

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 20, 2015

Nummer 20, 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:2015:1691](#) 19-06-2015

X/Eneco

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:759](#) 27-03-2015

X/Y

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:4363](#) 16-06-2015

Kippersluis Holding/Geïntimeerde

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:1389](#) 16-06-2015

Reuser q.q./X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:4357](#) 16-06-2015

Janssen q.q./X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:4389](#) 16-06-2015

Uitgetreden Vennoten/Trapezium Vastgoed B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:4196](#) 09-06-2015

X/Y

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:1128](#) 24-03-2015

Pirox

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:4602](#) 02-12-2014

X/Y

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:7235](#) 22-06-2015

Verzoek ontslag vereffenaar Kwekerij Revadap B.V.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:7111](#) 22-06-2015

Royement leden Haagse Moslim-Vereniging nietig

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:3707](#) 10-06-2015

X/Coöperatief Institute for Forward Thinking c.s.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:6732](#) 10-06-2015

X/Y

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:4453](#) 10-06-2015

Merrie Parcona

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:2947](#) 03-06-2015

Gorter q.q./Construmax

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:2949](#) 03-06-2015

ZEPA Holding/PDBO Finance

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:3287](#) 27-05-2015

eiseres/Mosadex C-V c.s.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2015:4087](#) 15-04-2015

Curator/Viva la Vida c.s.

RECHTSPRAAK

Verzoek ontslag vereffenaar Kwekerij Revadap B.V.

Verzoeker verzoekt de rechtbank om hem te ontslaan als vereffenaar van Kwekerij Revadap B.V. Verzoeker is bij eerdere beschikking benoemd tot vereffenaar van Kwekerij Revadap B.V., alleen en voor zover het betreft de verkoop van een tot het te vereffenen vermogen van Kwekerij Revadap B.V. behorend aandeel in het registergoed. Verzoeker voert in zijn verzoekschrift aan dat de verkoop heeft plaatsgevonden en de werkzaamheden van de vereffenaar aldus tot een einde zijn gekomen. De rechtbank ontslaat verzoeker als vereffenaar van Kwekerij Revadap B.V. (vgl. art. 2:23b lid 9 BW). Na verloop van een maand nadat de vereffening is geëindigd dient de vereffenaar rekening en verantwoording van zijn beheer af te leggen aan de rechter.

Bij beschikking van 1 april 2015 is mr. L.Th.A. Boender ('verzoeker') benoemd tot vereffenaar van Kwekerij Revadap B.V. ('Kwekerij Revadap'), alleen en voor zover het betreft de verkoop van een tot het te vereffenen vermogen van Kwekerij Revadap behorend aandeel in het registergoed Abraham Molenaarweg (ongenummerd) te Berkel en Rodenrijs.

Verzoeker verzoekt de rechtbank hem te ontslaan als vereffenaar als bedoeld in artikel 2:23 lid 5 BW. Hij voert daartoe aan dat de verkoop heeft plaatsgevonden. De opbrengst is toegekomen aan de ABN AMRO Bank N.V., als hypotheekhouder, onder aftrek van de boedelbijdrage en betaling van het (resterende) salaris van de vereffenaar door ABN AMRO Bank N.V. als verzoeker van de onderhavige heropening. De ondertekening bij de notaris heeft plaatsgevonden op 8 april 2015, waarna de notariële akte is ingeschreven op 10 april 2015. Na het verzenden van de factuur voor zijn resterende uren aan ABN AMRO Bank N.V. zijn de werkzaamheden van de vereffenaar tot een einde gekomen.

De rechtbank is, gelet op hetgeen verzoeker in zijn verzoekschrift heeft gesteld, van oordeel dat verzoeker op eigen verzoek kan worden ontslagen als vereffenaar. Conform het bepaalde

in artikel 2:23b lid 9 BW eindigt de vereffening op het tijdstip waarop geen aan de vereffenaar bekende baten meer aanwezig zijn. Na verloop van een maand nadat de vereffening is geëindigd dient de vereffenaar rekening en verantwoording van zijn beheer af te leggen aan de rechter.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 22-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:7235

Zaaknummer: FT RK 15/645

Rechters: J.A. van Dorp

Wetsartikelen: 2:23 lid 5 BW en 2:23b lid 9 BW

RECHTSPRAAK

Royement leden Haagse Moslim-Vereniging nietig

De voorzieningenrechter oordeelt dat het besluit tot royement van vier leden van Moslim-Vereniging Noeroel Islam in strijd met de statuten tot stand is gekomen. Het besluit is daarom nietig. Volgens de voorzieningenrechter zal de bodemrechter het besluit met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet in stand laten, zodat er in beginsel geen grond is om eisers te belemmeren in de uitoefening van hun rechten als lid van de Vereniging. Dit is slechts anders indien in redelijkheid van de Vereniging niet kan worden gevergd dat zij eisers tot verenigingsactiviteiten toelaat, maar daarvan is niet gebleken. Een kritische benadering van het bestuur door de vier leden is voor dergelijke zwaarwegende maatregelen ontoereikend.

De feiten in deze zaak zijn als volgt. In december 2014 hebben A, B, C en D ('Eisers'), namens ruim vijftientig stemgerechtigde leden van de Vereniging Haagse Moslim-Vereniging 'Noeroel Islam' ('Vereniging'), het bestuur van de Vereniging verzocht een buitengewone ledenvergadering ('BLV') uit te schrijven omdat zij zich zorgen maakten over het (onverantwoorde) bestuur van de Vereniging.

In januari 2015 heeft een BLV plaatsgevonden. Het voorstel om tot royement van Eisers over te gaan stond in de oproep voor die vergadering vermeld. In een brief hebben de voorzitter en secretaris Eisers geïnformeerd over de uitslag van de stemming over royement, met vermelding dat 68 leden voor en 32 leden tegen het royement hebben gestemd. Voorts is in die brief aan Eisers meegedeeld dat zij met ingang van 18 januari 2015 zijn geroyeerd als lid van de vereniging.

Eisers vorderen – zakelijk weergegeven – (het bestuur van) de Vereniging te verbieden Eisers de toegang tot de verenigingsactiviteiten en bijeenkomsten van de Vereniging te ontzeggen en de Vereniging te verbieden Eisers te beperken in hun rechten uit hoofde van het lidmaatschap van de Vereniging. Daartoe voeren zij, samengevat, het volgende aan.

Het besluit tot royement ('Besluit') is op grond van artikel 2:14 BW nietig, althans op grond van artikel 2:15 BW vernietigbaar, wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen en wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid krachtens welke de leden en de algemene ledenvergadering zich jegens elkaar moeten gedragen.

Bovendien heeft het besluit verstrekken gevolgen voor Eisers, omdat zij daardoor worden uitgesloten van de faciliteiten die de Vereniging hen biedt en waarvan Eisers al jarenlang gebruikmaken. Eisers worden rechtstreeks geraakt in hun geloofsbeleving en Eisers voelen zich verknocht met de Vereniging en hebben er een spoedeisend belang bij om als volwaardig lid van de Vereniging te worden toegelaten.

De voorzieningenrechter overweegt dat ingevolge de statuten een ledenvergadering alleen besluiten kan nemen indien ten minste 67 procent van het aantal stemgerechtigde leden aanwezig is. Eisers hebben onweersproken gesteld dat de Vereniging ongeveer duizend leden heeft. Nu uit de notulen blijkt dat bij desbetreffende vergadering 111 leden zijn verschenen staat vast dat op die vergadering niet ten minste 67 procent van het aantal stemgerechtigde leden aanwezig was. Derhalve kon de ledenvergadering tijdens die vergadering geen geldig besluit nemen over het royement van Eisers.

Gelet op het voorgaande moet volgens de voorzieningenrechter worden geoordeeld dat het besluit in strijd met de statuten tot stand is gekomen en dientengevolge, op grond van artikel 2:14 BW, nietig is. De voorzieningenrechter komt daarom tot de conclusie dat de bodemrechter met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid het litigieuze besluit niet in stand zal laten en dat er in beginsel geen grond is Eisers te belemmeren in de uitoefening van de rechten die zij als lid van de Vereniging hebben. Dit zou anders kunnen zijn indien, gezien de feitelijke situatie, in redelijkheid van de Vereniging niet gevergd kan worden dat zij Eisers tot verenigingsactiviteiten toelaten, aldus de voorzieningenrechter. Daarvan is evenwel niet gebleken; een kritische benadering van het bestuur door Eisers is voor dergelijke zwaarwegende maatregelen ontoereikend.

De voorzieningenrechter komt tot de slotsom dat de vordering van Eisers moet worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 22-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:7111

Zaaknummer: C-09-487754 KG ZA 15-588

Rechters: G.P. van Ham

Advocaten: L.P.M. Eenens en D.J. Bergkotte

Wetsartikelen: 2:14 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

X/Eneco

Verjaring van een vordering uit hoofde van een 403-verklaring. X pretendeert een pandrecht op vorderingen van DVO op Etis en vordert betaling van Eneco op grond van de door Eneco ten aanzien van Etis afgegeven 403-verklaring. Etis is na het ontstaan van de vorderingen gefuseerd met Citytec. Op grond van uitleg van de 403-verklaring heeft het hof – in navolging van de rechtbank – geoordeeld dat de verjaringstermijnen van de vordering op Etis en de daarmee samenhangende vordering op Eneco op grond van de 403-verklaring gelijktijdig zijn gaan lopen. De A-G concludeert dat dit oordeel geen onjuiste rechtsopvatting is en naar zijn oordeel niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. X meent daarnaast dat Etis/Eneco gehouden was DVO van de fusie rechtstreeks op de hoogte te brengen. De A-G concludeert dat niet tot uitgangspunt kan worden genomen dat Etis en/of Eneco tekortgeschoten zijn in de naleving van een relevante mededelingsplicht. Voor het overige merkt de A-G op dat geen sprake is van een onjuiste rechtsopvatting en dat het oordeel niet onbegrijpelijk of onvoldoende is gemotiveerd. De A-G concludeert tot verwerping. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep op grond van artikel 81 RO.

Tussen Etis BV ('Etis') en DVO Projectenbureau B.V. ('DVO') is een overeenkomst gesloten. Twee facturen (daterend van juni 1999 en augustus 1999) zijn niet betaald. Op 2 oktober 1999 is Etis door een juridische fusie opgegaan in Citytec BV ('Citytec'). Op 8 oktober 1999 is de registratie van Etis in het handelsregister beëindigd. NV Eneco Beheer ('Eneco') had voor Etis een 403-verklaring afgegeven en ook voor Citytec was een dergelijke verklaring door Eneco Holding afgegeven. Op 20 juni 2001 is DVO failliet verklaard en in juni 2004 is dit faillissement opgeheven bij gebrek aan baten. Eiseres ('X'), die een pandrecht op de

vorderingen pretendeert te hebben op de vorderingen van DVO, heeft Eneco bij brief van 20 maart 2006 aangeschreven tot betaling.

X heeft bij dagvaarding d.d. 10 maart 2009 betaling gevorderd van Eneco en heeft aan haar vorderingen, samengevat, ten grondslag gelegd dat de facturen die DVO P aan Etis heeft gestuurd, (deels) onbetaald zijn gebleven. Volgens X heeft zij een pandrecht op de vorderingen waarop de facturen betrekking hebben, terwijl Eneco op grond van haar verklaring op de voet van artikel 2:403 lid 1 aanhef en onder f BW aansprakelijk is voor de schulden van Etis.

De Rechtbank Rotterdam heeft bij vonnis van 12 januari 2011 geoordeeld dat de aanspraken van X in elk geval verjaard zijn. Volgens de rechtbank bleek uit het handelsregister dat Etis gefuseerd was met Citytec. Dat Eneco een aansprakelijkheidsverklaring voor Etis had afgegeven was eveneens kenbaar, zodat het voor X en/of DVO kenbaar was dat Eneco (als moedermaatschappij) aansprakelijk was voor de schulden van Etis/Citytec. De rechtbank heeft verder vastgesteld dat de gefactureerde bedragen opeisbaar zijn geworden op respectievelijk 1 juli 1999, 1 september 1999, 1 oktober 1999 en 30 oktober 1999, en dat de verjaringstermijn derhalve afliep op respectievelijk 2 juli 2004, 2 september 2004, 2 oktober 2004 en 31 oktober 2004. Het beroep op verjaring is naar het oordeel van de rechtbank niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

X heeft hoger beroep ingesteld bij het Hof Den Haag. Het hof heeft bij arrest van 18 maart 2014 (ECLI:NL:GHDHA:2014:892) dit hoger beroep verworpen en het bestreden vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof oordeelde, evenals eerder de rechtbank, dat het beroep van Eneco op verjaring slaagde.

In cassatie voert X onder meer aan dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de vorderingen op Eneco tegelijkertijd opeisbaar zijn geworden met de samenhangende vorderingen. X stelt dat de verjaringstermijn pas is gaan lopen op 20 maart 2006: bij het aanschrijven van Eneco. De A-G concludeert dat dit niet het geval kan zijn nu het hof door middel van de uitleg van de 403-verklaring tot een ander oordeel is gekomen. Daarnaast heeft het hof niet onjuist, onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd geoordeeld dat de verjaringstermijn voor een dergelijke vordering aanving bij het ontstaan van de vordering.

X klaagt daarnaast onder meer dat het hof heeft miskend dat artikel 2:6 lid 4 BW naar doel en strekking met zich meebrengt dat door een wederpartij beroep kan worden gedaan op onbekendheid met een feit dat op een door de wet aangegeven wijze is openbaar gemaakt. Daarnaast stelt het onderdeel dat bij de toepassing van de bedoelde wetsbepalingen alle omstandigheden van het geval in aanmerking dienen te worden genomen. De A-G acht ook dit

onderdeel ongegrond en verwijst terug naar de verwerping door het hof van de stelling dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat de fusie tussen Etis en Citytec niet op de juiste wijze openbaar zou zijn gemaakt en X niet van de fusie op de hoogte zou zijn geweest.

X klaagt in cassatie ook dat bij het bestaan van een mededelingsplicht het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de ene partij die haar mededelingsplicht heeft verzaakt, ter afwering van de daarop gebaseerde rechtsgevolgen, zich op de onderzoeksplicht van de ander beroept om een beroep op verjaring te doen slagen. X meent dat het naar doel en strekking van de Eerste Richtlijn EG 'principeel onvoldoende' is om in dit geval (vanwege de handelsrelatie) te volstaan met de enkele inschrijving in het Handelsregister. X meent dat Etis/Eneco gehouden was haar handelsrelatie DVO van dat feit rechtstreeks op de hoogte te brengen. De A-G concludeert dat, gezien de vaststellingen door het hof, niet tot uitgangspunt kan worden genomen dat Etis en/of Eneco tekortgeschoten zijn in de naleving van een relevante mededelingsplicht. Voor het overige merkt de A-G op dat geen sprake is van een onjuiste rechtsopvatting en dat het oordeel niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is. De A-G concludeert tot verwerping. De Hoge Raad verwerpt het beroep op grond van artikel 81 lid 1 RO.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 19-06-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:1691

Zaaknummer:

Rechters: M.V. Polak, A.M.J. van Buchem-Spapens en A.H.T. Heisterkamp

Advocaten: A.J. Fontijn en F. Chr Kroes

Wetsartikelen: 2:6BW, 2:403 BW, 6:2 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Janssen q.q./X

Bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement. Ten aanzien van de vordering van de curator op grond van artikel 2:248 BW overweegt het hof, onder verwijzing naar de norm gegeven in HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2 (Van Schilt/Janssen q.q.) en HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91 (Blue Tomato), dat, ook al zou moeten worden uitgegaan van schending van artikel 2:10 BW door het bestuur van Y, dan nog zou moeten worden beoordeeld of geïntimeerde het uit artikel 2:248 lid 2 BW voortvloeiende vermoeden heeft weerlegd. De bestuurders hebben naar het oordeel van het hof in casu voldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is geweest van andere oorzaken voor het faillissement. Het hof kwalificeert de verder door de curator op grond van onrechtmatige daad ingestelde vorderingen als kennelijke Peeters/Gatzen-vorderingen. Deze vorderingen van curator slagen niet. Er is aldus het hof geen sprake van onrechtmatige selectieve betaling in het zicht van een faillissement. Omdat alleen met naderhand verkregen kennis een kantelmoment is aan te wijzen, gold het uitgangspunt dat de bestuurder de vrijheid heeft om bij het doen van betalingen aan schuldeisers naar eigen inzicht afwegingen te maken binnen de kaders van goed ondernemerschap. Betaling adviseurs ter zake van een potentiële overname valt daaronder.

Geïntimeerde is bestuurder van vennootschap X, welke vennootschap bestuurder is van vennootschap Y, een onderneming die handelde in natuursteen. Op 12 april 2011 is het faillissement van Y uitgesproken, met benoeming van de curator. De curator heeft gesteld dat geïntimeerde wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur en onrechtmatig handelen jegens de

crediteuren van Y aansprakelijk is primair voor het tekort in het faillissement (€ 571.494,06) en subsidiair voor een bedrag van € 13.659,67 wegens onrechtmatig handelen, bestaande uit het voorafgaand aan het faillissement ongelijk behandelen van de crediteuren. De rechtbank heeft de curator eerst toegelaten te bewijzen dat de boekhoudplicht is geschonden en heeft daarna slechts de subsidiaire vordering toegewezen tot een bedrag van € 2500.

De curator heeft drie grieven tegen de rechtbankvonnissen gericht, welke hier achtereenvolgens worden behandeld.

Grief 1 richt zich tegen de afwijzing van de primaire vordering. Het bestuur van Y heeft niet voldaan aan haar boekhoudplicht van artikel 2:10 lid 1 BW en artikel 2:362 lid 1 BW door in de eerste plaats de verliezen die zij in 2008 en 2009 heeft geleden niet in haar boeken te verwerken, maar te presenteren als kortlopende vordering uit hoofde van de rekening-courantverhouding die zij met X heeft. Door deze wijze van handelen is de schijn van kredietwaardigheid gewekt. In de tweede plaats is de voorraad, ter zake waarvan wel administratie is gehouden in de boeken van Y, ten onrechte niet als bezit op de balans van Y verantwoord, maar als bezit van X gepresenteerd in de jaarrekeningen van X. Daardoor is voor verhaal vatbaar vermogen buiten beeld gehouden. In de derde plaats geldt dat X haar aandelen in Y op 18 februari 2010 voor de helft heeft overgedragen aan een buitenlandse vennootschap en dat de bij die gelegenheid opgestelde overnamebalans niet overeenkomt met de jaarrekeningen van Y over 2008 en 2009; uit die balans blijkt immers dat Y over voorraad, inventaris en transportmiddelen beschikt, terwijl die niet als activa in haar jaarrekeningen zijn gepresenteerd.

De primaire vordering van de curator is gebaseerd op de aansprakelijkheid van geïntimeerde als indirect bestuurder op grond van artikel 2:248 BW. Het hof herhaalt de norm gegeven in HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2 (*Van Schilt/Janssen q.q.*) en HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91 (*Blue Tomato*). Ook al zou uitgegaan moeten worden van schending van artikel 2:10 BW door het bestuur van Y, dan nog moet beoordeeld worden of geïntimeerde het uit artikel 2:248 lid 2 BW voortvloeiende vermoeden heeft weerlegd. Het hof ziet aanleiding deze vraag eerst te behandelen.

Geïntimeerde heeft op dit punt gesteld dat de economische crisis de bouwsector ernstig raakte, en dat geïntimeerde arbeidsongeschikt raakte als gevolg van een levensbedreigende ziekte. Door het faillissement van meerdere klanten, waaronder twee grote afnemers, viel een groot deel van de omzet weg. Ook de marges van Y daalden door de opkomende concurrentie van aanbieders van natuursteen op internet. In verband met deze aanhoudende problemen heeft geïntimeerde in 2010 besloten om vijftig procent van de aandelen in Y over te dragen aan een derde, een Belgische vennootschap ('de Belgische vennootschap'). Daarmee werd niet

alleen de introductie van een medebestuurder en een kapitaalinjectie beoogd, maar ook vergroting van de afzetmarkt en daarmee de omzet. De Belgische vennootschap verstrekte € 70.000 aan kapitaal en geïntimeerde zelf heeft begin 2010 een bedrag van € 46.000 gestort. Het beoogde effect van het samengaan bleef echter uit. In januari 2011 leken de vooruitzichten gematigd positief, maar in maart 2011 deelde de financier van Y (de Rabobank) mee een nieuwe kapitaalinjectie te verwachten, waaraan de aandeelhouders niet konden voldoen. Geïntimeerde heeft nog onderhandeld over de verkoop van een onderneming aan een derde, maar zonder resultaat. Door stopzetting van de financiering, de ziekte van geïntimeerde en bij gebreke aan mogelijkheden tot verkoop van de onderneming hebben de aandeelhouders besloten tot eigen aangifte van faillissement.

Het hof is van oordeel dat geïntimeerde door dit feitelijke chronologische relaas voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de in dit betoog genoemde externe feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement van Y zijn geweest. Wat de curator daar tegenin gebracht heeft, te weten dat er tegenstrijdigheden in het relaas van Y voorkomen, overtuigt niet. Dat geïntimeerde tot op het laatst geprobeerd heeft het tij te keren door nieuwe financiers te vinden en/of zijn deel in de onderneming over te dragen maar dat dit niet gelukt is, wat gecombineerd met het stopzetten van de financiering en zijn ziekte heeft geleid tot het besluit het faillissement aan te vragen, strijdt niet met zijn betoog dat de oorzaak van het faillissement van Y ligt in externe factoren, anders dan het gestelde onbehoorlijke bestuur door onzorgvuldig boekhouden.

De curator heeft onvoldoende gesteld om aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Zij heeft aangevoerd dat het behoorlijk besturen van een onderneming niet mogelijk is zonder een deugdelijke administratie en dat men niet kan beoordelen of een onderneming nog kan worden voortgezet of beëindigd als verliezen en bezittingen jarenlang buiten beeld worden gehouden. In het algemeen gaat deze stelling wellicht op, maar in dit specifieke geval is onvoldoende aannemelijk gemaakt dat nu juist de gestelde ondeugdelijke boekhouding een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Aansprakelijkheid van geïntimeerde op grond van artikel 2:248 BW kan dan ook niet worden aangenomen, waarmee grief 1 faalt.

Met grief 2 betoogt de curator dat geïntimeerde onrechtmatig heeft gehandeld doordat er vanaf 2010, toen duidelijk sprake was van een negatief eigen vermogen, verplichtingen namens Y zijn aangegaan terwijl geïntimeerde wist of als redelijk denkend bestuurder redelijkerwijze moest begrijpen dat Y niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou kunnen bieden. Het hof merkt dit aan als Peeters/Gatzen-vordering (zie HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597, *Peeters/Gatzen*). Om deze vordering te doen slagen heeft de curator echter onvoldoende

aangevoerd. Zo heeft de curator niet gesteld dat zij haar vordering instelt ten behoeve van de gezamenlijkheid van de crediteuren en heeft zij met name niet toegelicht dat en op welke wijze het gestelde onrechtmatig handelen van geïntimeerde zou hebben geleid tot verhaalsbenadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Het noemen van een aantal crediteuren met niet betaalde vorderingen uit 2010 en de stelling dat geïntimeerde vanaf 2010 wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat Y niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou kunnen bieden suggereert benadeling van specifieke schuldeisers. De behartiging van de belangen van bepaalde individuele schuldeisers valt echter buiten de grenzen van de taak van de curator en levert dus onvoldoende grond op voor het geldend maken van een Peeters-Gatzen-vordering, ook al zouden de overige faillissementscrediteuren ook baat kunnen hebben bij de vordering als die zou leiden tot een groter boedelactief. Zie HR 16 september 2005, ECLI:HR:NL:2005:AT7997, NJ 2006/311, (*De Bont/Bannenbergh q.q.*).

Het hof herhaalt de norm van HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB952, NJ 1990/286 (*Beklamel*) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 (*RCI Financial Services*). Indien de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan en de vordering van de schuldeiser onbetaald blijft en onverhaalbaar blijkt, kan persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder worden aangenomen indien deze bij het aangaan van die verbintenis 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 persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Tegenover het feitelijke relaas van geïntimeerde heeft de curator onvoldoende gesteld om aan te nemen dat geïntimeerde al in 2010 wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat Y niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Het enkele feit dat de financiële vooruitzichten van Y in 2010 niet goed waren en er verliezen werden geleden, is onvoldoende om aan te nemen dat Y vanaf dat moment geen nieuwe verplichtingen meer had mogen aangaan zonder dat haar dat achteraf zou kunnen worden verweten. Geïntimeerde heeft als indirecte bestuurder door het nemen van de in zijn relaas genoemde maatregelen in 2010 (de kapitaalinjectie door de Belgische vennootschap en door hemzelf, het maken van afspraken met crediteuren en de verhuurder en het zoeken van een nieuwe kapitaalverschaffer) tot en met maart 2011 geprobeerd het tij te keren. Het is niet aannemelijk geworden dat in 2010 al duidelijk was dat deze reddingspogingen geen kans van slagen hadden. De verwijzing naar onder meer HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96 (*SOBI-Hurks*), waarin de Beklamel-norm ook in concernverhoudingen van toepassing werd verklaard, gaat alleen om die reden al niet op. Geïntimeerde kan daarom persoonlijk geen ernstig verwijt

worden gemaakt zodat hij niet aansprakelijk kan worden gesteld voor het tekort in het faillissement. Grief 2 gaat dus niet op.

Grief 3 valt de beslissing van de rechtbank aan om de door Y verrichte betalingen aan crediteuren in maart 2011 niet als onrechtmatig te beschouwen. Ook ter zake van deze vordering geldt dat de curator kennelijk heeft bedoeld een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen, maar niet heeft gesteld dat zij ook deze vordering wil instellen ten behoeve van de gezamenlijkheid van de crediteuren. Aan het verwijt ligt onttrekking van vermogen aan het actief in maart 2011 ten grondslag. Het hof veronderstelt dat dit kan leiden tot verhaalsbenadeling van de gezamenlijke schuldeisers.

In HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, *NJ 2014/325 (K/Maas q.q.)* heeft de Hoge Raad in het geval van een indirect bestuurder, die had bevorderd dat de dochtervennootschap betalingen deed aan de moedervennootschap wegens managementfee's aansluiting gezocht bij HR 8 december 2006, *NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen q.q.)*. Hieruit volgt dat de betrokken bestuurder op grond van onrechtmatige daad voor schade van de schuldeiser aansprakelijk kan worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een zodanig verwijt kan worden aangenomen.

Zoals de rechtbank met juistheid heeft overwogen is selectieve betaling in beginsel niet onrechtmatig. Aan de bestuurder van een rechtspersoon komt de vrijheid toe om bij het doen van betalingen aan schuldeisers naar eigen inzicht afwegingen te maken binnen de kaders van goed ondernemerschap. Dit impliceert echter niet de onverkorte vrijheid om bepaalde schuldeisers, anders dan op grond van wettelijke regels, met voorrang te voldoen, met name niet vanaf het moment dat de rechtspersoon heeft besloten zijn activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om alle schuldeisers te voldoen dan wel indien zijn insolventie onvermijdelijk blijkt. In dergelijke situaties handelt de bestuurder van de rechtspersoon slechts dan niet in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid jegens de crediteuren, indien de voorkeursbehandeling van bepaalde crediteuren kan worden gerechtvaardigd door bijzondere omstandigheden. Het hof verwijst naar HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, *NJ 1998/727 (Coral/Stalt)*.

Geïntimeerde heeft aangevoerd dat Y tot het eerste weekend in april 2011 reële overlevingskansen had en dat geïntimeerde tot op het laatst heeft geprobeerd een overeenkomst met een overnamekandidaat te sluiten. De adviezen van een van haar adviseurs waren daarvoor noodzakelijk en deze was niet bereid verder te adviseren zonder betaling van de betreffende factuur.

Het hof acht het op zichzelf begrijpelijk en aanvaardbaar dat geïntimeerde als bestuurder van een vennootschap die in financiële problemen is geraakt er alles aan heeft gedaan een oplossing voor die problemen te vinden. Het precieze kantelmoment waarop hij daarmee had moeten stoppen, zich had moeten richten op het staken van de onderneming en dus in beginsel geen nieuwe verplichtingen meer had moeten aangaan is moeilijk te bepalen, zonder alleen wijsheid achteraf toe te passen. Een bestuurder in de situatie van geïntimeerde dient daarvoor enige ruimte te krijgen. Dat het besluit om de activiteiten van Y te beëindigen al was genomen op het moment van de betalingen aan de adviseurs en Y op dat moment niet over voldoende middelen beschikte om haar crediteuren te voldoen of dat op dat moment al duidelijk was dat insolventie onvermijdelijk was, is onvoldoende komen vast te staan, gelet op het korte tijdsverloop tussen voornoemde mededelingen van de bank en het tijdstip van de betalingen. Het hof is daarom van oordeel dat geïntimeerde ter zake van deze betalingen persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, zodat deze niet als onrechtmatig zijn aan te merken. Grief 3 faalt hiermee eveneens.

Uit het voorgaande volgt dat de grieven falen, zodat de bestreden vonnissen moeten worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-06-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:4357

Zaaknummer: 200.142.247

Rechters: C.G. ter Veer, mr. drs. F.J.P. Lock en C.J.H.G. Bronzwaer

Advocaten: G.W.M. Jannssen en C.A. Fokker

Wetsartikelen: 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Reuser q.q./X

X wordt als bestuurder door Reuser q.q. aangesproken in verband met een voor het faillissement van de vennootschap uitgevoerde overnametransactie, waarbij een bepaald bouwproject door de vennootschap is overgedragen aan IKB. De curator stelt daartoe dat deze transactie, waarvan een bruikleenovereenkomst deel uitmaakt, niet paste binnen de doelomschrijving en verder dat deze transactie paulianeus is. Voor de vraag of een handeling valt binnen de gewone bedrijfsuitoefening van de vennootschap in de zin van artikel 2:247 BW is volgens het hof in beginsel de formulering van de doelomschrijving in de statuten beslissend en niet of een rechtshandeling al dan niet bij herhaling wordt verricht. Het hof overweegt dat de overeenkomst tot de gewone bedrijfsuitoefeningen behoorde en dat daarom schriftelijkheid geen vereiste was. Het hof overweegt dat bestuurdersaansprakelijkheid een hoge drempel kent en verwijst hierbij naar HR 8 juli 2001, NJ 2001/454 en HR 20 juli 2008, NJ 2009/21. Nu het hof geen toereikende gronden aanwezig acht om te oordelen dat met de overnametransactie sprake is van een paulianeuze en/of onrechtmatige gedraging, ligt daarin reeds besloten dat niet kan worden gesproken van een overnametransactie die als daad van onbehoorlijk bestuur moet worden gekwalificeerd en waarvan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

In het kort gaat het in deze zaak om de vraag of X in verband met een door hem geïnitieerde overnametransactie in de tweede helft van 2005, waarbij hij een bouwproject heeft overgedragen aan IKB (hierna: de overnametransactie), op diverse hierna te bespreken gronden jegens de boedel van IKB Projecten BV ('IKB') aansprakelijk is voor de

vermogensrechtelijke nadelen die naar stelling van de curator het gevolg zijn van de overnametransactie, en welke nadelen aldus de curator hebben geleid tot het faillissement van IKB in maart 2011.

De rechtbank heeft in hoofdzaak in conventie het gevorderde in al zijn onderdelen afgewezen en de door X in reconventie gevorderde opheffing van de door de curator gelegde beslagen toegewezen. In hoger beroep zijn veertien genummerde grieven geformuleerd, waarvan acht door de curator worden aangemerkt als 'kernbezwaren'. Hierna zullen de belangrijkste besproken worden.

Allereerst meent de curator dat het sluiten van een bruikleenovereenkomst, een onderdeel van de overnametransactie, vernietigbaar is wegens doeloverschrijding dan wel wegens schending van het schriftelijkheidsbeginsel zoals bedoeld in zowel de statuten als in artikel 2:247 BW. Het hof overweegt dat niet betwist is dat de bruikleenovereenkomst niet aansloot bij het op dat moment geldende statutaire doel en dat gesteld noch gebleken is dat de wijziging van de statuten enig belanghebbende bezwaar naar voren heeft gebracht of dat door de rechtspersoon op enigerlei wijze handelingen zijn verricht of verklaringen zijn gedaan waaruit kan worden opgemaakt dat de rechtspersoon op dat moment aarzelingen had over de transactie die tot een beroep op artikel 2:7 BW hadden kunnen leiden. Na de statutenwijziging was de overeenkomst passend binnen de doelstelling.

Voor de vraag of een handeling valt binnen de gewone bedrijfsuitoefening van de vennootschap in de zin van artikel 2:247 BW is volgens het hof in beginsel de formulering van de doelomschrijving in de statuten beslissend en niet of een rechtshandeling al dan niet bij herhaling wordt verricht. Het hof overweegt dat de overeenkomst tot de gewone bedrijfsuitoefeningen behoorde en dat daarom schriftelijkheid geen vereiste was.

Het hof concludeert evenals de rechtbank dat geen sprake (meer) kan zijn van vernietigbaarheid van een bruikleenovereenkomst wegens strijd met het statutaire doel van (destijds) IKB-Groothandel BV.

De curator meent voorts dat de overnametransactie paulianeus is. Het hof overweegt dat niet uit de stellingen en aangevoerde feiten en omstandigheden blijkt dat sprake is van benadeling of van de vereiste geobjectiveerde wetenschap. De stelling dat 'uiteindelijk' sprake was van een 'enorme benadeling' van IKB, en dat er 'dus' ook gesproken dient te worden van wetenschap van benadeling aan de zijde van X in diens beide hoedanigheden – pro se en als bestuurder van IKB – snijdt volgens het hof geen hout.

Ook wordt door de curator aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte niet tot het oordeel is gekomen dat X onrechtmatig heeft gehandeld door het overdragen van het bouwproject aan

IKB, zonder daarbij de kopers annex opdrachtgevers te waarschuwen voor de slechte financiële positie van IKB. De rechtbank had reeds met toepassing van de Beklamel-norm overwogen dat X ten tijde van de overname door IKB van het project niet wist of behoorde te weten dat het project uiteindelijk verliesgevend zou zijn. De curator voert aan dat de door hem berekende kostenbedragen 'gigantisch veel hoger' zijn dan de opbrengstbedragen, hetgeen er volgens de curator 'automatisch' toe leidt dat X wist dat IKB op het project zeker verlies zou gaan leiden. Het hof volgt de curator hierin niet.

De curator stelt eveneens dat X aansprakelijk is ex artikel 2:9 en 2:248 BW. Het hof overweegt dat bestuurdersaansprakelijkheid een hoge drempel kent en verwijst hierbij naar HR 8 juli 2001, *NJ* 2001/454 en HR 20 juli 2008, *NJ* 2009/21. Het hof wijst enkele blote stellingen van de hand en verwijst (om verdere herhaling te voorkomen) naar haar eerdere oordelen. Nu het hof geen toereikende gronden aanwezig acht om te oordelen dat met de overnametransactie sprake is van een paulianeuze en/of onrechtmatige gedraging, ligt daarin reeds besloten dat niet kan worden gesproken van een overnametransactie die als daad van onbehoorlijk bestuur moet worden gekwalificeerd, en waarvan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ook schending van het statutaire doel gaat om eerder genoemde redenen niet op.

Het overig aangevoerde wordt door het hof welwillend gelezen en grotendeels afgedaan met het oordeel dat niet voldoende is gesteld of verwijst naar hetgeen eerder is overwogen. Voor het gelasten van een deskundigenonderzoek of het horen van getuigen bestaat dan ook geen aanleiding. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en wijst hetgeen de curator meer of anders heeft gevorderd af.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 16-06-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:1389

Zaaknummer: 200.137.417/01

Rechters: G.J. Knijp, E.J. van Sandick en R.F. Groos

Advocaten: J.A.M. Reuser en S.D.W. Gratama

Wetsartikelen: 2:7 BW, 2:9 BW, 2:247 BW, 2:248 BW, 6:162 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Kippersluis Holding/Geïntimeerde

In deze uitspraak gaat het om de vraag of X gecontracteerd heeft met het advocatenkantoor, met de eerste behandelende advocaat of met zijn kantoorgenoot (Y), die de dienstverlening heeft overgenomen. Y is door tussenkomst van zijn praktijkvennootschap maat van het advocatenkantoor. Voor het antwoord op de vraag wie als contractspartij heeft te gelden onderzoekt het hof wat partijen daaromtrent tegenover elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Het advocatenkantoor is in deze contractspartij, gelet op het feit dat het naar hedendaagse verkeersopvattingen gebruikelijk is dat, ingeval iemand zich tot een advocatenkantoor wendt voor advies zonder dat hij daarbij te kennen geeft met een individuele advocaat te willen contracteren, het advocatenkantoor als contractspartij wordt aangemerkt. Op basis van, kort gezegd, deze gang van zaken concludeert het hof ook dat X niet met het advocatenkantoor heeft gecontracteerd met het oog op Y in de zin van artikel 7:404 BW. Het hof overweegt ten slotte dat X ervoor kon kiezen om een individuele maat (of meerdere maten) die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst deel uitmaakten van de maatschap aan te spreken. De aansprakelijkheid ex artikel 7:407 lid 2 BW geldt slechts voor de gezamenlijke maten als gezamenlijke opdrachtnemers. Omdat Y geen maat van het advocatenkantoor was, kan Y dus niet op grond van artikel 7:404 lid 2 BW worden aangesproken. Voor doorbreking van de gekozen structuur waarbij een praktijkvennootschap en niet de advocaat zelf deel uitmaakt van de maatschap, bestaat in beginsel geen mogelijkheid.

Het gaat in de onderhavige zaak om het volgende. X heeft zich voor advies over een non-concurrentiebeding tot een advocatenkantoor gewend ('het advocatenkantoor') waar hij is geadviseerd door een advocaat ('de advocaat'). Tijdens de vakantie van de advocaat is het dossier van X waargenomen door een collega van advocaat (geïntimeerde), wiens praktijkvennootschap ('de praktijkvennootschap') maat is van het advocatenkantoor. Ook nadat de advocaat was teruggekeerd van zijn vakantie is geïntimeerde op verzoek van X voortgegaan met het bijstaan van X in het inmiddels gerezen conflict over het non-concurrentiebeding waarin in twee instanties in kort geding is geprocedeerd en tijdens de bodemprocedure een vaststellingsovereenkomst met de tegenpartij van X tot stand is gebracht.

X en haar holding hebben geïntimeerde bij brief van 15 november 2011 aansprakelijk gesteld voor de nadelige financiële gevolgen van door hen gestelde beroepsfouten van geïntimeerde. Geïntimeerde heeft aansprakelijkheid van de hand gewezen. X heeft haar vorderingsrecht gecedeerd aan Kippersluis.

Kippersluis heeft geen grieven gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat zij onvoldoende heeft gesteld om haar vordering op de grondslag van onrechtmatig handelen te kunnen toewijzen. Daarom zal slechts worden beoordeeld of geïntimeerde kan worden aangesproken uit hoofde van de artikelen 7:400, 7:404 dan wel 7:407 lid 2 BW, zoals Kippersluis met haar grieven betoogt.

Het hof stelt voorop dat het antwoord op de vraag wie als contractspartij heeft te gelden afhangt van wat partijen daaromtrent tegenover elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Nu uit het debat van partijen valt af te leiden dat tussen partijen niet expliciet is besproken wie de contractspartij van X zou zijn, moet het ervoor worden gehouden dat het advocatenkantoor de contractspartij van X was. Naar hedendaagse verkeersopvattingen is het immers gebruikelijk dat ingeval iemand zich tot een advocatenkantoor wendt voor advies zonder dat hij daarbij te kennen geeft met een individuele advocaat te willen contracteren, het advocatenkantoor als contractspartij wordt aangemerkt. Dat geldt zelfs wanneer een advocatenkantoor wordt benaderd met het oog op bijstand door een bepaalde advocaat. Voor dat geval is immers artikel 7:404 BW geschreven. Voor totstandkoming van een overeenkomst van opdracht met een advocatenkantoor is het daarom, anders dan X betoogt, niet nodig dat expliciet kenbaar wordt gemaakt dat met het kantoor – en niet met de behandelende advocaat – wordt gecontracteerd.

Het hof stelt dat X in ieder geval onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld om aan te kunnen nemen dat zij op enig moment expliciet aan geïntimeerde een opdracht zou hebben

verstrekt. Haar mededeling dat zij zich na de vakantie van de advocaat door geïntimeerde wenste te laten bijstaan doet hier niet aan af. X heeft nog gesteld dat er in eerste instantie sprake was van een opdracht aan de advocaat en dat de overname en voortzetting van de opdracht door geïntimeerde kwalificeert als een contractoverneming, maar deze stelling kan volgens het hof niet leiden tot het aannemen van een contractuele relatie met geïntimeerde, al vanwege het feit dat niet is gesteld of gebleken van een daartoe tussen de advocaat en geïntimeerde opgemaakte akte. Daarom kan aansprakelijkheid van geïntimeerde niet op artikel 7:400 BW worden gegrond.

Dan komt het hof toe aan de vraag of geïntimeerde op de voet van artikel 7:404 BW aangesproken kan worden voor fouten in de uitvoering van de aan het advocatenkantoor verstrekte opdracht. Geïntimeerde beroept zich hierbij ten verweere onder meer op de uitsluiting van artikel 7:404 BW in haar algemene voorwaarden. Omdat die voorwaarden niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan X ter hand zijn gesteld heeft X op grond van artikel 6:233 jo. 6:234 lid 1 met recht de vernietiging van dat beding ingeroepen.

Ook betoogt geïntimeerde dat er geen sprake van is dat X de opdracht aan het advocatenkantoor heeft verstrekt met het oog op geïntimeerde in de zin van artikel 7:404 BW. Dat verweer slaagt. De vraag of de opdracht met het oog op een bepaalde persoon is verleend, moet worden beantwoord aan de hand van uitleg van de overeenkomst. Daartoe is in beginsel doorslaggevend wat partijen voorafgaand aan of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst over en weer hebben meegedeeld en over en weer van elkaar mochten verwachten. Omdat X er ten tijde van het verstrekken van de opdracht van uitging dat ze door de advocaat zou worden bijgestaan, kan in dit geval niet worden aangenomen dat X met het oog op bijstand door geïntimeerde een overeenkomst met het advocatenkantoor is aangegaan. Het feit dat X aan de advocaat heeft laten weten dat zij wenste dat geïntimeerde haar belangen zou blijven behartigen maakt zonder vernieuwde opdrachtverstrekking ook niet dat sprake is van een opdracht aan het advocatenkantoor met het oog op geïntimeerde. Ook overigens heeft X onvoldoende gesteld voor aansprakelijkheid van geïntimeerde op grond van artikel 7:404 BW.

Resteert de vraag of geïntimeerde aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 7:407 lid 2 BW. Zoals blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY7840) is, wanneer sprake is van een door de maatschap aanvaarde opdracht, op grond van artikel 7:407 lid 2 BW iedere maat tegenover de opdrachtgever aansprakelijk voor het geheel. X kon er dus voor kiezen een individuele maat (of meerdere maten) die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst deel uitmaakten van de maatschap aan te spreken. De aansprakelijkheid ex artikel 7:407 lid 2 BW geldt slechts voor de gezamenlijke maten als gezamenlijke opdrachtnemers. Omdat geïntimeerde geen maat van het advocatenkantoor was, kan geïntimeerde dus niet op grond van artikel 7:404 lid 2 BW worden aangesproken. Voor

doorbreking van de gekozen structuur waarbij een praktijkvennootschap en niet de advocaat zelf deel uitmaakt van de maatschap, bestaat in beginsel geen mogelijkheid. X heeft bovendien geen feiten en omstandigheden gesteld die een uitzondering op dat uitgangspunt rechtvaardigen.

Het hof oordeelt dat uit het voorgaande volgt dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat Kippersluis niet-ontvankelijk is in haar vordering jegens geïntimeerde, gegrond op een tekortkoming in de nakoming van de door X verstrekte opdracht. De overige verweren van geïntimeerde behoeven daarom geen bespreking. Het hof bekrachtigt dan ook het vonnis van Rechtbank Gelderland en veroordeelt Kippersluis in de kosten van het hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-06-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:4363

Zaaknummer: 200.154.741

Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, mr. drs. F.J.P. Lock en H. Wammes

Advocaten: E.M. van Orsouw en A.T. Bolt

Wetsartikelen: 7:400 BW, 7:404 BW en 7:407 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Uitgetreden Vennoten/Trapezium Vastgoed B.V.

De verhuurder (geïntimeerde) heeft appellanten aangesproken in verband met een door de vof, waarvan appellanten vennoten waren, onbetaald gelaten huurachterstand. De huurovereenkomst is namens de vof aangegaan door appellanten. Appellanten zijn later uitgetreden, waarna de zoons van appellanten de activiteiten en de huurovereenkomst van de vof hebben overgenomen. Appellanten stellen dat er door de zoons een nieuwe vof is opgericht, dat Trapezium akkoord is gegaan met voortzetting van het huurcontract met deze nieuwe vof en dat Trapezium wist van de uittreding. Hiermee heeft Trapezium hen ontslagen uit hun hoofdelijke verplichtingen, althans in de gegeven omstandigheden mochten appellanten de gedragingen van Trapezium op deze wijze opvatten. Het hof volgt appellanten niet in hun betoog. De stelling dat de zoons een nieuwe vof hebben opgericht had onderbouwd moeten worden nu uit het handelsregister blijkt dat de vof dezelfde is gebleven. Het hof oordeelt verder dat het enkele feit dat de verhuurder weet dat appellanten zijn uitgetreden en dat de verhuurder zich niet meer tot appellanten als uitgetreden vennoten richt, niet betekent dat de uitgetreden vennoten niet meer hoofdelijk aansprakelijk zijn. Dat verhuurder steeds communiceerde met de zonen kan niet leiden tot de gerechtvaardigde verwachting dat de uittredende vennoten werden ontslagen van hun hoofdelijke verplichtingen.

Appellanten waren vanaf 1993 vennoten van een vennootschap ('vof'). Tussen Trapezium Vastgoed B.V. ('Trapezium') en de vof is een huurovereenkomst tot stand gekomen die is ingegaan op 1 juni 2007. In deze overeenkomst is vermeld dat de vof door appellanten werd

vertegenwoordigd. In het handelsregister is geregistreerd dat appellanten vanaf augustus 2007 'uit functie' zijn. Verder vermeldt het handelsregister dat de zonen van appellanten vennoot van de vof zijn, waarbij bovendien vermeld wordt dat de vof per augustus 2007 is opgericht.

Trapezium heeft in maart 2009 in een brief aan een van de uitgetreden vennoten de vof aangemaand tot betaling van achterstallige huurtermijnen. Vanaf eind 2009 is de correspondentie ter zake namens de vennootschap gevoerd door de zonen van appellanten. Nadat er vanaf 2011 opnieuw een huurachterstand ontstond, heeft Trapezium de vof en de zoons van appellanten gedagvaard en ontbinding van de huurovereenkomst gevorderd, alsook hun veroordeling tot betaling van de huurachterstand en de toekomstige huurtermijnen zoals die overeengekomen zijn. De kantonrechter heeft die vorderingen grotendeels toegewezen en de overeenkomst ontbonden per 5 juni 2013.

Bij brief van 3 april 2013 heeft Trapezium ook appellanten – als uitgetreden vennoten – hoofdelijk aansprakelijk gesteld. Trapezium heeft betaling gevorderd van de achterstallige huur tot € 35.000 en van huurtermijnen tot het einde van de overeenkomst. Trapezium legt hieraan ten grondslag dat gewezen vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vof. De uitgetreden vennoten betwisten hoofdelijke aansprakelijkheid omdat Trapezium met de uittreding bekend was en de indruk heeft gewekt dat zij van hun hoofdelijke plicht zijn ontslagen. De kantonrechter beoordeelde de stellingen van de vennoten als onvoldoende onderbouwd en heeft de vordering van Trapezium grotendeels toegewezen.

Appellanten stellen dat er door de zoons een nieuwe vof is opgericht, dat Trapezium akkoord is gegaan met voortzetting van het huurcontract met deze nieuwe vof en dat Trapezium wist van de uittreding. Hiermee heeft Trapezium hen ontslagen uit hun hoofdelijke verplichtingen, althans in de gegeven omstandigheden mochten appellanten de gedragingen van Trapezium op deze wijze opvatten.

Het hof volgt appellanten niet in hun betoog. De stelling dat de zoons een nieuwe vof hebben opgericht had onderbouwd moeten worden nu uit het handelsregister blijkt dat de vof dezelfde is gebleven. Ook de verklaringen van de zoons spreken van 'nieuwe vennoten'. Gebrek aan zeggenschap over nakoming van de overeenkomst doet niet af aan de hoofdelijke aansprakelijkheid die volgt uit artikel 18 WvK (ECLI:NL:GHSHE:2010:BN2822). Ook het enkele feit dat de verhuurder weet dat de vennoot is uitgetreden en zich niet meer tot de uitgetreden vennoot richt, betekent niet dat de uitgetreden vennoot niet meer hoofdelijk aansprakelijk is. De nieuwe vennoten vertegenwoordigen de vennootschap namelijk.

Ook de feiten dat Trapezium eerst de vof en de zoons in rechte betrok, dat Trapezium heeft aangegeven dat een nieuw huurcontract niet nodig was en dat zij steeds communiceerde met

de zonen kunnen niet leiden tot de gerechtvaardigde verwachting dat de uittredende vennoten werden ontslagen uit hun hoofdelijke verplichtingen. Er is niet voldoende onderbouwd dat aan Trapezium is meegedeeld dat er een nieuwe vof is opgericht. De grieven falen en het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-06-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:4389

Zaaknummer: 200.153.391-01

Rechters: H. de Hek, M.E.L. Fikkers en D.H. de Witte

Advocaten: R. Glas en E.D. de Jong

Wetsartikelen: 18 WvK

RECHTSPRAAK

X/Y

Een door partijen opgestelde 'Aandeelhoudersovereenkomst' is nietig omdat een Stichting geen aandelen en aandeelhouders kent en de overeenkomst ook andere bepalingen bevat die niet passen bij een Stichting, zoals bepalingen over winst en uitkering daarvan. Maar omdat partijen het erover eens zijn dat de overeenkomst afspraken bevat die zij destijds hebben gemaakt over de samenwerking die zij toen voorstonden, waarvan zij in de partijdiscussie bovendien uitgaan, en gelet op de strekking van de overeenkomst die in zodanige mate beantwoordt aan een wel als geldig aan te merken samenwerkingsovereenkomst, en nu moet worden aangenomen dat partijen zo'n overeenkomst zouden hebben gesloten als vanwege de ongeldigheid van de overeenkomst zou zijn afgezien van het sluiten daarvan, is volgens de rechtbank voldaan aan de eisen voor conversie als bedoeld in artikel 3:42 BW. Daardoor heeft de overeenkomst van rechtswege de werking gekregen van een geldige overeenkomst met afspraken over samenwerking.

De feiten in deze zaak zijn als volgt. In februari 2014 kwamen A, B en C ('Eisers') in contact met D, die voorzitter is van het bestuur van de Stichting Dutch Chinese Young Entrepreneurs ('Gedaagde'). Die Stichting ('Stichting') beoogt een platform te vormen voor Chinese en Nederlandse ondernemers. In maart 2014 hebben Eisers, Gedaagde en E ('E') een in de Chinese taal opgestelde 'Aandeelhoudersovereenkomst' (de 'Overeenkomst') gesloten.

Eisers hebben ieder afzonderlijk een bedrag van circa € 25.000 overgemaakt naar de privérekening van Gedaagde. In juni 2014 hebben Eisers gesproken met Gedaagde over 'uittreding' uit de Stichting en hebben zij gevraagd om terugbetaling van de door hen betaalde bedragen. Daarna hebben Eisers aan Gedaagde bericht dat zij de Overeenkomst buitengerechtelijk hebben vernietigd, althans hebben ontbonden, en hebben zij Gedaagde

gesommeerd tot terugbetaling van de door hen betaalde bedragen.

Eisers vorderen in dit geding, vereenvoudigd weergegeven, (i) een verklaring voor recht dat de aandeelhoudersovereenkomst nietig is dan wel rechtsgeldig is vernietigd en (ii) de Gedaagde en de Stichting hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 75.000.

Hoewel Gedaagde en Stichting niet hebben betwist dat de overeenkomst nietig is, onder meer omdat een Stichting geen aandelen en aandeelhouders kent (zodat de gevorderde verklaring voor recht voor toewijzing gereedligt), zijn Eisers en Gedaagde het erover eens dat de Overeenkomst de afspraken bevat die zij destijds hebben gemaakt over de samenwerking die zij voorstonden. Gelet hierop en vanwege de strekking van de Overeenkomst, en nu bovendien moet worden aangenomen dat partijen zo'n overeenkomst zouden hebben gesloten als vanwege de ongeldigheid van de overeenkomst zou zijn afgezien van het sluiten daarvan, is volgens de rechtbank voldaan aan de in artikel 3:42 BW neergelegde eisen voor conversie. Daarmee heeft de Overeenkomst van rechtswege de werking gekregen van een wel geldige overeenkomst met afspraken over samenwerking.

Kern van het geschil is of de Voorzitter na beëindiging van de overeengekomen samenwerking is gehouden tot terugbetaling van de 'inleg' van Eisers van in totaal € 75.000. De Overeenkomst bevat een regeling voor uitkering van vermogen bij liquidatie of beëindiging van de Stichting.

Een redelijke uitleg van de Overeenkomst houdt – aldus de rechtbank – in dat partijen bij de Overeenkomst hun investering terugkrijgen bij beëindiging van de Overeenkomst, na verrekening van gedurende de samenwerking gemaakte kosten en de genoten inkomsten naar evenredigheid van het bedrag van de investering per persoon.

De rechtbank volgt het verweer van Gedaagde dat in de Overeenkomst staat dat € 50.000 van de door Eisers en E betaalde investering diende als vergoeding voor Gedaagde, die dus op grond van de Overeenkomst aanspraak kan maken op dit bedrag dat in mindering komt op de aan Eisers terug te betalen resterende gelden. Aangezien het overige verweer van gedaagde geen doel treft, komt de rechtbank tot de conclusie dat Eisers op grond van de Overeenkomst aanspraak kunnen maken op terugbetaling van hun gezamenlijke investering van in totaal € 75.000, verminderd met de hiervoor vermelde vergoeding.

Ten slotte overweegt de rechtbank dat, nu de Stichting geen partij is bij de Overeenkomst en los daarvan er geen grond gesteld of gebleken is uit hoofde waarvan enige gehoudenheid van de Stichting tot betaling aan Eisers van enig bedrag volgt, de vordering in zoverre voor afwijzing gereedligt.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 10-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:6732

Zaaknummer: C-09-473251-HA ZA 14-1050

Rechters: L. Alwin

Advocaten: L.K. Tsui en J.P. Heering

Wetsartikelen: 3:42 BW

RECHTSPRAAK

X/Coöperatief Institute for Forward Thinking c.s.

Coöperatie voldoet niet aan verplichting leningovereenkomst en biedt geen verhaal. Persoonlijk ernstig verwijt bestuurder? Gelet op de uitspraken van bestuurder kan niet ervan worden uitgegaan dat geleende gelden zijn besteed ten behoeve van projecten die in de toekomst inkomsten zouden kunnen genereren. De rechtbank acht daarbij van gewicht dat de bestuurder heeft verklaard dat de coöperatie al bij het aangaan van de lening nauwelijks activa had en dat de bestuurder de geleende gelden in belangrijke mate ten behoeve van zichzelf heeft aangewend en voor het overige de besteding op geen enkele wijze heeft onderbouwd. Onder deze omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat hem persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken.

IFFT is een coöperatie die zich ten doel stelt het Chinese bedrijfsleven in de Europese Unie te bevorderen. Gedaagde 2 ('Y') is bestuurder van IFFT. Op 1 maart 2013 hebben eiser en IFFT een leningovereenkomst gesloten, uit te betalen in meerdere tranches, waarin eiser als 'lender' optreedt en IFFT als 'borrower'.

Eiser vordert dat IFFT en Y hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van € 100.000. Eiser legt aan zijn vordering de stelling ten grondslag dat IFFT uit hoofde van de leningovereenkomst is verplicht om € 100.000 aan hem te betalen. Tegen IFFT is versterk verleend. Het gevorderde komt de rechtbank niet onrechtmatig of ongegrond voor en zal als worden toegewezen als vermeld in het dictum. Nu Y als medegedaagde is verschenen en verweer heeft gevoerd, zal het vonnis worden beschouwd als een vonnis op tegenspraak.

Eiser legt aan zijn vordering onder meer de stelling ten grondslag dat Y als bestuurder van IFFT jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld. Volgens eiser is IFFT tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichting tot terugbetaling van de lening. Uit het feit dat het beslag op de bankrekening van IFFT doel trof voor slechts een bedrag van € 300 blijkt dat IFFT ook geen

verhaal bood. Eiser stelt verder dat Y wist dat IFFT niet aan haar verplichtingen kon voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade. Voorts betoogt eiser dat Y de gebrekkige kredietwaardigheid van IFFT zelf heeft gecreëerd door de gelden direct van de rekening van IFFT op te nemen en elders te stallen.

Y voert als verweer aan dat niet hij maar IFFT is verplicht tot terugbetaling. Verder betwist hij de opeisbaarheid van de lening. Wat betreft de eerste tranche is volgens Y geen datum van terugbetaling overeengekomen, terwijl hij ontkent dat IFFT heeft toegezegd om de tweede tranche binnen tien dagen terug te betalen. Een e-mail van 7 maart 2013 met de tekst 'Confirmed !', bevestigt slechts de ontvangst van de tweede tranche, aldus Y. Verder voert hij als verweer aan dat IFFT een actieve onderneming is.

De rechtbank stelt voorop dat IFFT als contractspartij gehouden is tot nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de leningovereenkomst. Slechts onder bijzondere omstandigheden is er ruimte voor aansprakelijkheid van Y als bestuurder van IFFT uit hoofde van onrechtmatige daad. Daartoe is vereist dat Y ter zake van de benadeling van eiser persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hiervan kan sprake zijn indien Y ten tijde van het verstrekken van een lening onder de leningovereenkomst wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat IFFT niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door Y aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. In de kern gaat het erom dat Y ten tijde van het verstrekken van de lening wist of behoorde te begrijpen dat eiser als schuldeiser van IFFT als gevolg van zijn handelen schade zou lijden. Zie HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 (*RCI Financial Services*) en HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0468 (*X/Eurocommerce Holding B.V.*). Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen, zie HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*).

In het kader van de vraag of Y persoonlijk aansprakelijk is, zal eerst moeten worden beoordeeld of IFFT haar verplichtingen uit hoofde van de leningovereenkomst is nagekomen. Daartoe zal moeten worden vastgesteld op welk moment de beide tranches opeisbaar waren. Op 7 maart 2013 heeft eiser een e-mail aan Y verzonden met als onderwerp 'Confirmation requested'. Eiser verzoekt Y om te bevestigen dat de tweede tranche binnen ongeveer tien dagen ('within say 10 days') zal worden terugbetaald. Y antwoordt deze e-mail met de tekst 'Confirmed !'. Ook indien in aanmerking wordt genomen dat de tweede tranche dezelfde dag van de rekening van eiser is afgeschreven, valt de e-mail van Y redelijkerwijs niet anders te begrijpen dan dat daarin wordt toegezegd dat de lening op of omstreeks 17 maart 2013 zal worden terugbetaald. Partijen zijn derhalve overeengekomen dat IFFT de tweede tranche op

of omstreeks 17 maart 2013 zou terugbetalen.

De betwisting van de opeisbaarheid van de tweede tranche door Y wordt verworpen. Nu partijen de exacte datum van de opeisbaarheid van de tweede tranche niet hebben vastgesteld, zal de rechtbank tot uitgangspunt nemen dat deze moest worden terugbetaald uiterlijk een week na 17 maart 2013, zijnde 24 maart 2013. Het uitblijven van de terugbetaling van de tweede tranche op 24 maart 2013 gaf eiser de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden. Bij e-mail heeft eiser de overeenkomst ontbonden met als gevolg dat ook de eerste tranche opeisbaar werd met ingang van 26 april 2013, de datum die in deze e-mail is vermeld.

Eiser heeft onbetwist gesteld dat IFFT de eerste en de tweede tranche van de lening nog niet heeft terugbetaald. Dit leidt tot de gevolgtrekking dat IFFT is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de leningovereenkomst alsmede, na de ontbinding van deze overeenkomst, in de nakoming van verbintenis tot het ongedaan maken van de al door haar ontvangen prestaties, te weten de twee ontvangen tranches.

Eiser heeft gesteld dat IFFT geen verhaal bood. Y, die heeft verklaard dat IFFT zowel thans als ten tijde van het aangaan van de leningovereenkomst nauwelijks activa had, heeft deze stelling niet weersproken. Daarmee staat vast dat eiser schade heeft geleden als gevolg van de niet-nakoming door IFFT van haar verplichting uit hoofde van de ontbinding van de leningovereenkomst.

Vervolgens rijst de vraag of Y persoonlijk hiervan een ernstig verwijt valt te maken, zoals eiser heeft gesteld. Y heeft verklaard dat IFFT ten tijde van het aangaan van de leningovereenkomst nauwelijks activa had en dat IFFT ook thans nauwelijks activa heeft. Voorts heeft Y verklaard dat IFFT ten tijde van het aangaan van de overeenkomst weliswaar bezig was met een project, maar dat IFFT geen concreet zicht op inkomsten had. Y heeft verder verklaard dat van de beide tranches ongeveer zestig procent is besteed aan zijn eigen salaris en ongeveer veertig procent aan zakelijke kosten, zoals reiskosten en huur van een kantoor.

Y heeft als bestuurder de eerste en tweede tranche verbruikt, terwijl IFFT nauwelijks activa had, geen inkomsten genoot, en evenmin inkomsten te verwachten vielen waarmee de lening zou kunnen worden terugbetaald. Gelet op de uitlatingen van Y kan niet ervan worden uitgegaan dat de gelden zijn besteed ten behoeve van projecten die in de toekomst inkomsten zouden kunnen genereren. De rechtbank acht daarbij van gewicht dat Y de geleende gelden in belangrijke mate ten behoeve van zichzelf heeft aangewend en voor het overige de besteding op geen enkele wijze heeft onderbouwd. Onder deze omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat Y persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken. Dit wordt niet anders indien (ten aanzien van de eerste tranche) in aanmerking wordt genomen dat ten tijde van het

verstrekken van de lening nog geen terugbetalingstermijn was overeengekomen. Deze omstandigheden, met name de omstandigheid dat Y de gelden voornamelijk ten behoeve van zichzelf heeft aangewend zonder dat IFFT concreet zicht op inkomsten had, zijn van dien aard dat Y ook een ernstig verwijt treft indien in aanmerking wordt genomen dat geen terugbetalingstermijn was overeengekomen.

Wat betreft de tweede tranche geldt het vorenstaande in versterkte mate nu partijen zijn overeengekomen dat de tweede tranche op of omstreeks 17 maart 2013 opeisbaar was. De verklaringen van Y leiden tot het oordeel dat Y op 7 maart 2013 wist, althans redelijkerwijze behoorde te weten, dat IFFT niet op of omstreeks 17 maart 2013 in staat zou zijn om te voldoen aan haar verplichting tot terugbetaling van de tweede tranche en dat IFFT ook geen verhaal zou bieden. Immers, IFFT beschikte niet over voldoende liquiditeiten om de lening binnen de overeengekomen termijn af te betalen, terwijl eiser zich ook niet op overige activa van IFFT kon verhalen.

Aangezien Y geen bijzondere omstandigheden heeft aangevoerd die de conclusie rechtvaardigen dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt moet ervan worden uitgegaan dat Y onrechtmatig jegens eiser heeft gehandeld bij het doen van trekkingen onder de leningovereenkomst en bij het aanwenden van de aldus geleende gelden.

Nu eiser ook onbetwist heeft gesteld dat hij schade heeft geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van Y, zal de hoofdvordering worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:3707

Zaaknummer: HA ZA 15-60

Rechters: J.M. de Jongh

Advocaten: E.L. van de Water en R Teitler

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Merrie Parcona

Verkoop van een gebrekkig paard. Op grond van het feitencomplex komt de rechtbank tot de overtuiging dat Parcona (het paard) voor levering neurectomie heeft ondergaan. Of de vennootschap op de hoogte was of behoorde te zijn kan volgens de rechtbank in het licht van artikel 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW onbesproken blijven, nu de vennootschap bij een juiste voorstelling van zaken had moeten begrijpen dat X door de uitgevoerde neurectomie van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden. X heeft de overeenkomst rechtsgeldig vernietigd. De rechtbank oordeelt daarnaast dat de stelling dat de vennootschap wist van de uitgevoerde neurectomie en dat die wetenschap moet worden toegerekend aan D, onvoldoende is voor een persoonlijk ernstig verwijt in het kader van de door X jegens (indirect) bestuurders B, C en D ingestelde vorderingen wegens onrechtmatige daad. Gesteld – en zo nodig bewezen – had moeten worden dat D zelf wetenschap van de neurectomie had.

X koopt op 9 mei 2011 voor € 320.000 een merrie genaamd Parcona van A BV ('de vennootschap'). A tot en met D zijn direct of indirect bestuurder van de vennootschap. E heeft bemiddeld bij de verkoop. Op 10 mei wordt Parcona aan X geleverd zodat het paard enkele dagen later mee kan doen aan een wedstrijd. Zover komt het echter niet. De merrie vertoont vrijwel direct tekenen van kreupelheid en na meerdere onderzoeken blijkt dat het paard chirurgische neurectomie heeft ondergaan: in het verleden is wegens zenuwpijn een gedeelte van een gevoelszenuw uitgesneden.

X vordert een verklaring voor recht dat de koopovereenkomst rechtsgeldig is ontbonden dan wel vernietigd en vordert dat alle gedaagden hoofdelijk worden veroordeeld de koopsom terug te betalen vermeerderd met handelsrente en daarnaast betaling van de geleden schade. X beroept zich daarbij primair op bedrog, subsidiair op dwaling en voorts onder meer op

onrechtmatige daad begaan door bemiddelaar E en een onrechtmatige daad begaan door de bestuurders B, C en D.

De rechtbank onderzoekt allereerst of sprake is van dwaling op grond van artikel 6:228 lid 1 onder b of c BW. De vennootschap betwist niet dat een neurectomie is uitgevoerd, wel dat kan worden vastgesteld of de neurectomie voor of na de levering heeft plaatsgevonden en dat zij onjuiste mededelingen aan X heeft gedaan of belangrijke informatie heeft verzwegen.

Op grond van het feitencomplex komt de rechtbank tot de overtuiging dat Parcona voor levering neurectomie heeft ondergaan. Of de vennootschap op de hoogte was of behoorde te zijn kan volgens de rechtbank in het licht van artikel 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW onbesproken blijven, nu de vennootschap bij een juiste voorstelling van zaken had moeten begrijpen dat X door de uitgevoerde neurectomie van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden. X heeft de overeenkomst bij brief van 1 augustus 2011 rechtsgeldig vernietigd. De bespreking van de andere grondslagen die zijn aangevoerd ter vernietiging of ontbinding – waaronder de primaire grondslag – worden verder achterwege gelaten.

Wat betreft de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid bespreekt de rechtbank vooreerst het juridisch kader. De rechtbank hanteert hierbij het kader uit HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0759 (*Ontvanger/Roelofsen*) en meer recentelijk HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 en 2628, zonder expliciet naar jurisprudentie te verwijzen. De door X jegens B, C en D ingestelde vorderingen, berusten op de stelling dat D vooraf wist van de uitgevoerde neurectomie en toestond dan wel bewerkstelligde dat de overeenkomst werd gesloten en de koopprijs niet heeft gesepareerd terwijl hij wist dat die zou moeten worden terugbetaald. De rechtbank oordeelt dat de stelling dat de vennootschap wist van de uitgevoerde neurectomie en dat die wetenschap moet worden toegerekend aan D, onvoldoende is voor een persoonlijk ernstig verwijt. Gesteld en zo nodig bewezen had moeten worden dat D zelf wetenschap van de neurectomie had.

X stelde voorts dat E onrechtmatig heeft gehandeld door verkeerde of onvolledige inlichtingen aan de dierenarts te geven. De rechtbank oordeelt dat de enkele stelling dat 'bijzonder onaannemelijk' is dat E dat niet wist, in dit verband – ook gelet op de betwisting – onvoldoende is. Ook heeft X – door enkel te stellen dat 'zeer onaannemelijk' is dat E die tekenen van kreupelheid niet geconstateerd heeft – niet aan de op haar rustende stelplicht voldaan. De rechtbank verklaart voor recht dat de koopovereenkomst rechtsgeldig is vernietigd, veroordeelt de vennootschap tot betaling van € 320.000 vermeerderd met de wettelijke handelsrente, geleden schade en veroordeelt haar tevens in de proceskosten.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:4453

Zaaknummer: C/10/414427

Rechters: W.M. Limborgh

Advocaten: F.W.M. Groot en S.A. Wensing

Wetsartikelen: 2:9 BW, 6:162 BW en 6:228 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Gedaagden stellen een toekomstige afzetmarkt in China in het vooruitzicht aan Nederlandse leveranciers van een cosmeticaproduct. Na het sluiten van de overeenkomst blijkt dat deze afzetmarkt helemaal niet gerealiseerd is. Appellanten vorderen schadevergoeding uit onrechtmatige daad omdat zij doelbewust met onjuiste informatie bewogen zijn tot het sluiten van een overeenkomst tot levering van producten. Het hof stelt vast dat ten tijde van het sluiten van deze informatie het niet- realiseren van de verkoopmarkt een mogelijkheid was waarvan appellanten op de hoogte waren althans konden zijn. Er zou sprake kunnen zijn van niet-nakoming van de overeenkomst maar dit is uitdrukkelijk niet aan de vordering ten grondslag gelegd.

De eerste gedaagde ('X') is een consultancybedrijf dat gericht is op China. De andere twee gedaagden, Y en Z, zijn indirect bestuurder van X. Wellness International Network Limited ('WIN') is een Amerikaans bedrijf dat handelt in cosmeticaproducten. Appellanten hebben in casu opgetreden als onafhankelijke distributeurs van WIN en zijn steeds rechtsgeldig vertegenwoordigd door hun echtgenoten ('echtgenoten'). De bestuurders van X hebben aan vertegenwoordigers van WIN om een investering gevraagd van duizend cosmeticsets ter waarde van € 350.000 om een prestigieus golftoernooi in China te sponsoren. Tegenover de echtgenoten is verklaard dat X zich onder meer heeft verzekerd van permanente verkopen van WIN-producten in 's werelds grootste spa in China en gedurende het toernooi, voor een totale afname van 5200 sets. Uit dezelfde e-mail blijkt dat de deal met WIN en het Chinese resort nog gesloten moet worden. WIN heeft verklaard het toernooi niet te willen sponsoren, maar wel duizend sets te willen sturen onder voorwaarde dat X er nog tweeduizend afneemt. WIN was niet bereid om haar producten direct aan X te leveren. Daarom is afgesproken dat dit via eiseressen zal gebeuren. Y heeft een e-mail gestuurd aan de echtgenoten en aan WIN waarin gesteld wordt dat er een winkel in Beijing komt en dat de investering van gedaagden (geïntimeerden) veel hoger is dan de investering van WIN en appellanten.

In augustus 2008 heeft Y aan de echtgenoten gemeld dat het sponsoren van de Worldcup wordt opgeschort naar 2009, maar dat de salesoutlets op het resort en in Beijing gewoon doorgaan. Begin september 2008 is er een contract tussen WIN en X ondertekend waarin X een twaalfjarig alleenrecht krijgt om WIN-producten in China en Hongkong af te zetten. Ook is er een overeenkomst getekend tussen X en de echtgenoten van appellanten waaruit blijkt dat appellanten 240 proefsets leveren en dat X in de toekomst zal afnemen bij appellanten. In het contract is verklaard dat beide partijen zich zullen inzetten om de door X geschetste afzetvolumes te realiseren. Eind mei 2009 heeft WIN de samenwerking met X beëindigd, omdat X geen samples afnam en de verkoopverwachtingen niet zijn gerealiseerd. Appellanten hebben 240 sets aan X geleverd en hebben nog eens 240 sets extra op voorraad genomen. In februari 2009 blijkt dat er geen verkooppunten in China zijn en dat de geleverde sets op het kantoor staan van een contactpersoon van X.

In eerste aanleg hebben appellanten van gedaagden een schadevergoeding van € 575.000 gevorderd op grond van een onrechtmatige daad. De rechter heeft deze niet toegewezen omdat schade niet kon worden vastgesteld. In hoger beroep is de grondslag van de vordering uitdrukkelijk beperkt tot onrechtmatige daad. De indirect bestuurders zouden onrechtmatig gehandeld hebben, waardoor X ook aansprakelijk is omdat er namens haar geopereerd is. De onrechtmatigheid schuilt volgens appellanten in het feit dat geïntimeerden wisten van de onjuistheid van het geschetste beeld en dat er een overeenkomst met eiseressen is gesloten zonder dit onjuiste beeld te corrigeren.

Het hof stelt vast dat eventuele onjuiste mededelingen van geïntimeerden na het sluiten van de overeenkomst niet relevant zijn voor de gekozen grondslag, omdat het met onjuiste informatie overhalen van eiseressen tot het sluiten van de overeenkomst de grondslag is. In contact met de echtgenoten wordt er weliswaar gesproken van zekere verkopen, maar in dezelfde berichtgeving wordt gesproken van stappenplannen waaruit blijkt dat er nog niets vaststaat. Op het moment van het sluiten van de overeenkomst was van een bestaand verkoopnetwerk in China nog geen sprake, waarvan de echtgenoten op de hoogte waren althans konden zijn. Veelzeggend is dat WIN zelf slechts in beperkte mate wilde participeren in het project in China. Appellanten hebben onvoldoende oog gehouden voor het feit dat de plannen nog waargemaakt moesten worden. Het hof stelt vast dat zowel de norm van artikel 6:162 BW als de norm die blijkt uit *Ontvanger/Roelofsen* (ECLI:NL:HR:2006:AZ0758) niet leidt tot aansprakelijkheid van Y en Z. De vordering jegens X loopt in deze vordering via de aansprakelijkheid van Y en Z en gaat daarom niet op. Het hof overweegt dat er wellicht sprake had kunnen zijn van een niet-nakomen van contractuele verplichtingen, maar dat dit uitdrukkelijk niet aan de vordering ten grondslag is gelegd. Het hof bekrachtigt daarom het vonnis van de rechtbank.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-06-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:4196

Zaaknummer: 200.116.854-01

Rechters: G. van Rijssen, R.A. van der Pol en I Tubben

Advocaten: A.K. Doornbosch en R.W. Lagerwaard

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

ZEPA Holding/PDBO Finance

Eiseres heeft onbetwist gesteld dat een vergadering van aandeelhouders niet conform de wettelijke en statutaire vereisten bijeengeroepen is en dat er geen sprake is van rechtsgeldige besluitvorming. De rechtbank oordeelt dat uit de door eiseres onweersproken geschetste gang van zaken volgt dat de besluiten die zijn genomen op bij de vergadering nietig zijn. Het goedkeuren in onderhavig geval van notulen is slechts een bevestiging van een eerdere schriftelijke vastlegging van het verhandelde ter vergadering, waaronder (mogelijk) genomen besluiten, en heeft geen betrekking op de rechtsgeldigheid van deze besluiten. Eiseres heeft niet toegelicht in welk opzicht zij is geschaad door het goedkeuren van de notulen op zichzelf en waaruit haar concrete belang bij toewijzing van dit onderdeel van haar vordering(en) bestaat, zodat dit onderdeel volgens de rechtbank reeds daarom niet voor toewijzing in aanmerking komt.

Zepa Holding ('Zepa'/eiseres) vordert een verklaring voor recht dat er op 31 januari 2014 geen algemene vergadering is gehouden, althans dat alle besluiten van de algemene vergadering van P.D.B.O. van 31 januari 2014 nietig zijn. Die nietigheid treft meer in het bijzonder de volgende besluiten: het besluit tot goedkeuring van de notulen van de algemene vergadering van 2 juni 2013; het besluit tot vaststelling van de beloning van de directie-/managementfee van Werbri Trading B.V. ('Werbri') met betrekking tot 2013 op € 5000; het besluit aan de directie van P.D.B.O. decharge te verlenen ten aanzien van het beleid over 2013 en het besluit tot goedkeuring van de jaarrekening over 2013, aangevende een vermogen van € 258.269 en een verlies na belastingen van € 333.223 over 2013, welk resultaat op de reserves in mindering zou worden gebracht. Eiseres vordert verder de vernietiging van de op of omstreeks 28 januari 2014 door het bestuur van P.D.B.O. genomen besluiten tot acceptatie en erkenning van de verschuldigdheid van de door Werbri op 28 januari 2014 aan P.D.B.O. in rekening gebrachte bedragen ad in totaal € 348.000 en tot verrekening van de daaruit voortvloeiende schuld van

P.D.B.O. aan Werbri met de vordering van P.D.B.O. op Werbri uit hoofde van de lening/rekening-courantverhouding.

Subsidiair vordert eiseres alle op 31 januari 2014 door de algemene vergadering van P.D.B.O. genomen besluiten te vernietigen, maar niet de op of omstreeks 28 januari 2014 door het bestuur van P.D.B.O. genomen besluiten. Tegen de vorderingen is door P.D.B.O. geen verweer gevoerd.

De rechtbank oordeelt dat, nu de stellingen van Zepa niet zijn weersproken door P.D.B.O. en deze stellingen de vorderingen van Zepa, behoudens en met in achtneming van het navolgende, kunnen dragen, de vorderingen zullen worden toegewezen.

Door Zepa is onbetwist gesteld dat de vergadering van 31 januari 2014 niet conform de wettelijke en statutaire vereisten bijeenroepen is en dat er geen sprake is van rechtsgeldige besluitvorming. Voorts is door Zepa onbetwist gesteld dat de, in de notulen van 31 januari 2014 opgenomen, constatering door de heer B 'dat door de aandeelhouder Zepa Holding N.V. aan de heer B een volledige volmacht tot vertegenwoordiging is verstrekt' onjuist is. In dit verband is door Zepa onweersproken gesteld dat de heer B niet in staat is gebleken een schriftelijke volmacht te tonen, op grond waarvan hij bevoegd zou zijn namens Zepa deel te nemen aan de vergadering, daarin het woord te voeren en zelfs het stemrecht uit te oefenen.

Uit de door Zepa onweersproken geschetste gang van zaken volgt naar het oordeel van de rechtbank dat de besluiten die zijn genomen op de bijeenkomst van 31 januari 2014 nietig zijn. Nu Zepa niet, althans onvoldoende, heeft geconcretiseerd welke andere besluiten dan de door haar primair gevorderde vermelde vier besluiten zijn genomen tijdens de bijeenkomst op 31 januari 2014, voert het naar het oordeel van de rechtbank te ver om voor recht te verklaren dat alle besluiten van voornoemde bijeenkomst nietig zijn. De rechtbank zal enkel voor recht verklaren dat de in de primaire vordering vermelde besluiten nietig zijn.

Het, blijkens de notulen van 31 januari 2014, goedkeuren van de notulen van 2 juni 2013 is slechts een bevestiging van een eerdere schriftelijke vastlegging van het verhandelde ter vergadering, waaronder (mogelijk) genomen besluiten, en heeft geen betrekking op de rechtsgeldigheid van deze besluiten. Zepa heeft niet toegelicht in welk opzicht zij is geschaad door het goedkeuren van de notulen op zichzelf en waaruit haar concrete belang bij toewijzing van dit onderdeel van haar vordering(en) bestaat, zodat dit onderdeel reeds daarom niet voor toewijzing in aanmerking komt.

De rechtbank verklaart voor recht dat nietig is het ter vergadering van P.D.B.O. van 31 januari 2014 genomen besluit tot vaststelling van de beloning van de directie-/managementfee van Werbri Trading B.V. met betrekking tot 2013 op € 5.000 per jaar; het ter vergadering van

P.D.B.O. van 31 januari 2014 genomen besluit aan de directie van P.D.B.O. decharge te verlenen ten aanzien van het beleid over 2013; het ter vergadering van P.D.B.O. van 31 januari 2014 genomen besluit tot goedkeuring van de jaarrekening over 2013, aangevende een vermogen van € 258.269 en een verlies na belastingen van € 333.223 over 2013, welk resultaat op de reserves in mindering zou worden gebracht.

De rechtbank vernietigt de op of omstreeks 28 januari 2014 door het bestuur van P.D.B.O. genomen besluiten tot acceptatie en erkenning van de verschuldigdheid van de door Werbri Trading B.V. op 28 januari 2014 aan P.D.B.O. in rekening gebrachte bedragen ad in totaal € 348.000 en tot verrekening van de daaruit voortvloeiende schuld van P.D.B.O. aan Werbri Trading B.V. met de vordering van P.D.B.O. op Werbri Trading B.V. uit hoofde van de lening/rekening-courantverhouding.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 03-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:2949

Zaaknummer: C/08/170123 / HA ZA 15-202

Rechters: M.M. Lorist

Advocaten: J.D. Veltman en P. Gorter

Wetsartikelen: 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Gorter q.q./Construmax

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement wegens het schenden van de boekhoudplicht en de publicatieplicht. Krachtens artikel 2:248 lid 2 BW staat vanwege het schenden van de boekhoud- en publicatieplicht vast dat er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van gefailleerde. Het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement kan door gedaagde worden weerlegd. Hiertoe volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Gedaagde is hier echter niet in geslaagd.

Op 29 mei 2013 heeft de rechtbank Overijssel het faillissement uitgesproken van Construmax B.V. ('gefailleerde'). A (gedaagde 1) was enig aandeelhouder en bestuurder van gefailleerde van 10 oktober 2006 tot aan het faillissement. B (gedaagde 2) is sinds 15 april 1998 enig aandeelhouder en bestuurder van A. Gefailleerde exploiteerde een onderneming op het gebied van (staal)bouwprojecten in binnen- en buitenland. In het bijzonder hield gefailleerde zich bezig met het exporteren van bouwmaterialen naar de Nederlandse Antillen.

De curator vordert – samengevat – een verklaring voor recht dat A en B als (indirect) bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement van gefailleerde. Tevens vordert de curator dat A en B worden veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort en tot betaling van een voorschot (op dat tekort) van € 425.000. Voorts vordert de curator betaling van de wettelijke rente, incassokosten, de beslagkosten en de proceskosten. De curator voert hiertoe aan dat gedaagden niet hebben voldaan aan de verplichtingen van artikel 2:10 BW en artikel 2:394 BW, zodat vaststaat dat zij hun taak als (indirect) bestuurder kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Voorts hebben

zij volgens de curator nagelaten maatregelen te nemen, voor zover betoogd wordt dat niet de gebrekkige administratie, maar de crisis een belangrijke oorzaak van het faillissement zou zijn. Meer subsidiair stelt de curator zich op het standpunt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur zoals bedoeld in artikel 2:9 BW en meer subsidiair dat sprake is van een onrechtmatige daad.

B heeft verweer gevoerd en erkent dat de jaarrekeningen over de boekjaren 2010 en 2011 niet tijdig zijn gepubliceerd. B betwist echter dat sprake is van een ondeugdelijke boekhouding, verwijzend naar een onjuiste weergave in de faillissementsverslagen. Voorts betwist B dat de curator heeft aangetoond dat sprake is van een causaal verband tussen de gestelde gebrekkige administratie en het faillissement.

A is niet verschenen. Tegen haar wordt verstek verleend. Op grond van artikel 140 lid 2 Rv zal dit vonnis ook wat betreft A als een vonnis op tegenspraak worden beschouwd.

In zijn primaire vordering voert de curator aan dat gedaagden als (indirect) bestuurder van gefailleerde in strijd hebben gehandeld met de verplichtingen van artikel 2:10 BW ('de boekhoudplicht') en artikel 2:394 BW ('de publicatieplicht'). Op grond van artikel 2:394 lid 3 BW dient een rechtspersoon de jaarrekening uiterlijk binnen 13 maanden na afsluiting van het boekjaar te publiceren. Het faillissement van gefailleerde is op 29 mei 2013 uitgesproken. Gelet op het in artikel 2:248 lid 6 BW bepaalde, had gefailleerde in de drie jaren voorafgaande aan het faillissement de jaarstukken over de jaren 2009, 2010 en 2011 moeten publiceren. Tussen partijen staat echter vast dat de jaarrekeningen over 2010 en 2011 niet zijn gepubliceerd. Hiermee staat vast dat gedaagden in strijd hebben gehandeld met artikel 2:394 lid 3 BW.

Met betrekking tot de boekhoudplicht verwijst de curator onder meer naar het crediteurenoverzicht. Dit overzicht is bijgewerkt tot eind 2009 en met de hand is bijgeschreven wat de stand per datum faillissement zou zijn. De curator heeft aangetoond dat de standen in het oude overzicht, alsmede de handgeschreven notities niet overeenkomen met de vorderingen die de schuldeisers hebben ingediend in het faillissement. Ook het debiteurenoverzicht was slechts bijgewerkt tot 2009 en na aanschrijving van de debiteuren is de curator gebleken dat ook dit overzicht niet klopte. B heeft zich op het standpunt gesteld dat de verslaglegging van de curator niet klopt. B heeft dit standpunt echter niet nader onderbouwd, in tegenstelling tot de curator.

Op grond van vaste jurisprudentie is het bestuur verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te

voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. De door B overgelegde digitale uitdraai die is bijgewerkt tot 2009 kan niet als zodanig worden aangemerkt. Sinds 2010 is de administratie niet of nauwelijks bijgehouden en voorts is sprake van grote verschillen tussen de werkelijke debiteuren- en crediteurenstand en de opgegeven standen. De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat geen sprake is van een deugdelijke administratie, zoals bedoeld in artikel 2:10 BW.

Krachtens artikel 2:248 lid 2 BW staat vanwege het schenden van de boekhoud- en publicatieplicht vast dat er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van gefailleerde. Voorts wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hoewel de onbehoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:248 lid 2 BW is gegeven kan het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement mogelijk wel door B worden weerlegd. Hiertoe volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (Hoge Raad 20 oktober 2006, *NJ* 2007/2).

B heeft met verwijzing naar de economische crisis betoogd dat hem niet kan worden verweten dat belangrijke, grote debiteuren hun facturen niet betaalden. Met de curator is de rechtbank echter van oordeel dat gedaagden met name bij de inning van deze grote debiteuren nalatig zijn geweest, omdat geen actie tegen hen is ondernomen. Ook leidt het niet-bijhouden van een deugdelijke administratie ertoe dat het lastig wordt om een vordering op een debiteur aannemelijk te maken.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft B onvoldoende aannemelijk gemaakt dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling van gedaagden als (indirect) bestuurder van gefailleerde, een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat gedaagden op grond van artikel 2:248 BW en 2:11 BW als (indirect) bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Het feit dat de curator geen causaal verband heeft aangetoond tussen de vastgestelde onbehoorlijke taakvervulling en de schade, het tekort in het faillissement, doet hier niet aan af. Op grond van artikel 2:248 BW is de aansprakelijkheid voor de schade namelijk gegeven indien aan alle vereisten is voldaan om tot bestuurdersaansprakelijkheid te concluderen.

De curator heeft gevorderd dat A en B hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van een voorschot dat bij dagvaarding door de curator is bepaald op € 450.000. De curator heeft bij conclusie van repliek onweersproken gesteld dat de laatste stand van de lijst van voorlopig

erkende crediteuren € 88.546,85 bedraagt. Naar het oordeel van de rechtbank dient bij de vaststelling van het voorschot op het te verwachten faillissementstekort bij deze meest recente stand te worden aangesloten. Voorts dient ook rekening te worden gehouden met de door de curator genoemde en onbetwiste stand van de lijst van voorlopig erkende preferente crediteuren van circa € 47.000 en de stand van de boedelkosten en -vorderingen van circa € 35.000. Gelet op deze gegevens zal de rechtbank B en A hoofdelijk veroordelen tot betaling van een voorschot van € 150.000. De door de curator gevorderde wettelijke rente zal de rechtbank afwijzen, omdat geen sprake is van verzuim.

Met betrekking tot de door de curator gevorderde buitengerechtelijke kosten hanteert de rechtbank het uitgangspunt dat dergelijke kosten alleen voor vergoeding in aanmerking komen indien zij betrekking hebben op verrichtingen die meer omvatten dan een enkele aanmaning, het enkel doen van een (niet aanvaard) schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier. Niet is gebleken dat van dergelijke extra werkzaamheden sprake is geweest. De vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten moet daarom worden afgewezen.

Gedaagden worden als de in het ongelijk gestelde partijen in de kosten van deze procedure veroordeeld. Ook zal de rechtbank hen veroordelen tot vergoeding van de beslagkosten. Het betoog van B dat de kosten van betekening en beslag voor rekening van de curator dienen te blijven faalt. De curator heeft onweersproken gesteld dat ten tijde van de dagvaarding en beslaglegging onbekend was waar B verbleef. De rechtbank ziet voorts geen redenen om deze kosten voor rekening van de curator te houden.

De rechtbank verklaart voor recht dat A en B als (indirect) bestuurders van Construmax ieder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement, te vermeerderen met het bedrag van de boedelschulden, waaronder het door de rechtbank vast te stellen salaris van de curator en diens overige kosten. De rechtbank veroordeelt A en B verder ieder hoofdelijk tot betaling van het tekort in het faillissement van Construmax en tot betaling aan de curator van een bedrag ad € 150.000 bij wijze van voorschot. Ten slotte veroordeelt de rechtbank A en B ieder hoofdelijk in de proceskosten en (na)kosten van deze procedure.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 03-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:2947

Zaaknummer: C/08/158306 / HA ZA 14-339

Rechters: ? Bosch

Advocaten: P. Gorter en K.J. Coenen

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:248 BW, 2:394 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

eiseres/Mosadex C-V c.s.

Eiseres heeft (een deel van) de door haar gehouden aandelen in een onderneming die zich bezighoudt met de ontwikkeling van een insulinepen verkocht aan NIP Holding B.V. In het kader van deze verkoop is een earn-out-vergoeding overeengekomen en is de betaling van (een deel van) de koopprijs afhankelijk gesteld van de vervulling van een bepaalde voorwaarde (de milestone). Zowel de earn-out als de (voorwaardelijke) koopsom is onbetaald gebleven, omdat de voorwaarde voor de opeisbaarheid daarvan niet zijn vervuld. De bestuurders van NIP hebben opzettelijk het intreden van de voorwaarde van de milestone belet en daarom moet geacht worden dat de voorwaardelijke verbintenis is ingetreden. De bestuurders is bovendien ter zake een ernstig verwijt te maken, tenzij zij kunnen aantonen dat het intreden van die voorwaarde (vooralsnog) niet mogelijk was.

Diabetes Management International B.V. ('DMI') is opgericht met als doel de ontwikkeling en verkoop van een insulinepen. De aandelen in DMI werden voor tachtig procent gehouden door eiseres. Een aan Mosadex C-V gelieerde vennootschap (eiseres) heeft in november 2009 een overbruggingskrediet van € 500.000 verstrekt aan DMI. In maart 2010 heeft eiseres de helft van de door haar gehouden aandelen verkocht aan NIP holding B.V. ('NIP'). In deze verkoopovereenkomst is naast een koopprijs een earn-out-vergoeding en een beding inhoudende een milestone opgenomen. De milestone hield in dat (een deel van) de koopsom pas bij het verkrijgen van goedkeuring van de Amerikaanse Food and Drug Agency ('FDA') opeisbaar zou zijn. NIP is uiteindelijk enig aandeelhouder van DMI geworden en eiseres heeft een 45 procent aandeel gekregen in NIP. Met onder meer Care4Pharma, een andere aandeelhouder in NIP, is een aandeelhoudersovereenkomst gesloten. Hierin zijn afspraken gemaakt over uitkeringen, het aanwenden van toekomstige financiering en voortzetting van de onderneming.

Op 30 november 2010 heeft eiseres haar aandelen in NIP verkocht aan Care4Pharma en zijn er tussen DMI, NIP, Care4Pharma en eiseres afspraken vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Hierin is bepaald dat de aandeelhoudersovereenkomst niet meer van kracht is, maar dat het bepaalde in verband met de earn out en de milestone wel onverkort van kracht blijft.

Op 21 december 2010 is DMI failliet verklaard. De curator heeft de activa, waaronder de rechten op de pen, verkocht aan EPG voor een bedrag van € 100.000. Enig aandeelhouder van EPG is Care4Pharma. Bestuurders van DMI waren indirect bestuurder van EPG ten tijde van de verkoop en FDA-goedkeuring is nooit aangevraagd.

Eiseres vordert primair veroordeling van alle betrokken aandeelhouders van DMI, van de bestuurders van DMI en van EPG tot betaling van de milestone en de earn-out en vordert subsidiair veroordeling tot betaling van de earn-out. Gedaagden hebben volgens eiseres (i) verhinderd dat de milestone werd bereikt, (ii) in strijd met gemaakte afspraken niet gezorgd voor voldoende werkkapitaal en (iii) aangestuurd op een faillissement gecombineerd met een doorstart. Door moedwillig de voorwaarden voor betaling van de uitgestelde koopsom te frustreren, gelden deze op grond van artikel 6:23 BW volgens eiseres als vervuld. Gedaagden betwisten het beletten van de vervulling van de voorwaarde. Er is geen aanvraag voor goedkeuring ingediend en NIP is hier volgens gedaagden niet toe verplicht. Daarnaast was de pen nog niet ver genoeg doorontwikkeld om een succesvolle aanvraag in te kunnen dienen.

De rechtbank stelt vast dat de overeenkomst dient te worden uitgelegd aan de hand van de Haviltex-norm. Een redelijke uitleg van de overeenkomst brengt mee dat partijen over en weer van elkaar mochten verwachten dat al het nodige zou worden gedaan om de FDA-goedkeuring te verkrijgen. Uit het feit dat NIP aanvoerde dat er geen verplichting bestond om de aanvraag in te dienen, volgt naar het oordeel van de rechtbank dat NIP vervulling van de milestone heeft belet en dat de redelijkheid en billijkheid verlangen dat de voorwaarde als vervuld heeft te gelden. Wel stelt de rechtbank NIP in de gelegenheid om te bewijzen dat in maart 2010 het indienen van een succesvolle aanvraag niet tot de mogelijkheden behoorde.

Uit het feit dat de bestuurders slechts op algemene wijze de verklaringen van werknemers betwisten, waaruit blijkt dat de FDA-goedkeuring opzettelijk is belet, volgt een voldoende ernstig verwijt. Uit het vennootschappelijk verband tussen NIP, DMI en de vennootschappen die aandeelhouder zijn, valt niet zonder nadere toelichting af te leiden dat de vennootschappen zich intensief met de gang van zaken bij NIP en DMI hebben bemoeid. De vordering betreffende de milestone is jegens aandeelhouders dan ook niet toewijsbaar.

De rechtbank gaat niet mee met de stelling van eiseres dat NIP, omdat op grond van de

vaststellingsovereenkomst een volgrecht ten aanzien van de pen is overeengekomen, gehouden was om jegens EPG te bedingen dat de rechten van eiseres op de rechten van de pen overgingen. Van enig rechtens verband tussen NIP en de pen is na het faillissement van DMI geen sprake meer. De curator bepaalt de voorwaarde van de transactie.

Ook oordeelt de rechtbank dat er geen sprake is van het bewust aansturen op een faillissement. Gedaagden zijn niet verplicht om meer financiële middelen ter beschikking te stellen dan in aanvankelijke stappenplannen is voorzien. Uit de afspraak dat er bancaire financiering zou worden aangetrokken volgt niet dat gedaagden ook verplicht zijn deze aan te trekken. Bovendien is in de vaststellingsovereenkomst bepaald dat het aan de beoordeling van de aandeelhouders is overgelaten om vanuit het oogpunt van de verwachte resultaten al dan niet over te gaan tot verdere investering in DMI.

De rechtbank oordeelt dat de primaire vordering niet toewijsbaar is. Met betrekking tot de vordering tot betaling van de earn-out worden gedaagden toegelaten tot bewijslevering dat de pen niet goedgekeurd zou zijn door de FDA. Slagen gedaagden hierin niet, dan zullen NIP en haar bestuurders hoofdelijk tot betaling worden veroordeeld.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 27-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:3287

Zaaknummer: C-13-558593 - HA ZA 14-115

Rechters: G.W.K. van der Valk-Bouman, H.J. Fehmers en B. van Berge Henegouwen

Advocaten: M. Wolters en C.J. Jager

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curator/Viva la Vida c.s.

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement. Het verweer van gedaagde dat hij zich als (indirect) bestuurder bezighield met de externe contacten en dat een ander op grond van een onderlinge taakverdeling verantwoordelijk was voor de administratie van de gefailleerde rechtspersoon, doet aan de schending van de administratieplicht niet af en discolpeert het bestuur niet. Het bestuur van een rechtspersoon is en blijft verantwoordelijk voor het voeren van administratie, ook wanneer de administratieve taken niet binnen het bestuur zelf zijn belegd. Dat het, aldus gedaagde, de bedoeling was dat die ander zou toetreden tot het bestuur maakt dit niet anders, omdat het uiteindelijk zover niet is gekomen. Gedaagde is enig bestuurder gebleven en dus is hij alleen bestuursverantwoordelijk. Het verweer van gedaagde dat het beroep van de curator op schending van de administratieplicht oneigenlijk zou zijn, omdat de curator haar de toegang tot het bedrijfspand zou hebben ontzegd waardoor zij niet in staat is geweest de volledige administratie aan de curator over te leggen, moet als onvoldoende onderbouwd worden verworpen indien onvoldoende is onderbouwd dat ontbrekende delen van de administratie zich in dat pand bevinden. Gedaagde wordt door middel van bewijsopdracht opgedragen om niet alleen aannemelijk te maken dat het faillissement van de rechtspersoon een externe oorzaak kent, maar ook de feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert in de zin van HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773 (Blue Tomato).

Vanaf haar oprichting op 9 juli 2012 exploiteert Viva la Vida een instelling voor geestelijke

gezondheidszorg (ggz) en verslavingen. Op 14 augustus 2013 is GGZ Manoto B.V. ('Manoto') opgericht, met Viva la Vida als oprichter, enig aandeelhouder en bestuurder. Viva la Vida heeft haar personeel na deze oprichting ondergebracht in Manoto. In de tot stand gebrachte structuur declareerde Viva la Vida als toegelaten zorgaanbieder de verleende zorg bij de zorgverzekeraars en zou Manoto op haar beurt van Viva la Vida een vergoeding ontvangen voor het ter beschikking gestelde personeel. Op 1 november 2013 is gedaagde aangetreden als bestuurder van Viva la Vida. Als enig bestuurder is hij alleen en zelfstandig bevoegd.

Bij een aan Viva la Vida gerichte brief van 12 december 2013 heeft zorgverzekeraar Achmea aangekondigd een onderzoek in te stellen naar door Viva la Vida ingediende declaraties naar aanleiding van een aantal signalen. Die signalen zijn voor Achmea reden geweest om per direct de betalingen aan Viva la Vida op te schorten en nader onderzoek te doen naar declaraties van de instelling. In dit verband heeft Achmea bij Viva la Vida alle dossiers opgevraagd waarvoor tot op heden een declaratie is ingediend en uitbetaald. Bij die brief is een controleplan gevoegd waarin het door Achmea aangekondigde onderzoek is beschreven.

Viva la Vida heeft niet aan het verzoek tot dossieronderzoek willen voldoen. Zij heeft een kort geding geëntameerd tegen Achmea, waarin zij onder meer heeft gevorderd dat het Achmea wordt verboden om Viva la Vida te verplichten om inzage te verschaffen in de medische dossiers van patiënten van haar of Manoto. Bij vonnis van 26 februari 2014 heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland de vorderingen van Viva la Vida afgewezen.

Nadat Achmea de betalingen aan Viva la Vida had stopgezet, heeft Manoto nieuwe arbeidsovereenkomsten gesloten en zijn parttime dienstverbanden omgezet in fulltime dienstverbanden. Bij aandeelhoudersbesluit van 24 april 2014 is besloten om Manoto op eigen verzoek failliet te laten verklaren. Bij vonnis van de Rechtbank Den Haag van 20 mei 2014 is Manoto failliet verklaard. De curator heeft Viva la Vida c.s. bij brief van 11 juni 2014 aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. Na daartoe bekomen verlof heeft de curator beslag doen leggen op een aan gedaagde toebehorende bankrekening die hij aanhoudt bij de ING Bank N.V. en op de aandelen die gedaagde houdt in het kapitaal van gedaagde Management B.V.

De curator vordert een verklaring voor recht dat Viva la Vida en gedaagde hun taak als bestuurder van Manoto kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld in de zin van artikel 2:248 BW, dan wel dat zij hun taak van (indirect) bestuurder niet behoorlijk hebben vervuld in de zin van artikel 2:9 BW, dan wel dat zij onrechtmatig hebben gehandeld tegenover de boedel in de zin van 6:162 BW, zodat zij in alle gevallen gehouden zijn tot betaling van een bedrag gelijk aan het boedeltekort dan wel een door de rechtbank te bepalen bedrag. Tevens vordert de curator

dat de rechtbank Viva la Vida en gedaagde hoofdelijk zal veroordelen om aan de curator te voldoen het bedrag van het boedeltekort, nader op te maken bij staat, dan wel een door de rechtbank te bepalen bedrag.

Aan zijn vordering heeft de curator primair ten grondslag gelegd dat Viva la Vida c.s. de bestuurstaken kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:248 BW. De curator verwijt Viva la Vida c.s. dat niet is voldaan aan de administratieplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW. Daarnaast verwijt hij Viva la Vida c.s. dat arbeidsovereenkomsten zijn aangegaan en bestaande parttime dienstverbanden zijn omgezet in fulltime dienstverbanden op een moment waarop duidelijk was dat de opbrengsten van Manoto onvoldoende waren om de kosten te dekken. Bovendien treft Viva la Vida c.s. het verwijt dat zij niet heeft gezorgd voor een voldoende besparing van kosten en evenmin heeft gezocht naar alternatieve opdrachtgevers. Die verwijten leveren volgens de curator ook voldoende grond op voor aansprakelijkheid van Viva la Vida c.s. op grond van artikel 2:9 dan wel 6:162 BW. Viva La Vida c.s. voert verweer.

De rechtbank behandelt de stelling van de curator dat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van artikel 2:248 BW omdat – primair – Viva la Vida c.s. niet aan de uit artikel 2:10 BW voortvloeiende administratieplicht heeft voldaan. De curator heeft daartoe gesteld dat gedaagde aan hem maar een beperkte hoeveelheid administratie heeft overgelegd, waaruit naar voren komt dat na 9 december 2013 de administratie van Manoto niet meer is verwerkt. Uit de aanwezige administratie volgt dat verplichtingen zijn aangegaan vóór 25 november 2013, de dag waarop Manoto de beschikking kreeg over een bankrekening, maar niet hoe aan die verplichtingen is voldaan. Er is geen kasadministratie aangetroffen die het een en ander zou kunnen verklaren. De overgelegde administratie bevat voorts geen sluitende urenregistratie of andere vastlegging waaruit de facturering van ingezette medewerkers kan volgen. Ook patiëntendossiers ontbreken. Wel heeft de curator in de administratie een factuur aangetroffen ter zake van een door een derde gehuurd bedrijfspand, welke factuur niet aan die derde is doorbelast.

Volgens de rechtbank heeft Viva la Vida c.s. deze door de curator gestelde gebreken in de administratie niet voldoende betwist, zodat hiervan uitgegaan moet worden. De geconstateerde gebreken zijn van dien aard dat uit de administratie niet de rechten en verplichtingen van Manoto kunnen worden gekend. De administratieplicht ex artikel 2:10 BW is derhalve geschonden.

Het verweer van Viva la Vida c.s. dat gedaagde zich als (indirect) bestuurder bezighield met de externe contacten en dat de heer De Reus op grond van een onderlinge taakverdeling verantwoordelijk was voor de administratie van Manoto, doet volgens de rechtbank aan die

schending niet af en disculpeert het bestuur niet. Het bestuur van een rechtspersoon is en blijft verantwoordelijk voor het voeren van administratie, ook wanneer de administratieve taken niet binnen het bestuur zelf zijn belegd. Dat het, zoals Viva la Vida c.s. ter zitting nader heeft toegelicht, de bedoeling was dat De Reus zou toetreden tot het bestuur maakt dit niet anders, omdat het uiteindelijk zover niet is gekomen. Gedaagde is enig bestuurder van Viva la Vida gebleven en dus is hij alleen bestuursverantwoordelijk.

Het verweer van Viva la Vida c.s. dat het beroep van de curator op schending van de administratieplicht oneigenlijk zou zijn, omdat de curator haar de toegang tot het bedrijfspand zou hebben ontnomen waardoor zij niet in staat is geweest de volledige administratie aan de curator over te leggen, moet als onvoldoende onderbouwd worden verworpen. Aan dat verweer ligt haar veronderstelling ten grondslag dat ontbrekende delen van de administratie zich in dat pand bevinden. Viva la Vida c.s. heeft echter aangegeven geen zicht te hebben (gehad) op aard en omvang van de door Manoto gevoerde administratie. Zij heeft ook niet kunnen aangeven welke onderdelen van de administratie wel beschikbaar zijn maar enkel nog niet aan de curator ter beschikking zijn gesteld. Het moet er daarom voor worden gehouden dat de administratie waarover de curator beschikt een compleet beeld geeft van de door Manoto gevoerde administratie.

Nu het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting tot het bijhouden van een boekhouding, geldt het onweerlegbare vermoeden dat het bestuur zijn taak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld. Vereiste voor aansprakelijkheid is voorts dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Indien de bestuurder niet heeft voldaan aan de verplichting van artikel 2:10 BW geldt krachtens artikel 2:248 lid 2 BW het weerlegbare vermoeden dat van dit laatste sprake is. Tegenover dit bewijsvermoeden zal Viva la Vida c.s. aannemelijk moeten maken dat andere feiten of omstandigheden dan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Ter ontzenuwing van dit vermoeden heeft Viva la Vida c.s. betoogd dat de omstandigheid dat Achmea de betalingen per 13 december 2013 met onmiddellijke ingang heeft stopgezet de oorzaak van het faillissement is geweest.

Hiertegenover heeft de curator gesteld dat Viva la Vida c.s. ruim voor het stopzetten van de betalingen door Achmea op de hoogte was van het bij de zorgverzekeraars gerezen vermoeden van fraude, alsmede de negatieve publiciteit rond een van de bij Manoto werkzame psychiaters en de gevolgen die dit had voor de relatie met de verschillende zorgverzekeraars. Bovendien heeft hij aangevoerd dat Viva la Vida c.s. erop had moeten toezien dat de patiëntendossiers en declaraties op orde waren, en dat deze geen aanleiding zouden vormen voor dossieronderzoek door Achmea (zie 2.8 en 2.9). Voorts heeft de curator aangevoerd dat Viva la Vida c.s. niet voortvarend heeft meegewerkt aan het onderzoek, hetgeen wel op haar

weg had gelegen, en dat zij tevens er niet voor heeft gezorgd dat Manoto haar bedrijfsvoering voortvarend heeft aangepast aan het wegvallen van de inkomsten.

De curator verwijt Viva la Vida c.s. dus dat zij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen. Gelet daarop is het aan Viva la Vida c.s. om niet alleen aannemelijk te maken dat het faillissement van Manoto een externe oorzaak kent, maar ook de feiten en omstandigheden te tonen waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert (HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773 (*Blue Tomato*)). Viva la Vida c.s. zal worden toegelaten dit bewijs te leveren. Wanneer zij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator om op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de schending van de administratieplicht mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 15-04-2015

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2015:4087

Zaaknummer: C/05/274848 / HA ZA 15-1

Rechters: V.F.R. Woeltjes, G.J. Meijer en N.W. Huijgen

Advocaten: F.A.M. Knuppe en A. Neophitou

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Bestuurdersaansprakelijkheid. Het cassatiemiddel richt klachten tegen de grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid. In de kern klaagt het middel dat het hof (i) niets overweegt over een persoonlijke zorgvuldigheidsverplichting, (ii) buiten beschouwing laat dat eisers geen bestuurders van A waren en (iii) dat onduidelijk is waarop het hof baseert dat eisers namens A handelen. De procureur-generaal bespreekt deze klachten tegen de achtergrond van de recentelijk gewezen arresten Spaanse Villa en Hezemans Air/X. en concludeert dat deze moeten falen. Daarnaast wijst het middel erop dat het hof heeft geoordeeld dat eisers jegens verweerders onrechtmatig hebben gehandeld en aansprakelijk zijn, terwijl zij daarbij over het hoofd ziet dat de rechtbank de vorderingen van verweerster 17 heeft afgewezen. Verweerster 17 heeft geen hoger beroep van dat eindvonnis ingesteld zodat het hof iets heeft toegewezen in zijn arrest dat in hoger beroep niet ter beoordeling voorlag. Aldus is het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden.

In cassatie wordt van het volgende uitgegaan. A B.V. ('A') houdt zich bezig met de aan- en verkoop van registergoederen. Eisers zijn indirect bestuurder van A. A heeft in 2008 percelen natuurterrein verkregen. Vervolgens heeft zij kavels daarvan te koop aangeboden onder vermelding van de verwachting dat de kavels te zijner tijd bebouwd mogen worden. Eisers waren betrokken bij zowel de bezichtigingen als de verkoopgesprekken. Verweerders hebben door A aangeboden kavels gekocht en geleverd gekregen. Nadien is gebleken dat de gronden in verband met hun natuurbestemming behoudens vrijstelling niet mogen worden bebouwd.

In hoger beroep heeft het hof voor recht verklaard dat (alleen) A en eisers onrechtmatig hebben gehandeld jegens verweerders en jegens hen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade voortvloeiende uit niet-correcte voldoening door A aan de veroordeling in het bestreden

vonnis uitgesproken. Het hof komt tot de conclusie dat A een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Deze onrechtmatige daad betreft, kort gezegd, het feit dat zij als professionele en deskundige partij, die zich zal hebben laten informeren over de planologische bepalingen die voor het perceel toen en in de toekomst van belang waren of konden zijn, door voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomsten een reële mogelijkheid van bebouwing van de kavels in de toekomst te suggereren, welke verwachting de prijs van de kavels beïnvloedt, zonder de geïnteresseerde kopers alle informatie te verstrekken die van belang kon zijn om de kansen en risico's zorgvuldig in te schatten, zich ervan bewust had moeten zijn geweest dat de geïnteresseerden over de natuurbeschermingsmaatregelen geïnformeerd hadden behoren te worden.

Het cassatiemiddel stelt in de onderdelen a tot en met d aan de orde op welke grondslag het hof de aansprakelijkheid van eisers heeft gebaseerd. In de kern klaagt het middel dat het hof (i) niets overweegt over een persoonlijke zorgvuldigheidsverplichting, (ii) buiten beschouwing laat dat eisers geen bestuurders van A waren en (iii) dat onduidelijk is waarop het hof baseert dat eisers namens A handelen. De procureur-generaal bespreekt deze klachten uitvoerig in het licht van het arrest *Spaanse Villa* (HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302) en tegen de achtergrond van het juridisch kader zoals uiteengezet in HR 5 september 2014 (*Hezemans Air/X*) NJ 2015/21 met noot P. van Schilfgaarde, en concludeert dat onderdelen a tot en met d moeten falen.

Onderdeel e wijst erop dat, anders dan de rechtbank, het hof verweerster 17 niet heeft uitgezonderd van de gegeven veroordeling, hetgeen betekent dat het hof voor recht heeft verklaard dat eisers jegens ook verweerster 17 onrechtmatig hebben gehandeld en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor door die B.V. geleden schade. Onderdeel e van het middel klaagt – aldus de Hoge Raad – terecht dat het hof aldus buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, nu verweerster 17 geen (incidenteel) hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank heeft ingesteld.

De overige klachten van het middel kunnen volgens de Hoge Raad niet tot cassatie leiden.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 27-03-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:759

Zaaknummer: 14/00184

Rechters: G. de Groot, F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: M.J. van Basten Batenburg en M.B.A. Alkema

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Pirox

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW. Geldlener Pirox spreekt de (indirect) bestuurders van geldnemer Marona aan op grond van onrechtmatige daad. Kort gezegd wijst Pirox daarbij op het feit dat deze bestuurders hebben bewerkstelligd dat de geleende gelden direct na ontvangst door Marona naar aan de bestuurders gelieerde partijen zijn doorgesluisd, waardoor Marona niet in staat was deze gelden terug te betalen en Pirox zou zijn benadeeld. Het hof stelt voorop dat bij tekortschieten in de nakoming van een verbintenis of het plegen van een onrechtmatige daad in beginsel alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade, maar dat onder bijzondere omstandigheden echter ook ruimte kan zijn voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is aldus het hof vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Op basis van de gegeven omstandigheden is naar het oordeel van het hof Pirox in casu opzettelijk benadeeld door de bestuurders van Marona en is die bestuurders daarom een ernstig verwijt te maken.

Pirox heeft ter uitvoering van een door haar en Marona B.V. gesloten overeenkomst van 28 oktober 2010 een bedrag van € 150.00 aan Marona als lening verstrekt. De lening diende als tijdelijke financiering voor de uitvoering van concrete orders. De hoofdsom en rente – tezamen € 165.000 – dienden uiterlijk op 31 maart 2011 aan Pirox te worden terugbetaald. Die termijn is nadien verlengd tot 30 september 2011. A (geïntimeerde sub 1) en Max Beheer B.V. (geïntimeerde sub 2) waren destijds bestuurders van Marona. B (geïntimeerde sub 3) was bestuurder van Max Beheer en derhalve indirect bestuurder van Marona. Marona is haar

verplichtingen uit de overeenkomst, ondanks een veroordeling daartoe in kort geding, echter niet nagekomen en is daar thans niet meer toe in staat.

In eerste aanleg heeft Pirox hoofdelijke veroordeling van geïntimeerden gevorderd tot betaling van € 167.842 vermeerderd met rente en kosten, waaronder beslagkosten. Aan die vordering heeft Pirox ten grondslag gelegd dat geïntimeerden als (indirect) bestuurders van Marona aansprakelijk zijn voor de schade die zij heeft geleden doordat het aan Marona geleende bedrag voor haar verloren is gegaan. Geïntimeerden hebben in reconventie gevorderd Pirox te veroordelen tot opheffing van de ten laste van hen gelegde beslagen. De rechtbank heeft bij vonnis van 22 mei 2013 de vordering van Pirox afgewezen bij gebreke van een voldoende onderbouwing. In reconventie is Pirox veroordeeld alle ten laste van geïntimeerden gelegde beslagen op te heffen. Zowel in conventie als in reconventie is Pirox veroordeeld in de proceskosten.

In hoger beroep heeft Pirox de grondslag van haar vordering uitgebreid en haar vordering gewijzigd. Zij concludeert in reconventie dat de vorderingen van geïntimeerden alsnog worden afgewezen. Verder vordert Pirox dat hetgeen zij ter uitvoering van het vonnis aan geïntimeerden heeft voldaan, aan haar wordt gerestitueerd.

Pirox legt in hoger beroep wat de aansprakelijkheid van geïntimeerden betreft, verkort weergegeven, het volgende aan haar vordering ten grondslag: (i) de geldlening diende als tijdelijke financiering voor de uitvoering van Marona van concrete orders; (ii) het leningbedrag door Pirox is in termijnen aan Marona betaald en vervolgens door Marona vrijwel geheel en onmiddellijk na ontvangst daarvan overgemaakt aan de vennootschap onder firma A.M. Zegers Beveiligingssystemen ('Beveiligingssystemen VOF'), zijnde een destijds kenbaar in financiële problemen verkerende – in september 2012 failliet verklaarde – vennootschap van de ouders van R. en B., welke vennootschap de gelden niet heeft gebruikt voor de uitvoering van orders van Marona, maar (vrijwel geheel) voor andere doelen, onder meer door betalingen te doen aan R. en B. en aan een aan B. gelieerde onderneming; (iii) als gevolg van deze aanwending van de geleende gelden en de financiële staat waarin Marona verkeerde was Marona niet in staat het als geldlening verstrekte bedrag aan Pirox terug te betalen; en (iv) geïntimeerden waren van een en ander op de hoogte en moeten zich hebben gerealiseerd dat Pirox door deze gang van zaken benadeeld werd waardoor zij er ten dele zelf van hebben geprofiteerd. Hen treft, aldus Pirox, een ernstig verwijt.

Geïntimeerden zijn in hoger beroep niet verschenen en hebben tegen de hiervoor aangeduide grondslag geen verweer gevoerd. Het in eerste aanleg op dit onderdeel gevoerde verweer is, gelet op hetgeen in hoger beroep door Pirox is gesteld, onvoldoende.

De vordering van Pirox heeft aldus, wat de aansprakelijkheid van geïntimeerden betreft, een deugdelijke grondslag. Het hof stelt hierbij allereerst voorop dat indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, het uitgangspunt is dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade, doch dat onder bijzondere omstandigheden, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte is voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap en dat voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (onder meer HR 6 februari 2015, 13/04872, ECLI:NL:HR:2015:246).

In dit geval is er sprake van opzettelijke benadeling van Pirox, waarvan geïntimeerden als (indirect) bestuurders van Marona op de hoogte waren en waarvan de vennootschap van de ouders van R. en B., Beveiligingssysteem VOF en indirect geïntimeerden zelf hebben geprofiteerd. Het feit dat dhr. A.M. Zegers hier een centrale rol in heeft gespeeld doet hier niet aan af. Geïntimeerden hebben immers als (indirect) bestuurders van Marona een eigen verantwoordelijkheid voor het rechtmatig jegens derden opereren van die vennootschap, terwijl uit hetgeen gesteld of gebleken is niet volgt dat zij zich kunnen disculperen. Geïntimeerden zijn aldus uit hoofde van onrechtmatige daad hoofdelijk jegens Pirox aansprakelijk voor de niet-nakoming door Marona van haar verplichtingen jegens Pirox uit de overeenkomst van geldlening en de als gevolg daarvan door Pirox geleden schade.

Gelet op het devolutieve karakter van het hoger beroep bespreekt het hof ook het overige in de eerste instantie door geïntimeerde gevoerde verweer. Het overige verweer vat het hof samen als: (i) De beslagen zijn zonder deugdelijke grond gelegd; (ii) De door Pirox gevorderde buitengerechtelijke kosten zijn niet gemaakt, noch gemotiveerd, en bovendien nodeloos gemaakt; en (iii) Nu partijen in onderling overleg hebben afgesproken dat de lening op 30 september 2011 zou worden terugbetaald, dient de handelsrente eerst op die datum in te gaan.

Het hof overweegt dat, mede gelet op hetgeen hiervoor over de aansprakelijkheid is overwogen, de stelling van geïntimeerden dat er in dit opzicht geen grond was om beslag te leggen of buitengerechtelijke werkzaamheden te doen verrichten, onjuist is. Het verweer met betrekking tot de buitengerechtelijke kosten is, in aanmerking nemende wat Pirox daaromtrent bij de inleidende dagvaarding heeft gesteld – waarop geïntimeerden niet in concrete zin zijn ingegaan – voor het overige onvoldoende gemotiveerd. Ook het verweer ten aanzien van de ingangsdatum van de door Pirox gederfde rente is onvoldoende gemotiveerd, in aanmerking nemende dat Pirox bij inleidende dagvaarding heeft aangevoerd dat bij het verlenen van uitstel van betaling is overeengekomen dat Marona de wettelijke handelsrente over de periode vanaf 1 april 2011 zou voldoen, hetgeen geïntimeerden niet (gemotiveerd) hebben betwist.

De gewijzigde vordering is blijkens het voorafgaande toewijsbaar. Een nadere bespreking van de grieven is daardoor niet nodig. Het hof veroordeelt geïntimeerden hoofdelijk tot betaling aan Pirox van het geleende bedrag, de buitengerechtelijke kosten en de beslagkosten vermeerderd met wettelijke rente. Het hof wijst bovendien de vordering van geïntimeerden af en veroordeelt hen hoofdelijk in de kosten van beide instanties.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-03-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:1128

Zaaknummer: 200.139.900/01

Rechters: E.J. van Sandick, R.F. Groos en J.H.W. de Planque

Advocaten: R.C.M. van Moorsel

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Deze uitspraak ziet op een reddingsplan waartoe is besloten ten aanzien van een scheeps-CV. Onderdeel van dit plan, welk onderdeel nodig is voor de medewerking van de bancaire financiers, is onder meer dat een deel van het commanditaire kapitaal wordt omgezet in een lening aan een bevriende stichting en dat door de commandieten afstand wordt gedaan van (nagenoeg) hun gehele resterende aanspraken. De door Cosmos Shipping B.V., tevens commandiet, aan de CV verstrekte lening zou daarentegen worden geconverteerd in kapitaal. Appellanten hebben als commandieten bezwaar geuit tegen deze constructie, waarna zij in kort geding zijn veroordeeld om kort gezegd de uitvoering daarvan te gehangen en gedogen. Appellanten hebben tegen die veroordeling een groot aantal grieven gericht, welke in de samenvatting worden besproken. Daarbij komt onder meer de door de voorzieningenrechter gemaakte belangenafweging aan bod. Zeer kort samengevat, overweegt het hof dat het enige in rechte te honoreren belang van appellanten dat door de constructie werd aangetast, was het behoud van zeggenschap over het schip, dat echter bij niet-uitvoering van het reddingsplan in elk geval verloren zou zijn gegaan. Daarmee verloor ook dat belang elke betekenis en werd het onredelijk ter bescherming daarvan de meerderheid van de commanditaire vennoten in hun wensen te dwarsbomen. Het hof onderschrijft daarom het oordeel van de voorzieningenrechter dat medewerking aan de conversie in redelijkheid van appellanten gevergd kon worden.

De CV is in 2006 opgericht voor het verwerven en exploiteren van schepen of aandelen daarin

('het schip'). Zij is opgericht door (i) Beheer als beherend vennoot voor het beheer en exploitatie van het schip; (ii) S2 Beheer B.V. als beherend vennoot voor het aanbieden van participaties in het commanditair kapitaal van de CV; en (iii) Cosmos Shipping B.V. als enige commanditaire vennoot. Cosmos was tevens enig aandeelhouder/bestuurder van Feederlines B.V, die weer enig bestuurder en aandeelhouder is van Beheer. Na de oprichting zijn andere commanditaire vennoten toegetreden, waaronder ook appellanten.

Feederlines en Cosmos hebben daarnaast leningen aan de CV verstrekt. De CV is verder in augustus 2007 bancair gefinancierd door ING Bank N.V. en ABN AMRO Bank N.V., in het kader waarvan een hypotheekrecht is gevestigd op het schip.

Op 20 december 2012 heeft Feederlines per mail aan de commanditaire vennoten haar zorgen geuit over de continuïteit van de CV. Als er niets zou gebeuren zou een faillissement op korte termijn onvermijdelijk zijn. Feederlines heeft om die reden met ING en ABN AMRO een reddingsplan bedacht, wat erop neerkomt dat er een gezamenlijke financieringsoplossing zou komen voor het schip en voor de zusterschepen, waarvoor een aantal andere schepen (schip-CV's) mede garant zouden staan. Deze gezamenlijke oplossing zou betekenen dat de banken tegen een verhoogde rente de verplichting tot aflossing en tot betaling van de rente voor een periode van bijna drie jaar zouden opschorten. De banken zijn echter alleen bereid hiertoe over te gaan, indien Cosmos minimaal 75 procent van het eigen vermogen van de CV gaat vertegenwoordigen om zo zelfstandig alle CV-besluiten te kunnen nemen. Met het oog op deze situatie is voorgesteld om de helft van het oorspronkelijk ingelegde commanditaire kapitaal om te zetten in een lening aan een stichting Bewaarder die het leningbedrag, onder vestiging van een tweede hypotheekrecht op het schip, aan de CV zal lenen en dat van het commanditair kapitaal voor het overige afstand wordt gedaan behoudens een bedrag van \$ 1 per participatie ('de omzetting'). De Feederlines/Cosmos-lening zou in dit kader worden geconverteerd in commanditair kapitaal ('de conversie').

Voor de omzetting is nodig dat de vennotenvergadering een besluit neemt tot teruggave van kapitaal en dat voldoende vennoten de individuele keuze maken om gebruik te maken van deze optie, waarbij zij hun kapitaal deels omzetten in een lening aan de stichting (en indirect aan de CV) en voor het overige afstand doen van hun vordering behoudens het bedrag van \$ 1 per participatie. Daarnaast is voor de conversie nodig dat het 'onderling goedvinden' zoals bedoeld in de vennootschapsakte tot stand komt. Daartoe stelde Feederlines een 'pro-forma vergadering' voor te haren kantore. Zij zond de commanditaire vennoten een formulier toe voor een volmacht om te stemmen, alsmede een formulier waarop iedere vennoot zijn keuze kon invullen. Voorts verzocht Feederlines commanditaire vennoten die gegronde bezwaren hadden tegen de conversie deze voor 11 januari 2013 schriftelijk kenbaar te maken. Appellanten hebben dit gedaan.

CV en Beheer vorderen primair appellanten onder dwangsom te gebieden schriftelijk in te stemmen met de conversie, subsidiair hen onder dwangsom te veroordelen die conversie te gehangen en te gedogen met voorbijgaan aan het bepaalde in artikel 3 lid 4 van de vennootschapsakte (onderling goedvinden). En meer subsidiair hen te doen uittreden als commanditaire vennoten van de CV zonder dat deze daarbij wordt ontbonden. Deze vorderingen zijn door de voorzieningenrechter (deels) toegewezen.

Appellanten hebben hoger beroep ingesteld. De grieven zijn hieronder puntsgewijs vermeld.

Goedvinden commandieten

Twee grieven van appellanten richten zich op de stelling van de CV en Beheer dat slechts het gemaakte bezwaar door appellanten aan de uitvoering van het reddingsplan in de weg staat. Appellanten bestrijden onder meer dat ook zonder het door hen gemaakte bezwaar geen sprake zou zijn van een onderling goedvinden, omdat daartoe vereist is dat alle vennoten door actieve wilsuiking instemmen. Zij achten het nalaten uitdrukkelijk bezwaar te maken onvoldoende. Bovendien stellen zij dat ook de commanditaire vennoot uitdrukkelijk bezwaar heeft gemaakt. De voorzieningenrechter heeft het standpunt van appellanten niet gevolgd. Het hof kan appellanten echter niet volgen in de hiertoe aangevoerde grieven. De term 'goedvinden' vereist niet noodzakelijkerwijze een actieve wilsuiking. Het is zeer wel denkbaar dat iets stilzwijgend goedgevonden wordt. Bovendien moet het goedvinden uit het uitblijven van bezwaar ook voldoende duidelijk volgen volgens het hof. De mogelijkheid bezwaar te maken dient echter niet gefrustreerd te worden, maar daar is geen sprake van.

Instemming deelgenoten

Wel acht het hof de grief gegrond waarin appellanten verdedigen dat voor onderling goedvinden alle deelgenoten moeten instemmen. Dit maakt de stelling van appellanten dat ook nog door de commanditaire vennoot uitdrukkelijk bezwaar gemaakt is tegen de conversie relevant. Appellanten motiveren deze stelling door te verwijzen naar enkele e-mails en een brief. Het hof meent dat hieruit in elk geval blijkt dat er soms verwarring bestaan heeft over de termen omzetting en conversie. In het e-mailbericht van 22 januari 2013 doelt de commanditaire vennoot echter duidelijk op de omzetting, gelet op zijn verwijzing naar het volmachtformulier dat immers betrekking heeft op de stemming over het besluit tot terugbetaling van kapitaal. In het e-mailbericht van 18 maart 2013 geeft de commanditaire vennoot er bovendien duidelijk blijk van dat hij zeer kritisch is over het reddingsplan en de voorstellen van Beheer; dat hij gekozen heeft om aan het kapitaal verbonden te blijven wat het hof in die zin begrijpt dat hij gekant is tegen de omzetting; dat hij niet expliciet ja of neen kan zeggen over de conversie; en dat hij absoluut tegen een faillissement is. Hierbij komt dat na

het wijzen van het bestreden vonnis het reddingsplan is uitgevoerd. Het standpunt van Beheer dat nu appellanten veroordeeld waren de conversie te gehangen en te gedogen, het onderling goedvinden voorhanden was, is dus kennelijk niet op bedenkingen gestuit. Het hof leidt uit bovenstaande af dat de commanditaire vennoot wel bezwaar heeft gemaakt tegen de omzetting, maar geen bezwaar heeft gemaakt tegen de conversie.

Grondslag voor terugbetaling kapitaal

Grievens drie, vijf en zes zien op de omzetting. Appellanten stellen dat het voorgenomen reddingsplan niet zou kunnen worden uitgevoerd omdat de beoogde omzetting van commanditair kapitaal in geldleningen niet mogelijk is aangezien de vennootschapsakte geen grondslag biedt voor het genomen besluit tot terugbetaling op kapitaal en dit besluit daarom onverbindend is. Dit dient namelijk te geschieden met daarvoor in aanmerking komende liquiditeiten en die waren er niet. Dit komt het hof ondeugdelijk voor omdat uit niets volgt dat die liquiditeiten vooraf beschikbaar moeten zijn geweest.

Appellanten achten het besluit ook onverbindend omdat het niet is genomen op een vennotenvergadering als bedoeld in de vennootschapsakte, aangezien die niet voorziet in de mogelijkheid van een pro-formavergadering en er bovendien geen plaats en tijdstip voor de vergadering waren vastgesteld, er geen agenda was toegezonden en de opgemaakte notulen onvolledig waren. Ook deze tegenwerpingen acht het hof ondeugdelijk. Onder een pro-formavergadering moet volgens het hof worden verstaan een 'gewone' vergadering waarvan echter verondersteld wordt dat de deelnemers er niet lijfelijk zullen verschijnen omdat ze daar geen behoefte aan hebben, omdat ze er niets wensen op te merken en niet geïnteresseerd zijn in wat anderen er zouden willen opmerken en omdat ze, indien ze enige stem zouden willen uitbrengen, dat bij volmacht kunnen doen. Het recht om als zij dat wensen wel lijfelijk te verschijnen werd hun bovendien niet onthouden. In dat geval zou ook een tijdstip worden vastgesteld. De datum en plaats waren al vastgesteld en een agenda was toegezonden want de brief vermeldde duidelijk wat op de vergadering aan de orde zou komen. Appellanten hebben zich echter niet aangemeld om persoonlijk te verschijnen. Het betoog dat ze dat niet konden omdat zij voor een dergelijk verzoek volgens de vennootschapsakte over twintig procent van het kapitaal moesten beschikken, gaat niet op; dat gaat over het recht een niet te weigeren verzoek te doen tot het uitschrijven van een vergadering. Waar het hier om gaat is het recht van appellanten te verzoeken en zelfs te eisen in staat te worden gesteld een reeds uitgeschreven vergadering bij te wonen. Daarvoor is geen minimum deelname in het kapitaal voorgeschreven.

Gebrekkige notulen

Ook het verwijt van onvolledigheid van de notulen acht het hof ongegrond. Ten eerste kan de geldigheid van een ter vergadering genomen besluit niet afhankelijk zijn van de kwaliteit van de pas na de vergadering op te maken notulen. Afgezien daarvan ziet het hof niet in dat ze onvoldoende duidelijkheid geven over het ter vergadering verhandelde. Bovendien zijn de eisen die appellanten aan de inhoud van de notulen stellen niet duidelijk gebaseerd op de vennootschapsakte of anderszins gegeven regels.

Gebrekkige volmachten

Appellanten klagen er voorts over dat ter vergadering de stemmen niet zijn uitgebracht overeenkomstig de ingezonden volmachten. In het formulier voor die volmachten was immers opgenomen dat aan het voorgestelde besluit tot terugbetaling op kapitaal een aantal voorwaarden was verbonden, waaronder de voorwaarde dat na de conversie ten minste 75 procent van het commanditaire kapitaal in het bezit van Cosmos diende te zijn. Aan die voorwaarde is niet voldaan, want Cosmos is niet verder gekomen dan 69,28 procent. Deze discrepantie wordt daarmee verklaard dat de banken aanvankelijk een percentage van 75 eisten, maar die eis in de loop van het onderhandelingsproces hebben gemitigeerd tot 65 procent omdat daarmee alle besluiten in de vennotenvergadering konden worden genomen. Appellanten hebben deze verklaring niet weersproken. Kennelijk zijn ter vergadering van 11 januari 2013 de ingekomen volmachten aldus uitgelegd dat onder deze omstandigheden in plaats van 75 procent mocht worden gelezen 65 procent. Het hof acht dit een redelijke interpretatie.

Belangenafweging

Hoewel de voorzieningenrechter zich kritisch heeft uitgelaten over de wijze waarop de CV het reddingsplan aan de commanditaire vennoten heeft voorgelegd heeft zij geoordeeld dat deze onvolkomenheden onvoldoende afdoen aan haar belangenafweging.

Belangen appellanten

In de bespreking van de grieven zeven tot en met dertien gaat het hof over tot de belangenafweging. De voorzieningenrechter heeft de conclusie getrokken dat van appellanten in redelijkheid gevergd kan worden dat zij thans instemmen met de conversie. Hiertegen komen appellanten op met deze grieven. Het bezwaar van appellanten tegen de conversie was volgens de voorzieningenrechter voornamelijk gelegen in de forse beperking van hun zeggenschap. Zonder die overweging op zichzelf tegen te spreken beklagen appellanten zich er met grief zeven over dat hun andere argumenten aldus ten onrechte onbesproken zijn gebleven. Als belangrijkste andere argument noemen zij hun verwijzing naar het *Payroll*-arrest (HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799). Hoewel het hof daarin slechts een

beoordelingsmaatstaf ziet en niet een belang dat zij hebben bij hun verzet tegen de conversie is zij van oordeel dat zij die beoordelingsmaatstaf ten onrechte voordragen. In onderhavige zaak gaat het namelijk niet om misbruik van recht, zoals speelde in Payroll, maar om de vraag of de medevennoten van appellanten van hen redelijkerwijs medewerking mogen verlangen aan de conversie.

Het hof begrijpt dat appellanten verder nog op een belang wijzen, namelijk dat, als een faillissement zou volgen, zij de participanten zullen mobiliseren om de curator te bewegen een diepgaand onderzoek in te stellen naar de wijze waarop Beheer (en de feitelijk beherende vennoten) hebben geopereerd en bevorderen dat deze aansprakelijk worden gesteld voor de door hun bestuur ontstane schade. Het hof meent dat niets appellanten belet om eventueel passende rechtsmaatregelen te treffen. Als zij echter een faillissement wensen te bevorderen tegen de wens van hun medevennoten (die zich immers niet hebben laten mobiliseren voor het verzet van appellanten tegen het reddingsplan) in de hoop in een daardoor ten tonele verschijnende curator een bondgenoot te vinden, verdient hun belang bij dat scenario niet in rechte te worden gehonoreerd omdat daarvoor een faillissement niet is bedoeld.

In verband met de belangen van appellanten heeft de voorzieningenrechter ook nog gerefereerd aan de in de vennootschapsakte vastgelegde minimale verkoopwaarde van het schip. Het gewicht van de bezwaren tegen het verlies van zeggenschap wat betreft het besluit tot onderhandse verkoop was in zoverre beperkt en had voorts in faillissement geen betekenis meer. Voor zover deze het eerste deel van de bestreden overweging betreft acht het hof de grief gegrond, omdat niet wordt ingezien waarom de vennootschapsakte op dit punt het gewicht van de zeggenschap der commanditaire vennoot zou beperken. Het tweede deel van de bestreden overweging blijft echter. In faillissement is de zeggenschap van commanditaire vennoten niet meer van betekenis en waar het gaat om het al dan niet besluiten tot verkoop is dat reeds het geval na verkoop van het schip, ook buiten faillissement.

Belangen van de CV en Beheer

Het hof acht aannemelijk dat zonder uitvoering van het reddingsplan de banken verkoop zouden hebben afgedwongen en daartoe zo nodig tot executoriale verkoop zouden zijn overgegaan. Met grief acht hebben appellanten de bepaling bestreden waarin de voorzieningenrechter het aannemelijk acht dat als het reddingsplan niet wordt uitgevoerd, in ieder geval ING Bank N.V. tot executoriale verkoop zal overgaan. Het hof stelt voorop, dat als gevolg van het bestreden vonnis het reddingsplan wel is doorgegaan de vraag wat er anders gebeurd zou zijn daarom een speculatief karakter draagt. Echter hebben de CV en Beheer een brief van ING Bank N.V. overlegd waarin deze aankondigt dat, indien niet voor of op 21 maart 2013 voldaan is aan de voorwaarden voor het reddingsplan, de banken over zullen gaan tot

maatregelen om tot gedwongen verkoop van het schip te geraken en dat zij verlangen dat het schip daartoe vóór uiterlijk 30 maart 2013 in Hong Kong zal aankomen. Hoewel het opmerkelijk is dat de brief twee werkdagen voor behandeling van het kort geding is opgesteld en derhalve waarschijnlijk is opgesteld om de CV en Beheer bewijs voor hun stelling te verschaffen, meent het hof dat daarmee niet gezegd is dat de inhoud van de brief onjuist is. Alleen al het feit dat de CV niet in staat was aan haar verplichtingen te voldoen en dat zij achterstallig was met de voldoening aan haar aflossings- en renteverplichtingen aan de banken, opende een serieuze dreiging dat deze zouden overgaan tot uitwinning van de hypotheek. Hiermee verwerpt het hof grief acht.

Ook is de voorzieningenrechter ervan uitgegaan dat na gedwongen verkoop van het schip een faillissement onafwendbaar zou zijn. Appellanten bestrijden dit met grief negen. Appellanten hebben het hof echter niet inzichtelijk gemaakt hoe dat verschil maakt. Omdat na de verkoop van het schip geen exploitatieopbrengsten meer binnenkomen zijn commanditaire vennoten voor een terugbetaling op hun inleg aangewezen op het dan in of buiten faillissement te liquideren eigen vermogen van de CV. Dit vermogen is negatief. Appellanten stellen bovendien dat de commanditaire vennoten bij afwikkeling in faillissement niets te verwachten hebben, maar zij maken niet duidelijk waarom dat bij liquidatie buiten faillissement anders zou zijn. Ook hun stelling, indien juist, dat de overige schuldeisers alle of in overwegende mate gelieerde vennootschappen zijn, heeft niet tot gevolg dat er gelden ter uitkering aan de commanditaire vennoten zouden overblijven.

De voorzieningenrechter heeft overwogen dat de commanditaire vennoten bij uitvoering van het reddingsplan in elk geval nog een mogelijkheid van enige return-on-investment hebben. Appellanten stellen in grief elf dat zij in eerste aanleg hebben voorgerekend dat ook dan een uitkering ten gunste van de commanditaire vennoten in uitgesloten. Bij kennisneming van die voorrekening blijkt dat echter onjuist. Zij gaan er daar van uit dat het schip verkocht zal worden en hoewel dat geen onwaarschijnlijke veronderstelling is, stelt het hof dat het ook niet vanzelfsprekend is. De grief faalt dan ook omdat andere commanditaire vennoten het kennelijk de moeite waard achten ook rekening te houden met de mogelijkheid dat de exploitatie kan worden voortgezet en dat de marktomstandigheden dusdanig zullen verbeteren dat dat profijtelijk kan zijn en dat is ook niet uitgesloten.

De voorzieningenrechter heeft bij de afweging van de belangen verder overwogen dat het daarbij gaat om de conversie en dat de overige onderdelen van het reddingsplan niet voorliggen. Dit bestrijden appellanten met grief twaalf. Zij stellen dat de voorzieningenrechter die andere onderdelen niet naar een separate procedure had mogen verwijzen en dat ze ook van grote betekenis waren voor het onderhavige geschil. Het hof acht dit in zoverre juist dat behalve de conversie ook de omzetting voor het onderhavige geschil van belang was, omdat

appellanten aanvoerden dat die omzetting niet kon geschieden en hun medewerking aan de conversie daarom ook niet tot het door de CV en Beheer gewenste resultaat kon leiden. De voorzieningenrechter heeft dit ook niet miskend en over het verweer geoordeeld. Voor de vervolgens aan de orde zijnde belangenafweging mist deze kwestie echter betekenis omdat van appellanten geen medewerking aan die omzetting gevorderd wordt. Zonder die medewerking was op 11 januari 2013 reeds tot de terugbetaling op kapitaal besloten en van de daardoor mogelijk geworden omzetting behoefden zij voor hun eigen commanditair kapitaal geen gebruik te maken.

Grief dertien heeft tot slot betrekking op de door de voorzieningenrechter getrokken conclusie uit de belangenafweging, te weten dat de belangen van de CV en Beheer zwaarder wegen dan die van appellanten en dat van appellanten in redelijkheid gevergd kan worden in te stemmen met de conversie. De conversie was echter vereist voor de uitvoering van het reddingsplan en deze werd door de meerderheid van de commanditaire vennoten gewenst. Zo bestond namelijk de mogelijkheid om de exploitatie van het schip voort te zetten en nog iets van hun investering terug te zien. Het enige in rechte te honoreren belang van appellanten hierbij was het behoud van zeggenschap over het schip, dat echter bij niet-uitvoering van het reddingsplan verloren zou zijn gegaan. Daarmee verloor ook dat belang elke betekenis en werd het onredelijk ter bescherming daarvan de meerderheid van de commanditaire vennoten in hun wensen te dwarsbomen. Het hof onderschrijft daarom het oordeel van de voorzieningenrechter op dit punt.

Het hof bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de Rechtbank Rotterdam en veroordeelt appellanten in de kosten van dit hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-12-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:4602

Zaaknummer: 200.132.795/01

Rechters: J.H.W. de Planque, E.J. van Sandick en R.F. Groos

Advocaten: R.G.B. Hermesen, P.P.A. Vroegrijk, W.P. Wijers en L. Stoppels