

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 28, 2015

Nummer 28, 2015

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:7491](#) 06-10-2015

X/Y

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:7490](#) 06-10-2015

Scheepvaartonderneming Polar Snow

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:2544](#) 29-09-2015

Powercem Technologies/Kranenburg c.s.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3752](#) 29-09-2015

Dekker q.q./Geïntimeerde

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3744](#) 29-09-2015

X/Y

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2015:5797](#) 07-10-2015

SHS/Il Primo c.s.

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:4488](#) 23-09-2015

X/Y

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:6918](#) 23-09-2015

X/Y

RECHTSPRAAK

SHS/Il Primo c.s.

Verwatering houder van een pandrecht op aandelen door omzetting en uitgifte nieuwe aandelen. Onrechtmatige daad, bestuurdersaansprakelijkheid. Er bestaat geen regel die een aandelenemissie verbiedt in het geval dat er al een pandrecht rust op (een deel van) de reeds bestaande aandelen in een vennootschap. Dat betekent echter niet dat een dergelijke emissie, zonder rekening te houden met de belangen van de pandhouder, ook onder alle omstandigheden geoorloofd is. Il Primo c.s. doet het onterecht voorkomen alsof SHS een willekeurige schuldeiser is die zekerheid heeft bedongen en daarbij bewust het risico op verwatering heeft aanvaard, aldus de rechtbank. De rechtbank is van oordeel dat onzorgvuldig is gehandeld jegens SHS door mee te werken aan de aandelenemissie, zonder rekening te houden met de belangen van SHS. Gelet op de omstandigheden van dit geval kan niet gezegd worden dat SHS haar zaken beter had moeten regelen. Moonen had er in zijn hoedanigheid van bestuurder van de betrokken rechtspersonen zorg voor moeten dragen dat recht werd gedaan aan de positie van SHS, bijvoorbeeld door het stellen van adequate vervangende zekerheid. Van zijn handelen (of juist nalaten) op dit punt treft hem persoonlijk een ernstig verwijt. De rechtbank is voorts van oordeel dat de wetenschap en het handelen van Moonen als enig bestuurder van Il Primo en Il Meglio aan die vennootschappen kan worden toegerekend. Los van artikel 6:166 BW zijn zij naast Moonen hoofdelijk aansprakelijk voor de door SHS geleden schade. Aan de vereisten van artikel 6:166 BW is dan ook voldaan.

Tussen Financiering factoring leasemaatschappij SHS BV ('SHS') enerzijds en Il Primo BV ('Il Primo'), Stichting administratiekantoor Il Meglio ('STAK Il Meglio'), Il Meglio BV ('Il Meglio') en dhr. Moonen anderzijds is een geschil ontstaan omtrent de uitgifte van nieuwe aandelen in La Venezia IJs B.V. ('La Venezia IJs'). In het verleden heeft SHS een pandrecht op vijftig procent van de aandelen in La Venezia IJs verworven, strekkende tot zekerheid voor de terugbetaling van € 279.000 door Il Primo, pandgever en aandeelhouder. Het maatschappelijk kapitaal van La Venezia IJs bedroeg destijds f 200.000, verdeeld in tweehonderd aandelen, het geplaatst kapitaal bestond uit veertig aandelen van elk f 1000. Per 13 juli 2011 was Il Primo houder van 24 aandelen, de andere aandelen waren in handen van Atlantic Capital B.V. ('Atlantic Capital').

Moonen heeft op 12 april 2012 Il Meglio opgericht en is directeur enig aandeelhouder. Bij akte van 24 april 2012 is het maatschappelijk kapitaal omgezet in 10.000 aandelen van elk € 100. Het geplaatst kapitaal is omgezet van veertig aandelen van f 1000 in 2180 aandelen van € 100. Het geplaatst kapitaal is daarmee gewijzigd van in totaal f 40.000 in € 218.000. Na omzetting was Atlantic Capital houder van 1090 aandelen, Il Meglio houder van 982 en Il Primo houder van 108. Het pandrecht van SHS is komen te rusten op het equivalent van twintig oude aandelen (art. 3:229 BW), zijnde negentig nieuwe aandelen (vier procent van het geplaatst aandelenkapitaal).

SHS vordert (i) een verklaring voor recht dat met uitgifte en plaatsing van nieuwe aandelen zonder SHS daarvan te verwittigen en haar een pandrecht op de nieuwe aandelen aan te bieden, sprake is van een onrechtmatige daad, gepleegd door Il Primo c.s. in groepsverband, aan welke groep leiding werd gegeven door Moonen en vordert (ii) de schade die SHS lijdt te vergoeden in natura door haar zekerheidspositie te herstellen en gedaagden daartoe op eigen kosten op straffe van een dwangsom mee te laten werken aan verpanding van de overige aandelen: 982 aandelen door Il Meglio gehouden, achttien door Il Primo, Il Primo B.V en (iii) betaling van € 279.000 verschuldigd uit hoofde van de geldlening, op straffe van een dwangsom. Ter comparitie heeft SHS de grondslag van de vordering nog aangevuld, stellende dat ook sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst tot vestiging van het pandrecht.

De rechtbank overweegt allereerst dat Il Primo c.s. de vordering van SHS tot veroordeling van Il Primo tot betaling van € 279.000 niet betwist en wijst die vordering daarom toe. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de ter comparitie aanvullend aangevoerde grondslag niet slaagt, nu de overeenkomst tot vestiging van pandrecht verplichtingen voor Il Primo en SHS beschrijft. Het is echter La Venezia IJs die de aandelenemissie heeft gedaan en de rol die Il Primo daarbij heeft gespeeld, is niet toegelicht. De rechtbank oordeelt voorts dat van onrechtmatig handelen van STAK Il Meglio geen sprake kan zijn. Het verwijt van SHS jegens Il Primo c.s. als groep

ziet op het verwateren van het pandrecht. De emissie vond plaats medio april 2012, terwijl STAK Il Meglio pas in september 2013 is opgericht, zodat STAK Il Meglio niet betrokken kan zijn geweest.

Wat betreft Moonen, Il Meglio en Il Primo overweegt de rechtbank als volgt. 'Er bestaat geen regel die een aandelenemissie verbiedt in het geval dat er al een pandrecht rust op (een deel van) de reeds bestaande aandelen in een vennootschap. Dat betekent echter niet dat een dergelijke emissie, zonder rekening te houden met de belangen van de pandhouder, ook onder alle omstandigheden geoorloofd is.' Il Primo c.s. doet het onterecht voorkomen alsof SHS een willekeurige schuldeiser is die zekerheid heeft bedongen en daarbij bewust het risico heeft genomen op verwatering, aldus de rechtbank. SHS deed echter al tientallen jaren zaken met het concern van de familie Moonen en had medio 2010 een vordering op het concern van enkele miljoenen euro's. In 2010 is onderhandeld over de schuld en in het licht van de langdurige relatie is niet op het faillissement aangestuurd, maar gesaneerd. Er is gesaneerd tot een bedrag van € 279.000 en dit is vervolgens omgezet in de lening aan Il Primo. Een pandrecht op vijftig procent van de aandelen La Venezia IJs met een nominale waarde van slechts f 20.000 voor een schuld van € 279.000 betekent dat de zekerheid feitelijk zat in de executiewaarde van die aandelen, ofwel de waarde van de vennootschap, met alle daaraan verbonden risico's.

De rechtbank is daarom van oordeel dat onzorgvuldig is gehandeld jegens SHS door mee te werken aan de aandelenemissie, zonder rekening te houden met de belangen van SHS. Gelet op de omstandigheden van dit geval kan niet gezegd worden dat SHS haar zaken beter had moeten regelen. Moonen was bestuurder van alle voornoemde vennootschappen en wist dus van de hoed en de rand. Hij had er in zijn hoedanigheid van bestuurder van de betrokken rechtspersonen zorg voor moeten dragen dat recht werd gedaan aan de positie van SHS, bijvoorbeeld door het stellen van adequate vervangende zekerheid. Van zijn handelen (of juist nalaten) op dit punt treft hem persoonlijk een ernstig verwijt. De rechtbank is voorts van oordeel dat de wetenschap en het handelen van Moonen als enig bestuurder van Il Primo en Il Meglio aan die vennootschappen kan worden toegerekend. Los van artikel 6:166 BW zijn zij naast Moonen hoofdelijk aansprakelijk voor de door SHS geleden schade. De gevorderde verklaring voor recht ziet uitdrukkelijk op de groepsaansprakelijkheid van artikel 6:166 BW. Uit het vorenstaande volgt dat ook aan de vereisten van dat artikel is voldaan.

Zonder nadere toelichting valt niet in te zien wat het bezwaar van Atlantic Capital zou zijn geweest tegen een pandrecht van SHS op de vijftig procent aandelen. Het pandrecht zou immers niet rusten op aandelen van Atlantic Capital. De rechtbank wijst vorderingen ter zake van de onrechtmatige daad toe jegens Moonen, Il Primo en Il Meglio en beveelt onder andere voornoemde personen de schade welke SHS dientengevolge lijdt in natura te vergoeden door

SHS in haar zekerheidspositie te herstellen en daartoe mee te werken aan het binnen vier weken na betekening van dit vonnis tot stand brengen van een notariële akte van verpanding van de overige 46 procent aandelen op straffe van een dwangsom en veroordeelt Il Primo B.V. tot betaling aan SHS van een bedrag van € 279.000.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 07-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2015:5797

Zaaknummer: 274503 HA ZA 14-106

Rechters: O.R.M. van Dam

Advocaten: E.M. Richel en C.A.D. Oomes

Wetsartikelen: 6:162BW en 3:229 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Participanten in een CV vorderen schadevergoeding van de beherend vennoot op grond van onrechtmatige gedragingen van deze beherend vennoot. Het hof past de norm uit Poot/ABP toe. Ondanks dat de CV geen rechtspersoon is, heeft zij een van de vennoten afgescheiden vermogen en kan zij, als drager van eigen rechten en plichten, aan het rechtsverkeer deelnemen. Er is sprake van afgeleide schade. Ook als vast zou komen te staan dat er sprake is van onrechtmatige gedragingen, dan zijn dit onrechtmatige gedragingen jegens de CV. Er is door de geïntimeerden geen specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens appellanten geschonden als gevolg waarvan appellanten schade hebben geleden.

De feiten zijn als volgt. Appellant 1 ('A BV') was de beherend vennoot van de commanditaire vennootschap ('CV'), een scheepvaartonderneming die schepen bouwde, verwierf en exploiteerde. Appellant 2 is een natuurlijk persoon ('A') en de bestuurder van A BV. Bestuurder A bezit ook een aantal participaties in de CV. De CV of de BV, dat is in geschil, had een schip ('Q') in juridisch eigendom. A was kapitein op dit schip. Het schip is gebouwd door geïntimeerde 6. Alle overige geïntimeerden zijn participanten in de CV.

Op 12 september 2005 hebben de participanten op een buitengewone vergadering van vennoten besloten een nieuwe beherend vennoot aan te stellen. Dit mede vanwege geschillen over ondeugdelijk opgestelde jaarrekeningen. A BV is vervangen door geïntimeerde 2 ('B BV'). De oprichter van B BV is geïntimeerde 1 ('C BV'). Geïntimeerde 4 ('Z') was bestuurder van B BV. Door B BV is besloten om het schip Q voortaan te laten bevrachten door geïntimeerde 3 ('D BV'). D BV was een volle dochter van C BV. De CV is in 2009 opgehouden te bestaan.

Appellanten stellen dat geïntimeerden door verscheidene handelingen (verrichting onzakelijke transacties, opzettelijke lage vrachtkosten gerekend, enzovoort) schade hebben toegebracht aan hun belang in de CV. Appellanten vorderen nu primair een verklaring voor

recht dat het handelen van geïntimeerden onrechtmatig is in de zin van artikel 6:162 BW en subsidiair geïntimeerden te veroordelen tot vergoeding van de schade die appellanten stellen te hebben geleden door dit onrechtmatige handelen.

Hoofregel is dat aandeelhouders in beginsel op grond van voor hen ontstaan nadeel niet een eigen vordering tot schadevergoeding tegen een derde geldend kunnen maken. Het hof herhaalt de norm uit het arrest *Poot/ABP*, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat, indien aan een naamloze of besloten vennootschap door een derde vermogensschade wordt toegebracht door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens de vennootschap of door gedragingen die tegenover de vennootschap onrechtmatig zijn, alleen de vennootschap het recht heeft uit dien hoofde van de derde vergoeding van deze aan haar toegebrachte schade te vorderen.

Die vermogensschade van de vennootschap zal, zolang zij niet is vergoed, een vermindering van de waarde van de aandelen in de vennootschap (kunnen) meebrengen. Voorts heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de aandeelhouder slechts recht heeft op vergoeding van door hem in deze hoedanigheid geleden schade als deze schade het gevolg is van schending van een jegens hem geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting. De enkele omstandigheid dat een voorzienbaar gevolg van de gewraakte handelwijze was dat de aandeelhouders van de vennootschap zouden worden benadeeld, brengt niet mee dat jegens hen in hun hoedanigheid van aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden. De schade die de aandeelhouder lijdt als gevolg van de vermindering van de waarde van zijn aandelen in de vennootschap wordt 'afgeleide schade' genoemd.

Naar het oordeel van het hof moet de norm uit *Poot/ABP* ook worden gehanteerd als het gaat om schade die door een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad is toegebracht aan een CV. Weliswaar is de CV geen rechtspersoon, maar heeft zij wel een van de commanditaire vennoten afgescheiden vermogen en kan zij zelfstandig, als drager van eigen rechten en plichten, aan het rechtsverkeer deelnemen.

Ook indien is komen vast te staan dat er onrechtmatig is gehandeld in de periode dat B BV aan het roer van de CV stond, betreft dit allemaal schade die van de vermogensverslechtering van de CV is afgeleid. Het gaat om tekortkomingen en gedragingen die een onrechtmatig handelen jegens de CV impliceren en die tot een verslechtering van de vermogenspositie van de CV hebben geleid. Dit zijn vorderingen die door de vereffenaar moeten worden ingesteld. Appellanten komt enkel een vordering toe indien geïntimeerden een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens hen hebben geschonden en daaruit schade is ontstaan. Het hof oordeelt dat dit niet is komen vast te staan.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-10-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:7491

Zaaknummer: 200.153.533/01

Rechters: I. Tubben, L. Janse en J.H. Kuiper

Advocaten: R.A.A. Geene en J.V. van Ophem

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Scheepvaartonderneming Polar Snow

In deze zaak staat centraal de uitleg van een bindend adviesclausule in een CV-akte. De stille vennoten hebben de CV met algemene stemmen ontbonden en de beherend vennoot aangesteld als vereffenaar. In deze procedure vorderen de vennoten, verkort weergegeven, dat de rechtbank een deskundige aanstelt die de liquidatie en vereffening van de CV controleert, mede ter controle of de beherend vennoot onrechtmatig jegens de CV heeft gehandeld. In de CV-akte is opgenomen dat alle geschillen worden beslecht door een bindend advies overeenkomstig het reglement van het NAI. Bindend adviseurs hadden eerder geoordeeld dat een besluit van de vennotenvergadering, inhoudende de beëindiging van de positie van de beherend vennoot, in strijd is met de redelijkheid en billijkheid en dat aan dat besluit geen rechtens effect toekomt. De rechtbank in deze zaak heeft, samengevat, geoordeeld dat de bindend adviesclausule zodanig ruim is dat daaronder ook geschillen over de vereffening moeten worden verstaan, en heeft zich daarom onbevoegd verklaard. De grieven in hoger beroep hebben onder meer betrekking op de vraag hoe de bindend adviesclausule moet worden uitgelegd. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de tekst van de clausule duidt op een ruime reikwijdte. Door de vennoten zijn geen feiten en omstandigheden aangevoerd die tot een meer restrictieve uitleg zouden moeten leiden, aldus het hof.

De feiten zijn als volgt. Appellanten in deze zaak zijn 54 stille vennoten van de (ontbonden) commanditaire vennootschap Scheepvaartonderneming Polar Snow ('de CV'). De CV heeft in totaal 178 vennoten. Geïntimeerde is de beherend vennoot van de CV. Geïntimeerde 2 is de bestuurder van geïntimeerde. Geïntimeerde bezit zelf ook een aantal participaties in het

kapitaal van de CV.

In de akte van de CV is onder meer bepaald dat 'alle geschillen die mochten ontstaan naar aanleiding van de onderhavige overeenkomst dan wel van nadere overeenkomsten, die daarvan het gevolg mochten zijn, zullen worden beslecht door een bindend advies overeenkomstig het reglement van het Nederlands Arbitrage Instituut' ('art. 18'), alsmede dat 'gedurende de vereffening de bepalingen van deze overeenkomst voor zoveel mogelijk en voorzoveel nodig van overeenkomstige toepassing [zijn]' ('art. 17').

In september 2005 is tijdens een buitengewone vergadering van vennoten van de CV de vennootschap bij besluit van een ruime gekwalificeerde meerderheid ten aanzien van geïntimeerde met onmiddellijke ingang beëindigd en is geïntimeerde als beherend vennoot vervangen door Vectis Shipping B.V. ('Vectis'). Op vordering van Vectis en de CV heeft de voorzieningenrechter geïntimeerde onder meer veroordeeld om volledige medewerking te verlenen aan de overdracht van de rechten ten aanzien van de goederen van de vennootschap aan de opvolgende beherende vennoot. In het hoger beroep van dit vonnis heeft het hof beslist dat de door Vectis en de CV gevraagde voorziening alsnog wordt geweigerd en bepaald dat het in september 2005 genomen besluit geen effect toekomt totdat daarover bij arbitrale uitspraak is beslist.

Vervolgens is door geïntimeerde via het NAI een bindend advies gevraagd en in november 2008 hebben de bindend adviseurs onder meer bepaald dat niet is komen vast te staan dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling zijdens geïntimeerde en dat het besluit van de vennotenvergadering van september 2005 inhoudende onmiddellijke beëindiging van de positie van geïntimeerde als beherend vennoot in strijd is met de redelijkheid en billijkheid en dat op grond daarvan aan dat besluit rechtens geen effect toekomt.

In oktober 2009 hebben de vennoten met algemene stemmen de CV ontbonden en geïntimeerde aangesteld als vereffenaar. Door geïntimeerde is een voorlopige liquidatierekening per ontbindingsdatum opgesteld.

Appellanten hebben geïntimeerden tweemaal in een bodemprocedure betrokken (bodemzaak 1 en bodemzaak 2) waarbij, kort gezegd, is gevorderd (i) dat de rechtbank een deskundige aanstelt die de (wijze van) liquidatie en vereffening van de CV controleert, (ii) een verklaring voor recht dat geïntimeerden onrechtmatig hebben gehandeld jegens participanten en (iii) voor recht te verklaren dat het bindend advies van november 2008 is vernietigd dan wel het bindend advies te vernietigen.

De rechtbank in bodemzaak 1 heeft zich onbevoegd verklaard om van de vorderingen kennis te nemen en heeft daartoe, samengevat, overwogen dat de tekst van artikel 18 zodanig ruim is

dat daaronder ook geschillen over de vereffening moeten worden verstaan, mede gelet op artikel 17. Ook de rechtbank in bodemzaak 2 heeft zich onbevoegd verklaard omdat (samengevat) de tekst van artikel 18 zodanig ruim is dat daaronder geschillen omtrent de juistheid van de opgestelde liquidatierekening in het kader van de vereffening vallen.

In deze hoger beroepzaak zijn bodemzaken 1 en 2 gevoegd en vorderen appellanten, verkort weergegeven, een deskundige aan te stellen die een nieuwe liquidatierekening vaststelt, althans die de liquidatierekening die thans voorlopig is vastgesteld controleert en concludeert of daaruit kan worden opgemaakt of geïntimeerde dan wel geïntimeerde 2 onrechtmatig jegens de CV hebben gehandeld. Een aantal grieven heeft betrekking op de vraag hoe de bindend adviesclausule (art. 18) moet worden uitgelegd.

Het hof stelt voorop dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van uitsluitend een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *Haviltex*).

Voorts – aldus het hof – volgt uit HR 20 februari 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AO1427) dat bij de uitleg van een dergelijk geschrift telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, alsmede dat in praktisch opzicht vaak van groot belang is de taalkundige betekenis van de bewoordingen van het geschrift, gelezen in de context ervan als geheel, die deze in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben. Verder komt bij de uitleg betekenis toe aan de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van de contractsbevestiging, de wijze van totstandkoming ervan – waarbij van belang is of partijen werden bijgestaan door (juridisch) deskundige raadslieden – en de overige bepalingen ervan (HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909 en HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178).

Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de tekst van de clausule duidt op een ruime reikwijdte. Door appellanten zijn geen feiten en omstandigheden aangevoerd die tot een meer restrictieve uitleg zouden moeten leiden. Voorts is het hof van oordeel dat vrijwel alle vorderingen, zowel zoals zij luiden in eerste aanleg als zoals zij thans zijn geformuleerd in hoger beroep, moeten worden geduid als 'geschillen die mochten ontstaan naar aanleiding van de onderhavige overeenkomst (hof: de in de CV-akte neergelegde overeenkomst) dan wel van nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg mochten zijn'. Dit geldt volgens het hof temeer nu artikel 17 bepaalt dat gedurende de vereffening de bepalingen van de CV-akte zo veel

mogelijk van overeenkomstige toepassing blijven.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-10-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:7490

Zaaknummer: 200.107.432/01

Rechters: L. Janse, J.H. Kuiper en H. de Hek

Advocaten: R.S. van der Spek en R.A.A. Geene

RECHTSPRAAK

X/Y

X BV en A BV richten Z BV op om te handelen in kunst. Na het beëindigen van de handelsactiviteiten ontstaan er problemen. A BV heeft haar naam gewijzigd in B BV. De DGA van X BV houdt de DGA van B BV hoofdelijk aansprakelijk voor het onbetaald blijven van de door X BV aan de vennootschap verzonden facturen. Het hof oordeelt dat er geen sprake is van vereenzelviging. De DGA van B BV is hoofdelijk aansprakelijk voor diverse schadeposten.

De feiten zijn als volgt. De heer X is oprichter en DGA (honderd procent) van appellante ('X BV'). De heer Y is oprichter en DGA (honderd procent) van Antiek BV ('A BV'). Y en A BV zijn beide geïntimeerden. In 1997 zijn Y en X samen gaan handelen in beelden uit China. In 1999 hebben X BV en A BV hiertoe samen een nieuwe vennootschap opgericht ('Z BV') waarin beide oprichtende vennootschappen ieder vijftig procent aandelen hielden. De aandeelhouders stelden ieder ook ongeveer f 500.000 ter financiering beschikbaar. A BV heeft op 8 december 1999 haar naam veranderd in Beheer BV ('B BV').

Vanwege tegenvallende resultaten hebben X BV en B BV op 13 april 2000 besloten om de handelsactiviteiten van Z BV te beëindigen. Er is een onafhankelijke deskundige aangewezen ter controle van de exploitatie, deze heeft op 21 november 2000 een rapport uitgebracht. In 2000 heeft X BV A BV gedagvaard tot betaling van f 383.636,97. De rechtbank heeft deze vordering vrijwel geheel toegewezen, het hof heeft dit vonnis vernietigd en de vordering vrijwel geheel afgewezen. Er is geen cassatie ingesteld. In 2004 heeft A BV de voorraad beelden van Z BV laten taxeren. De taxateur vermeldt een zeer moeilijk verhandelbare voorraad ter waarde van € 40.000.

In deze procedure stelt X BV dat A BV en Y als bestuurder van A BV jegens X BV als crediteur onrechtmatig hebben gehandeld door doelbewust activa aan de onderneming te onttrekken, als gevolg waarvan Z BV niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen, terwijl Y en A BV hiervan juist profiteren.

In eerste aanleg heeft A BV onder meer gesteld dat X BV de verkeerde rechtspersoon in de procedure heeft betrokken, nu A BV een naamswijziging heeft ondergaan in haar hoedanigheid van bestuurder van Z BV. De rechtbank heeft dit verweer verworpen, maar volgens het hof ten onrechte. Uit de handelsregistratie blijkt immers dat deze naamswijziging op 8 december 1999 heeft plaatsgevonden. Dat X BV daar nu pas van op de hoogte is, doet daar niet aan af. Het hof herhaalt de overweging uit het arrest *Rainbow* (HR 7 december 2000, *JOR* 2000/238). Als uitgangspunt voor vereenzelviging geldt dat door degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan zijn gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze twee rechtspersonen en dat wat met zodanig misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Het hof oordeelt dat er geen vereenzelviging heeft plaatsgevonden en dat er geen sprake kan zijn van een onrechtmatige daad.

Het hof bekrachtigt de in eerste aanleg afgewezen vorderingen van X BV jegens A BV, en behandelt enkel nog de vorderingen jegens Y in persoon. Deze vorderingen zien op de benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald blijven van diens vordering. Hieraan legt X BV een aantal vorderingen ten grondslag.

B BV zou zichzelf ten onrechte een managementvergoeding uitgekeerd hebben. Het hof wijst deze vordering van X BV toe en veroordeelt op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 2:11 BW zowel B BV als Y tot betaling.

Vast is komen te staan dat er in 2004 zonder reden € 180.000 is overgeboekt van de rekening-courant van Z BV naar B BV. Het hof erkent dat dit onrechtmatig is, maar oordeelt dat daaruit niet zonder meer volgt dat dit geleid heeft tot vermindering van de verhaalbaarheid van de vordering van X BV op Z BV. Het hof beslist dat het causale verband ontbreekt en dat dit geen feitelijke grondslag kan zijn voor het toewijzen van de vordering van X BV op Y.

Voorts stelt X BV dat Y slecht zorg heeft gedragen voor de aanwezige voorraad beelden, maar het hof oordeelt dat deze vordering niet voldoende concreet is onderbouwd om Y als indirect bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt te maken in de zin van onbehoorlijke taakvervulling.

Daarnaast stelt X BV dat Y zonder rechtsgrond in totaal € 270.000 aan huurpenningen aan B BV heeft betaald. Er was namelijk geen huurovereenkomst gesloten. Y betwist dit en stelt dat er sprake was van een mondelinge huurovereenkomst. Het hof gaat hier niet in mee en oordeelt dat indien dit bedrag niet onttrokken zou zijn geweest, het beschikbaar was geweest ter aflossing van de crediteuren. Y is persoonlijk hoofdelijk aansprakelijk voor deze schade geleden door X BV.

Het hof oordeelt dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur door X BV en veroordeelt zowel B BV als Y tot betaling van een totaalbedrag van € 177.500, opgebouwd uit verschillende schadeposten.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3744

Zaaknummer: HD 200.114.832/02

Rechters: T.J. Dorhout Mees, J.C.J. van Craaikamp en L.W. Louwerse

Advocaten: R.A. de Jong

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:11 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Dekker q.q./Geïntimeerde

Het hof overweegt ten aanzien van de vraag of geïntimeerde, vanwege te late publicatie van de jaarrekening en vanwege een aantal materiële verwijten, op de voet van artikel 2:248 BW aansprakelijk kan worden gehouden voor het faillissementstekort van W en D als volgt. Nu het bestuur van W en D, waarvan destijds alleen geïntimeerde deel uitmaakte, niet heeft voldaan aan zijn verplichting om de jaarrekening tijdig te publiceren en er geen sprake is van een onbelangrijk verzuim, staat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vast dat het bestuur zijn taak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van W en D. Geïntimeerde ontzenuwt dit vermoeden door aannemelijk te maken dat een verkeersongeval een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het ligt aldus op de weg van de curator om op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het hof is van oordeel dat onder deze omstandigheden geen redelijk denkend bestuurder zo lang zou hebben voortgezet als geïntimeerde heeft gedaan, waarbij de schulden flink opliepen. De curator heeft aannemelijk gemaakt dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Op 30 oktober 2008 is W&D Uitzendbureau B.V. (hierna: 'W&D') opgericht. W&D Services B.V. (hierna: 'W&D Services') is vanaf 30 oktober 2008 tot 4 juli 2011 enig aandeelhouder geweest van W&D. Geïntimeerde is enig aandeelhouder en bestuurder van W&D Services. W&D Services is op haar beurt enig aandeelhouder en bestuurder van een reeks

vennootschappen, waaronder W&D Infratechniek B.V. (hierna 'W&D Infratechniek'). Vanaf 30 oktober 2008 tot 7 april 2011 was geïntimeerde enig bestuurder van W&D; vanaf 7 april 2011 tot 4 juli 2011 vormde geïntimeerde samen met X het bestuur van W&D. Op 26 augustus 2010 is geïntimeerde samen met werknemster 1 en werknemster 2 van W&D betrokken geraakt bij een verkeersongeval. Deze werknemers zijn door het ongeval langdurig arbeidsongeschikt geraakt. Op W&D rustte de verplichting om ingeval van ziekte het loon van deze werknemers twee jaar door te betalen. Op 1 oktober 2010 heeft W&D voor het laatst (reguliere) loonbetalingen aan deze werknemers gedaan. X heeft op 5 juni 2011 een bedrag van € 5500 aan werknemster 2 betaald; eveneens is aan werknemster 1 een auto overgedragen ter gedeeltelijke voldoening van haar loonvordering. Op 4 juli 2011 is geïntimeerde teruggetreden als bestuurder van W&D. Sindsdien is X enig bestuurder van W&D. Eveneens op 4 juli 2011 heeft geïntimeerde, in zijn hoedanigheid van bestuurder van W&D Services, de aandelen in W&D aan X geleverd op grond van een tussen W&D Services en X gesloten koopovereenkomst. X is de koopprijs voor de aandelen schuldig gebleven. Op 23 augustus 2011 heeft de rechtbank, op verzoek van werknemster 2, W&D in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. Dekker tot curator. De curator heeft geïntimeerde en X gedagvaard en in conventie gevorderd, samengevat, hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het destijds bekende faillissementstekort van € 350.570 op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW. In het bestreden eindvonnis heeft de rechtbank in conventie de vordering van de curator jegens geïntimeerde afgewezen. De curator komt tegen dit vonnis in beroep en grondt zijn vordering jegens geïntimeerde in hoger beroep primair op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW, subsidiair op onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:9 BW en meer subsidiair op een jegens de gezamenlijke schuldeisers gepleegde onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW.

Het hof overweegt ten aanzien van de vraag of geïntimeerde, vanwege te late publicatie van de jaarrekening en vanwege een aantal materiële verwijten, op de voet van artikel 2:248 BW aansprakelijk kan worden gehouden voor het faillissementstekort van W&D als volgt. Nu het bestuur van W&D, waarvan destijds alleen geïntimeerde deel uitmaakte, niet heeft voldaan aan zijn verplichting om de jaarrekening over het eerste boekjaar uiterlijk op 31 januari 2011 te publiceren en er geen sprake is van een onbelangrijk verzuim, staat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vast dat het bestuur zijn taak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van W&D. Geïntimeerde kan dit vermoeden ontzenuwen door aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest; geïntimeerde heeft voormeld vermoeden ontzenuwd door aannemelijk te maken dat het verkeersongeval van 26 augustus 2010 een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Uitgaande van de veronderstelling dat geïntimeerde erin is geslaagd om het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW te ontzenuwen, ligt het op de weg van de curator om op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling *mede* een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De curator stelt, samengevat, in dit verband onder meer dat, gelet op de al voor het ongeval bestaande slechte situatie en het feit dat de situatie na het ongeval verslechterde, een redelijk denkend bestuurder kort na het ongeval ofwel de crediteuren en/of werknemers van W&D had moet waarschuwen ofwel zelf het faillissement had moeten aanvragen. Dit levert kennelijk onbehoorlijk bestuur op dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Geïntimeerde heeft bovendien de schulden van W&D na het ongeval met € 240.000 laten oplopen, zodat 63 procent van het boedeltekort door zijn handelen is veroorzaakt. Het hof is van oordeel dat onder deze omstandigheden – waarbij W&D er vóór het verkeersongeval al slecht voorstond en deze situatie na het ongeval in ernstige mate verslechterde, drie belangrijke medewerkers van W&D arbeidsongeschikt waren geraakt en W&D al vanaf oktober 2010 niet meer in staat was om de lonen van twee arbeidsongeschikte werknemers en de huur voor haar bedrijfspand door te betalen en er geen reëel perspectief was op continuïteit van W&D – geen redelijk denkend bestuurder W&D zo lang zou hebben voortgezet als geïntimeerde heeft gedaan, waarbij de schulden flink opliepen. De curator heeft, aldus het hof, aannemelijk gemaakt dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling *mede* een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Door de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling zijn schulden ontstaan van in totaal € 198.062, wat een substantieel deel is van het totale bedoeltekort van € 378.002. Het is, aldus het hof, aannemelijk dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van geïntimeerde in belangrijke mate heeft bijgedragen aan het faillissement van W&D. Ten slotte betwist geïntimeerde de hoogte van het faillissementstekort, omdat de onderbouwing daarvan te summier is. Het hof ziet aanleiding om de curator in de gelegenheid te stellen om ter onderbouwing van het gestelde faillissementstekort bij akte alsnog de te verwachten slotuitdelingslijst over te leggen. Het hof verwijst de zaak om die reden naar de rol en houdt iedere verdere beslissing aan.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3752

Zaaknummer: HD 200.127.122_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, D.A.E.M. Hulskes en J.W.P.M. van der Velden

Advocaten: F. Ortiz Aldana en A.A.P.M. Theunen

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Powercem Technologies/Kranenburg c.s.

Verzoek tot voorlopig getuigenverhoor omtrent bestuurdersaansprakelijkheid. Voor toewijzing van een verzoek omtrent een voorlopig getuigenverhoor (art. 186 Rv) is vereist en voldoende dat verzoekers het feitelijk gebeuren waarover zij getuigen willen doen horen zodanig omschrijven dat voor de rechter die op het verzoek moet beslissen, voor de rechter voor wie het verhoor zal worden gehouden alsmede voor de wederpartij(en) voldoende duidelijk is op welk feitelijk gebeuren het verhoor betrekking zal hebben. Het hof oordeelt daarnaast dat ook personen die partij zijn in een procedure als getuige kunnen worden opgeroepen.

Verweerders Kranenburg, Sterk, Bunt, Reijersen van Buuren en Dekkers ('Kranenburg c.s.'), zijn allen middellijk bestuurder van Vieroll BV ('Vieroll'). Vieroll heeft producten afgenomen van Powercem Technologies BV ('Powercem'), maar heeft € 153.625 van de totale in rekening gebrachte prijs onbetaald gelaten. Vieroll meent dat zij schade heeft geleden, doordat de producten van Powercem niet voldeden aan de kwaliteitseisen. Bij verstekvonnis van 27 november 2013 is Vieroll veroordeeld tot betaling van het genoemde bedrag. Vieroll heeft niet aan deze veroordeling voldaan. Powercem komt in hoger beroep tegen de beschikking van de Rechtbank Rotterdam d.d. 17 december 2014, waarin de rechtbank het door Powercem ter voorbereiding van een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid verzochte voorlopig getuigenverhoor van Kranenburg c.s. afwijst. Dit hoger beroep strekt ertoe dat het verzoek alsnog wordt toegewezen.

Het hof stelt voorop dat in beginsel een verzoek om voorlopig getuigenverhoor, behoudens het bestaan van een afwijzingsgrond, wordt toegewezen. De rechtbank had geoordeeld dat sprake was van een 'fishing expedition', zo niet het hof, dat overweegt dat '[v]oor toewijzing [...] vereist – en voldoende – is dat verzoekers het feitelijk gebeuren waarover zij getuigen willen doen horen zodanig omschrijven dat voor de rechter die op het verzoek moet beslissen, voor de rechter voor wie het verhoor zal worden gehouden alsmede voor de wederpartij(en)

voldoende duidelijk is op welk feitelijk gebeuren het verhoor betrekking zal hebben'. Het hof oordeelt dat het verzoek aan deze eisen voldeed, nu Powercem aanvoerde dat Vieroll de rekeningen van Powercem onbetaald heeft gelaten en kort na de bestellingen heeft laten weten in geldnood te verkeren, terwijl uit een publicatierapport blijkt dat de continuïteit van Vieroll reeds toen onzeker was. Nadere onderbouwing of concretisering mag volgens het hof niet gevergd worden. Evenmin kan van Powercem gevergd worden dat zij in de verzoekschriftprocedure tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor de door Vieroll in een aansprakelijkheidsprocedure te voeren verweren ontzenuwt, nu de toewijsbaarheid van de in te stellen vordering niet ter toetsing voorligt. Over de precieze aard van de in te stellen vordering en de omvang van de geleden schade behoeft de verzoeker zich niet uit te laten.

Het hof komt vervolgens toe aan de door de rechtbank niet behandelde verweren. Vieroll voerde aan dat voorlopig getuigenverhoor moet afstuiten op het zwaarwichtige bezwaar, dat niet van Kranenburg c.s. kan worden gevergd dat zij verklaringen afleggen die nadelige gevolgen voor hen hebben in een tegen hen aan te spannen procedure. Het hof oordeelt dat ook personen die partij zijn in een procedure als getuige kunnen worden opgeroepen en dat deze dan naar waarheid een verklaring dienen af te leggen. Andere verweren van Kranenburg c.s. treffen eveneens geen doel. Het hof vernietigt daarop de beschikking van de rechtbank en beveelt een voorlopig getuigenverhoor met betrekking tot de vraag of Kranenburg c.s. ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten wisten of konden weten dat Vieroll niet kon betalen en geen verhaal zou bieden. Over de afbakening van het bewijsthema oordeelt het hof dat het aan de rechter-commissaris die de verhoren zal afnemen is om te bepalen of de vragen passen binnen dit bewijsthema.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:2544

Zaaknummer: 200.166.441/01

Rechters: D.A. Schreuder, C.A. Joustra en R.F. Groos

Advocaten: M.A.V. van Aardenne en B. Martens

Wetsartikelen: 2:9 BW, 6:162 BW en 186 Rv

RECHTSPRAAK

X/Y

Een vof en een BV richten samen een nieuwe BV op om samen te werken. De bestuurder van de nieuwe BV is geen partij bij de samenwerkingsovereenkomst en is ook niet aansprakelijk voor verplichtingen voortvloeiende uit die samenwerkingsovereenkomst. De bestuurder heeft daarnaast zelf een afweging te maken welke schuldeisers hij voldoet. Er is geen sprake van selectieve betaling als de bestuurder meerdere schuldeisers ongeacht rangorde en zonder voorrang voldoet.

De feiten zijn als volgt. Eiseres is een vof ('vof') die sloepen verhuurt en rondvaarten in combinatie met culinaire arrangementen verzorgt. Gedaagde ('A') was enig aandeelhouder en bestuurder van een horecaonderneming ('X BV'). De vof en X BV zijn een samenwerking aangegaan waarbij de diensten van de vof en BV X naast elkaar werden aangeboden, in de vorm van een rondvaart in combinatie met een diner.

Hiertoe hebben A, X BV en de vof op 1 januari 2013 een overeenkomst ('de overeenkomst') gesloten. Hierin is overeengekomen dat A, als vertegenwoordiger van de vof, de gelden die toekomen aan de vof op basis van de verleende diensten ten behoeve van de door de vof en X BV aangeboden arrangementen, van de bezoekers en de gasten zal innen. X BV is op 16 september 2014 failliet verklaard. Op 1 oktober 2014 heeft de vof A gesommeerd om de nog openstaande vordering van € 9819,50 te betalen.

De vof vordert nu veroordeling van A tot betaling van de € 9819. De vof legt hieraan ten grondslag dat X BV tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst en dat A als bestuurder persoonlijk aansprakelijk is. De vof stelt daartoe dat de overeenkomst van 1 januari 2013 zowel een samenwerkingsovereenkomst als een lastgevingsovereenkomst is. Op grond van deze overeenkomst is A te beschouwen als gevolmachtigde in de zin van artikel 3:60 BW, en als lasthebber in de zin van artikel 7:414 BW. De vof stelt dat er sprake is van oneigenlijke vermenging van de gelden van de vof met de gelden van X BV. Daarnaast stelt de vof dat er

sprake is van onrechtmatig handelen door A wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm losstaande van de vennootschap en wegens onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder waardoor A een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden.

De kantonrechter overweegt dat het feit dat op A de verplichting rustte om de gelden te innen niet zonder meer meebrengt dat hij partij is geworden bij de overeenkomst. Ook het feit dat X BV gehouden is tot afdracht van de gelden maakt A niet persoonlijk aansprakelijk.

De kantonrechter haalt in r.o. 4.4. de Beklamel-norm aan (Hoge Raad 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286) en overweegt dat het uitgangspunt is dat voor de nakoming van contractuele verplichtingen van een vennootschap, naast de vennootschap zelf, ook aansprakelijk kan zijn degene die als bestuurder namens de vennootschap een overeenkomst is aangegaan terwijl hij ten tijde van het aangaan van die overeenkomst wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de schuldeiser ten gevolge van die wanprestatie zou lijden. Daarnaast stelt de kantonrechter dat deze norm ook toepassing kan vinden in gevallen waarin in het kader van een voortdurende (raam)overeenkomst verplichtingen ontstaan door nieuwe deelopdrachten, op initiatief van de rechtspersoon. Ook kan de bestuurder, naast de vennootschap, aansprakelijk zijn indien hij als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakwam. In de beide situaties mag aansprakelijkheid van de bestuurder evenwel uitsluitend worden aangenomen indien het handelen van de bestuurder in de gegeven omstandigheden – mede gelet op het in artikel 2:9 BW tot uitdrukking gebrachte vereiste van een behoorlijke taakvervulling – zodanig onzorgvuldig is ten opzichte van de schuldeiser van de vennootschap, dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt moet worden gemaakt (vgl. Hoge Raad 8 december 2006, *NJ* 2006, 659, *Ontvanger/Roelofsen*).

De vof was op de hoogte van de slechte financiële situatie van X BV, waardoor er geen sprake kan zijn van zodanig onzorgvuldig handelen van A dat hij persoonlijk aansprakelijk is. Daarnaast benadrukt de kantonrechter dat een bestuurder een eigen afweging heeft te maken welke schuldeisers in de gegeven omstandigheden moeten worden voldaan. A stelt dat hij diverse schuldeisers heeft voldaan zonder rangorde of voorrang te verlenen. De vof kan volgens de kantonrechter niet aantonen welke betalingen selectief waren. Niet aangetoond kon worden dat A onrechtmatig heeft gehandeld jegens de vof.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 23-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:6918

Zaaknummer: 4147738 UC EXPL 15-7573

Rechters: S.H. Gaertman

Advocaten: R.H.B. Wortel en H.A. Bosshardt

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Onbehoorlijk bestuur. Aansprakelijkheid voor boedeltekort. Onrechtmatige schuldeisersbenadeling. De eisen die artikel 2:10 BW stelt, hangen mede af van de aard en opzet, alsmede de organisatie van de onderneming van de rechtspersoon en haar werkzaamheden. Daarbij gaat het erom dat het bestuur op verantwoorde wijze beslissingen kan nemen op basis van betrouwbare informatie over de financiële positie van de vennootschap en dat uit die informatie, ook voor een faillissementscurator, een eenduidig en getrouw beeld volgt van de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon. Ondanks het ontbreken van grootboekoverzichten, debiteuren- en crediteurenlijsten, journaalposten en kolommenbalansen, geeft de wel aanwezige 'onderliggende administratie' een redelijk inzicht in de vermogenstoestand. Voor de vraag of de rechtshandeling de schuldeisers van de vennootschappen heeft benadeeld, moet de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling worden vergeleken met de situatie waarin zij zich feitelijk bevinden als die rechtshandeling onaangetast blijft. Het gaat er daarbij om of de met de rechtshandeling samenhangende voor- en nadelen tot benadeling van de schuldeisers hebben geleid. Het enkele feit dat de vennootschappen hun bedrijfsvoering ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst hadden gestaakt, brengt naar het oordeel van de rechtbank niet zonder meer met zich dat het niet noodzakelijk was om een kantoorruimte te huren.

B is enig aandeelhouder en bestuurder van C, die enig aandeelhouder is van D en F.

Laatstgenoemde vennootschap hield zich als scheepswerf onder meer bezig met de bouw van zeiljachten. C, D en F zijn failliet verklaard, waarbij eiser als curator in de faillissementen is benoemd.

Eiser vordert in onderhavig geding een verklaring voor recht dat B hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort en daarnaast betaling hiervan, vermeerderd met wettelijke rente, op te maken bij staat. Ook vordert de curator een voorschot op deze betaling ter grootte van € 500.000, te voldoen binnen veertien dagen na betekening van het vonnis. Hij legt aan deze vorderingen ten grondslag dat B zijn taak als bestuurder van de failliete vennootschappen kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van de faillissementen was. Ook heeft B volgens de curator onrechtmatig gehandeld jegens de vennootschappen c.q. de gezamenlijke schuldeisers. De rechtbank overweegt hierover als volgt.

Als sprake is van schending van de boekhoudplicht heeft het bestuur zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:248 lid 2). De eisen die artikel 2:10 BW stelt, hangen mede af, zo overweegt de rechtbank, van de aard en opzet, alsmede de organisatie van de onderneming van de rechtspersoon en haar werkzaamheden. Daarbij gaat het erom dat het bestuur op verantwoorde wijze beslissingen kan nemen op basis van betrouwbare informatie over de financiële positie van de vennootschap en dat uit die informatie, ook voor een faillissementscurator, een eenduidig en getrouw beeld volgt van de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon, verwijzend naar ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725. De curator heeft naar het oordeel van de rechtbank echter voor toewijzing onvoldoende feiten gesteld, nu ondanks het ontbreken van grootboekoverzichten, debiteuren- en crediteurenlijsten, journaalposten en kolommenbalansen, de wel aanwezige 'onderliggende administratie' een redelijk inzicht biedt in de vermogenstoestand.

B heeft volgens de curator op drie punten onrechtmatig gehandeld. Allereerst bij het aangaan van een huurovereenkomst na beëindiging van de bedrijfsactiviteiten, vervolgens door met behulp van zijn personeel of anderszins roerende zaken aan de bedrijfsvoering te onttrekken en ook door een recht van erfpacht in overleg met de gemeente over te doen gaan op G.

De rechtbank begrijpt de curator zo dat het beroep op artikel 42 Fw, in het kader van de huurovereenkomst, gedaan is ter onderbouwing van de onrechtmatigheid. De rechtbank oordeelt dat aan het benadelingsvereiste niet is voldaan. Voor de vraag of de rechtshandeling de schuldeisers van de vennootschappen heeft benadeeld moet de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling worden vergeleken met de situatie waarin zij zich feitelijk bevinden als die rechtshandeling

onaangetast blijft. Het gaat er daarbij om of de met de rechtshandeling samenhangende voor- en nadelen tot benadeling van de schuldeisers hebben geleid. Het enkele feit dat de vennootschappen hun bedrijfsvoering ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst hadden gestaakt, brengt naar het oordeel van de rechtbank niet zonder meer met zich dat het niet noodzakelijk was om een kantoorruimte te huren. In dit verband heeft B onweersproken aangevoerd dat het bedrijfspand ontruimd moest worden en dat de kantoorruimte gebruikt is ten behoeve van de verdere afwikkeling van de bedrijfsstaking en het bewerkstelligen van een (mogelijke) doorstart van de vennootschappen. Verder was sprake van een marktconforme huurprijs.

De onttrekking van roerende zaken komt in rechte niet vast te staan. Wat betreft de erfpacht had B er, volgens de curator, voor moeten kiezen om het recht op het perceel water met ligplaatsen achter het bedrijfspand van de vennootschappen te verlengen, en dit recht daarna zo nodig aan een derde partij te verkopen. In plaats daarvan heeft B ervoor gekozen om het in overleg met de gemeente over te doen gaan op G, echtgenote van B. B stelt dat hij onder de gegeven omstandigheden weinig andere keuze had. Volgens hem was de gemeente alleen bereid om het erfpachtrecht te verlengen als de achterstallige canon werd betaald. De rechtbank overweegt dat vaststaat dat ABN AMRO de kredietfaciliteit had opgezegd en opgeëist op het moment dat B moest beslissen over de verlenging, waarover hij zich eind december 2009 diende uit te spreken. Het aangaan van een langdurige financiële verplichting was, gezien het gebrek aan liquide middelen en uitzicht op herfinanciering, in de gegeven omstandigheden niet redelijk. Dat B ook had kunnen handelen zoals de curator stelt, betekent niet dat B heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend en redelijk handelend bestuurder zou hebben gedaan.

De rechtbank komt tot de conclusie dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur van de zijde van B geen sprake is, terwijl B voorts ook niet onrechtmatig heeft gehandeld – ook niet wanneer de onderdelen in onderlinge samenhang worden beschouwd. Alle vorderingen worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 23-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:4488

Zaaknummer: C/17/137784 / HA ZA 14-407

Rechters: S.B. van Baalen, M. Sanna, E.Th.M. Zwart-Sneek en E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: A. Woertman, I.M.C.A. Reinders Folmer en F.E. de Neef

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:248 BW, 6:162 BW en 42 Fw