'s ('gedaagden 2 en 4') en een tweetal natuurlijke niet bij naam genoemde personen ('gedaagden 3 en 5').

Beheer B.V. heeft op of omstreeks 1 juli 2000 de aandelen gekocht die door de heer X – via bedrijf X – werden gehouden in Bell Services Holding B.V. Bell Services Holding B.V. hield alle aandelen in Bell Services Nederland B.V. Gedaagde 5 hield alle aandelen in Beheer B.V. Op 5 november 2004 heeft Bell Services Holding B.V. de aandelen in Bell Services Nederland B.V. overgedragen aan Beheer B.V. Bell Services Holding B.V. hield vervolgens op te bestaan. Op 28 juni 2009 vindt er een naamswijziging plaats: Beheer B.V. is vanaf dat moment genaamd Bell

Marketing Holding B.V. (hierna: 'de Holding') en Bell Services Nederland B.V. heet vanaf dat moment Bell Marketing B.V. (hierna: 'Bell Marketing'). Bell Marketing is op 15 februari 2011 in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de Curator tot curator.

Wat de bestuursstructuur ten aanzien van Bell Marketing betreft geldt het volgende. Tot februari 2004 is Bell Services Holding B.V. de bestuurder van Bell Services Nederland B.V. (thans: Bell Marketing). Beheer B.V. (thans: de Holding) is tot dat moment de bestuurder van Bell Services Holding B.V., en gedaagde 5 de bestuurder van de Holding. Vanaf november 2004 is de Holding (rechtstreeks) bestuurder van Bell Marketing, naast de heer Y. Gedaagde 5 is dan nog steeds bestuurder van de Holding. Vanaf januari 2009 tot juli 2010 wordt Bell Marketing bestuurd door (alleen) de Holding. Op dat moment zijn bedrijf Y en gedaagde 4 bestuurder van de Holding. Bestuurder van gedaagde 4 is gedaagde 5. Vanaf 30 juli 2010 is gedaagde 2 de bestuurder van de Holding, die op haar beurt (nog steeds) bestuurder is van Bell Marketing. Bestuurder van gedaagde 2 is wijlen de heer Z. Gedaagde 5 is derhalve vanaf 2000 tot 30 juli 2010 (indirect en al dan niet samen met een ander) bestuurder van Bell Marketing; vanaf 30 juli 2010 is Z (indirect) bestuurder van Bell Marketing.

Bij overeenkomst, ondertekend namens de Bank op 22 juni 2000 en namens Beheer B.V. (i.o.) op 27 juni 2000, heeft de Bank fl. 5 miljoen uitgeleend aan Beheer B.V. ter financiering van de overname van de aandelen van bedrijf X, waarbij onder meer borgstelling van de heer Z en gedaagde 5 is overeengekomen. De rente- en aflossingstermijnen ten aanzien van voornoemde lening zijn betaald door Bell Marketing.

De primaire vordering van de Curator strekt tot een verklaring voor recht dat bij het verstrekken van de geldlening in 2000 is gehandeld in strijd met het steunverbod van artikel 2:207c lid 1 BW (oud). Krachtens artikel 2:207c lid 1 BW (oud) mocht de vennootschap (in casu Bell Marketing) zich niet hoofdelijk of anderszins naast of voor anderen verbinden met het oog op het verkrijgen door anderen van aandelen in haar kapitaal. Artikel 2:207c lid 1 BW (oud) is ook van toepassing in een geval als het onderhavige, waarin (volgens de stellingen van de Curator) de dochter (Bell Marketing) zich met het oog op de verwerving door anderen (namelijk de Holding) van aandelen in het kapitaal van haar moeder (de thans niet langer bestaande vennootschap Bell Services Holding B.V.) hoofdelijk of anderszins naast anderen heeft verbonden. De primaire vordering van de Curator is gekoppeld aan een vordering tot betaling van € 1.581.581 door de Bank, alsmede aan een vordering tot verklaring voor recht dat gedaagden 2, 3, 4 en gedaagde 5 hun taak als bestuurder onbehoorlijk hebben vervuld, welke laatste vordering is gekoppeld aan een vordering tot betaling van het boedeltekort.

Volgens de Curator heeft Bell Marketing met het oog op de verwerving door de Holding van de aandelen in het kapitaal van haar (toenmalige) moederverenootschap (Bell Services Holding

B.V.) met de Holding en de Bank afgesproken dat zij de aan de Holding verstrekte geldlening zal aflossen en de verschuldigde rentetermijnen zal betalen. Daarmee heeft Bell Marketing zich hoofdelijk of anderszins verbonden naast of voor de Holding jegens de Bank, aldus de Curator. Het gevolg daarvan is dat deze afspraak nietig is ex artikel 2:207c lid 1 BW (oud), zodat de bedragen die Bell Marketing aan de Bank heeft betaald onverschuldigd zijn betaald.

Voor zover de Curator zich op het standpunt stelt dat het feit dat Bell Marketing steeds de rente en aflossing heeft betaald voldoende is voor strijd met artikel 2:207c lid 1 BW (oud) faalt zijn betoog. Zoals gedaagde partijen terecht stellen is er op zichzelf geen bezwaar dat Marketing deze betalingen heeft gedaan; het staat haar vrij de verbintenissen van een ander na te komen. Dat geldt ook als Bell Marketing op enig moment een incassomachtiging zou hebben afgegeven aan de Bank. Waar het om gaat is of Bell Marketing een eigen verplichting op zich heeft genomen jegens de Bank om de (in verband met de verwerving van de aandelen in Bell Services Holding verstrekte lening verplichte) rente- en aflossingstermijnen te betalen. Het verstrekken van een incassomachtiging kan wel een aanwijzing zijn dat Bell Marketing een dergelijke verplichting op zich heeft genomen, maar is op zichzelf genomen onvoldoende om een dergelijke verplichting aan te nemen. Zoals de Bank terecht heeft gesteld had Bell Marketing (ook) ondanks een incassomachtiging de betaling op ieder door haar gewenst moment kunnen staken. De Bank zou Bell Marketing dan (in juridische zin) niet tot betaling hebben kunnen aanspreken. Dat is slechts anders als Bell Marketing zichzelf jegens de Bank zou hebben verbonden tot betaling.

Dat laatste is (ook) wat de Curator stelt, namelijk dat bij het aangaan van de lening tussen Bell Marketing, de Holding en de Bank (mondeling) is afgesproken dat Bell Marketing de geldlening van de Bank aan de Holding zal aflossen, alsmede de verschuldigde rentetermijnen zal betalen. Voor zover deze afspraak in rechte komt vast te staan, heeft Bell Marketing wel degelijk een eigen verplichting op zich genomen jegens de Bank tot betaling. In dat geval is gehandeld in strijd met artikel 2:207c lid 1 BW (oud). De Bank en gedaagde 5 hebben betwist dat een dergelijke afspraak is gemaakt. Het bestaan van deze afspraak kan niet reeds worden aangenomen op basis van de thans door de Curator overgelegde stukken. Aan de andere kant kan niet worden aangenomen dat, zoals gedaagde partijen stellen, een dergelijke afspraak niet is gemaakt vanwege het enkele feit dat het gebruikelijk is een dergelijke afspraak schriftelijk vast te leggen. Dat betekent dat aan bewijslevering wordt toegekomen. Op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv rust op de Curator de bewijslast van zijn stellingen. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen zal dit bewijs aan de Curator worden opgedragen.

Gedaagden hebben subsidiair een beroep op conversie gedaan. Zij betogen dat als de Bank, de Holding en Bell Marketing zich zouden hebben gerealiseerd dat de door hen toegepaste constructie in strijd was met het bepaalde in artikel 2:207c lid 1 BW (oud), zij gekozen zouden

hebben voor de doorleenconstructie, waarbij Bell Marketing de lening zou zijn aangegaan met de Bank, en Bell Marketing het geld zou hebben doorgeleend aan de Holding. In dat geval zou geen sprake zijn geweest van strijdigheid met artikel 2:207c lid 1 BW (oud), aldus gedaagden onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 7 mei 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO1962 (*Muller q.q./Rabobank*). In de door de Hoge Raad – met een restrictieve toepassing van artikel 2:207c lid 1 BW (oud) – gesanctioneerde constructie gaat het om een geval waarin de doelvennootschap (in casu Bell Marketing) een eigen schuld heeft aan de bank, omdat zij een lening aangaat bij de bank. Als zij daarbij zekerheid verstrekt aan de bank, komt dat naar het oordeel van de Hoge Raad niet in strijd met artikel 2:207c lid 1 BW (oud), ook niet als het bedrag van deze lening wordt doorgeleend aan de koper van de aandelen om aldus de koopprijs te voldoen. Deze constructie verschilt op essentiële gronden met de in casu gehanteerde constructie; voor zover de door de Curator gestelde afspraak in rechte komt vast te staan is immers geen sprake van een eigen leenschuld van Bell Marketing aan de Bank, maar van een schuld van een ander (de Holding), voor welke schuld Bell Marketing zich jegens de Bank heeft verbonden. Het door artikel 2:207c lid 1 BW (oud) beschermde belang van instandhouding van het kapitaal van de vennootschap is, anders dan in het door de Hoge Raad berechte geval, in een dergelijk geval (wel) rechtstreeks in het geding. De vennootschap heeft zich dan immers verbonden voor de schuld van een ander, met het oog op het verkrijgen door die ander van aandelen in haar kapitaal (althans dat van haar moeder). De door gedaagden bepleite conversie van deze constructie in de door de Hoge Raad gesanctioneerde constructie is naar het oordeel van de rechtbank onverenigbaar met de strekking van artikel 2:207c lid 1 BW (oud). De door de wet bepaalde nietigheid zou dan immers zonder betekenis zijn.

In afwachting van de bewijslevering wordt iedere verdere beslissing aangehouden. Dat betreft onder andere het beroep op artikel 2:207c lid 2 BW (oud) en de gestelde bestuurdersaansprakelijkheid.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-04-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:3301

Zaaknummer: C/10/438729 / HA ZA 13-1211

Rechters: F. Damsteegt-Molier

Advocaten: J.P.D. van de Klift, B.W. Wijnstekers, R.C. Steenhoek en J.H.J. Rijntjes

Wetsartikelen: 2:207c BW (oud), V.1.1 Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en 81 lid 3 Ow BW

RECHTSPRAAK

FNV/Ista Nederland

FNV is, gezien de wetsgeschiedenis, belanghebbende in de zin van artikel 36 WOR. 'Dat er (mogelijk) verzet is bij een aantal werknemers/leden van FNV tegen het instellen van een OR dan wel tegen het instellen van onderhavige procedure, ontslaat Ista niet van haar wettelijke verplichting om een ondernemingsraad in te stellen.' Het hof oordeelt dat een verkiezing uitgeschreven moet worden en dat er geen reden is om op voorhand er al van uit te gaan dat minder dan vijf kandidaten zich zullen melden. 'Daar komt bij dat ook als er zich minder dan 5 kandidaten melden [...] het zo kan zijn dat de goede werking van de WOR vergt dat Ista daarmee instemt. Het hebben van een alternatieve vorm van raadpleging van werknemers [...] ontslaat Ista niet van de verplichting een OR in te stellen.' De tweede vraag die aan de orde komt, is of FNV recht heeft op toezending van een voorlopig reglement. Omdat de WOR 'bedrijfstaking werkzaam' niet definieert en de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten biedt, sluit het hof aan bij het normale spraakgebruik: 'ondernemers met een gelijksoortige functie in het voortbrengingsproces van een bepaald product of bepaalde dienst'. Zij knoopt daarbij aan bij de zogenoemde SBI-codes in het handelsregister en concludeert dat FNV werkzaam is in de bedrijfstak waarin Ista (in ieder geval deels) actief is.

Ista Nederland B.V. ('Ista') heeft een onderneming waarin meer dan vijftig werknemers werkzaam zijn. Een deel is lid van de vereniging Federatie Nederlandse Vakbeweging ('FNV'). Tot december 2011 had Ista een ondernemingsraad ('OR'). De toenmalige leden van de OR zijn allen teruggetreden en nadien zijn niet voldoende werknemers bereid gevonden om hun plaatsen in te nemen, zodat de OR is opgehouden te bestaan. Na december 2011 heeft Ista op

andere wijze voorzien in de medezeggenschap/raadpleging van haar werknemers. FNV heeft Ista aangeschreven met de eis dat bij Ista een OR ingesteld wordt. Ondanks bemiddelingspogingen van een bedrijfscommissie komen partijen er niet uit.

In eerste aanleg kwam de kantonrechter tot het oordeel dat FNV niet aan te merken viel als belanghebbende in de zin van artikel 36 lid 1 WOR. In onderhavig arrest komt het hof tot een andere conclusie. Op basis van de wetsgeschiedenis oordeelt zij dat FNV als belanghebbende valt aan te merken. 'FNV stelt zich blijkens art. 4.2 van haar statuten tot doel werknemersmedezeggenschap te bevorderen en zij heeft leden in de onderneming van Ista. FNV heeft onvoldoende gemotiveerd weersproken gesteld dat 20% van de werknemers van Ista lid is van FNV en dat in ieder geval een aantal van hen prijs stelt op het instellen van een ondernemingsraad. Aldus heeft FNV een redelijk en eigen belang om in haar verzoeken te worden ontvangen.'

Allereerst is de vraag of Ista gehouden is een OR in te stellen. Ista meent dat zij daartoe niet is gehouden, omdat artikel 6 lid 1 WOR voorschrijft dat haar ondernemingsraad uit vijf leden dient te bestaan. Nu uit een interne enquête blijkt dat slechts drie werknemers bereid zijn zich kandidaat te stellen, acht zij een andere vorm van medezeggenschap voldoende.

Het hof gaat niet mee in deze redenering. 'Dat er (mogelijk) verzet is bij een aantal werknemers/leden van FNV tegen het instellen van een OR dan wel tegen het instellen van onderhavige procedure, ontslaat Ista niet van haar wettelijke verplichting om een ondernemingsraad in te stellen.' Het hof oordeelt dat een verkiezing uitgeschreven moet worden en dat er geen reden is om op voorhand er al van uit te gaan dat minder dan vijf kandidaten zich zullen melden.' Daar komt bij dat ook als er zich minder dan 5 kandidaten melden – bijvoorbeeld 3 kandidaten – het zo kan zijn dat de goede werking van de WOR vergt dat Ista daarmee instemt, zoals de bedrijfscommissie heeft geadviseerd. [...] Het hebben van een alternatieve vorm van raadpleging van werknemers, overigens zonder te voorzien in middelen voor bedoelde werkgroepen/werknemers om tegen niet gevolgde adviezen in rechte op te komen, ontslaat Ista niet van de verplichting een OR in te stellen.'

De tweede vraag die aan de orde komt is of FNV recht heeft op toezending van een voorlopig reglement. Zij stelt dat zij daarover moet worden gehoord op grond van artikel 48 lid 1 WOR. Omdat de WOR 'bedrijfstaking werkzaam' niet definieert en de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten biedt, sluit het hof aan bij het normale spraakgebruik: 'ondernemers met een gelijksoortige functie in het voortbrengingsproces van een bepaald product of bepaalde dienst'. Zij knoopt daarbij aan bij de zogenaamde SBI-codes in het handelsregister en concludeert dat FNV werkzaam is in de bedrijfstak waarin Ista (in ieder geval deels) actief is. Ista is gehouden aan FNV een voorlopig reglement toe te zenden. Het hof vernietigt de

beschikking van de rechtbank Rotterdam van 14 november 2014 en bepaalt als hiervoor beschreven.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 12-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:1094

Zaaknummer: 200.164.600-01

Rechters: B. Barentsen, R.S. van Coevorden en C.J. Frikkee

Advocaten: M.J.M. Postma en S.A. Tan

Wetsartikelen: 6 WOR, 9 WOR, 36 WOR en 48 WOR