

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 19, 2016

Nummer 19, 2016

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:2016:2575](#) 11-11-2016

Eiseres/Curatoren

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2578](#) 11-11-2016

JKS c.s./verweerder

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2574](#) 11-11-2016

Bab/Cordial en Turnham

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4981](#) 08-11-2016

Drents Overijsselse Coöperatie Kaas B.A./Melkveehouders

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:8808](#) 01-11-2016

Volkswagen Bank GmbH/bestuurder

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4277](#) 25-10-2016

Sweco AB/Grontmij N.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:3792](#) 20-09-2016

Greenchoice

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:5916](#) 05-10-2016

Feenstra q.q./gedaagden

RECHTSPRAAK

Eiseres/Curatoren

Artikel 81 lid 1 RO. Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW. Verzending onvolledige stukken aan de KvK. Ondanks dat een handeling 'technisch' kan worden aangemerkt als deponering in de zin van artikel 2:394 BW is toch niet voldaan aan de publicatieverplichting.

A B.V. is een scheeps- en reparatiewerf. Eiseressen zijn (middellijk) bestuurder van A. In het najaar van 2004 heeft ING het krediet aan eiseressen tegen het einde van dat jaar opgezegd. In het voorjaar van 2005 is A in staat van faillissement verklaard. Ruim een jaar later hebben de curatoren eiseressen aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. De curatoren hebben aan hun vorderingen ten grondslag gelegd dat sprake is van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW, omdat het bestuur van A voor de boekjaren 2002 en 2003 niet heeft voldaan aan de publicatieplicht van artikel 2:394 BW en aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW. In cassatie gaat het alleen nog om het verwijt dat over het boekjaar 2003 niet is voldaan aan de publicatieplicht.

De rechtbank heeft geoordeeld dat het bestuur van A met betrekking tot de openbaarmaking van de jaarrekening over 2003 de publicatieplicht van artikel 2:394 lid 3 BW heeft geschonden, waarmee vaststaat dat het bestuur van A zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en vermoed wordt dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

In hoger beroep heeft het hof overwogen dat op de door eiseressen aan de KvK toegestuurde stukken de handtekening van een van hen en de datum van de vaststelling ontbraken en dat de KvK de stukken om deze reden heeft geretourneerd met het verzoek om de omissies te herstellen en de jaarrekening daarna zo spoedig mogelijk terug te sturen, onder welke omstandigheden geen sprake is van deponering. Na eiseressen te hebben toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen het voorshands bewezen feit dat zij de jaarrekening over 2003 pas in het najaar van 2005 aan de KvK hebben toegezonden, heeft het hof geoordeeld dat zij daar niet in zijn geslaagd.

De Hoge Raad heeft het hiertegen gerichte cassatieberoep verworpen met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

A-G De Bock onderwerpt de aangevoerde onderdelen wel aan een inhoudelijke bespreking. Anders dan onderdeel 1 acht zij het oordeel van het hof dat eiseressen door toezending van de (onvolledige) jaarstukken over 2003 aan de KvK niet hebben voldaan aan hun verplichting als bedoeld in artikel 2:394 lid 1 BW, rechtens onjuist noch onbegrijpelijk, omdat in alle redelijkheid niet kan worden volgehouden dat het bestuur van een rechtspersoon dat heeft moeten begrijpen dat de door hen verrichte handeling – hoewel technisch aan te merken als ‘deponering’ in de zin van artikel 2:394 BW – niet tot openbaarmaking van de jaarrekening in de zin van artikel 2:394 BW heeft geleid, wél zou hebben voldaan aan de publicatieverplichting uit datzelfde artikel. Het door onderdeel 2 bestreden oordeel van het hof dat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim in de zin van artikel 2:248 lid 2 BW acht A-G De Bock begrijpelijk en afdoende gemotiveerd, nu de termijnoverschrijding, in dit geval van 51 dagen, niet onbelangrijk is en het hof in de gegeven omstandigheden begrijpelijk en afdoende gemotiveerd kon oordelen dat deze niet als een onbelangrijk verzuim kan worden aangemerkt. Met betrekking tot onderdeel 3, dat zich keert tegen ’s hofs oordeel dat eiseressen onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat de opzegging van de kredietfaciliteit door de ING een belangrijke oorzaak van het faillissement van A is geweest, is volgens A-G De Bock niet gebleken dat het hof essentiële stellingen onbesproken heeft gelaten en niet valt in te zien dat eiseressen het vermoeden wel hebben ontzenuwd, te meer A een gezonde onderneming was en het niet meteen misging na de opzegging. Ook onderdeel 4, dat opkomt tegen de verwerping van het beroep van eiseressen op matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW, is volgens A-G De Bock tevergeefs voorgesteld.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 11-11-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2575

Zaaknummer: 14/03774

Rechters: F.B. Bakels, G. Snijders, M.V. Polak, T.H. den Tanja-van Broek en C.E. du Perron

Advocaten: K. Aantjes en A.E.H. van der Voort Maarschalk

Wetsartikelen: 81 lid 1 RO, 2:394 lid 3 BW, 2:248 lid 2 BW en 2:248 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

JKS c.s./verweerder

Uittredingsprocedure. Benoeming deskundige. Ontvankelijkheid beroep. Het cassatieberoep tegen de niet-ontvankelijkverklaring door de OK van het hoger beroep tegen de beslissing van de rechtbank om een deskundige te benoemen is niet-ontvankelijk, omdat het om een tussenvonnis respectievelijk tussenarrest ging, en beroep in cassatie slechts tegelijk met het eindarrest kan worden ingesteld. Ook nadat is beslist dat artikel 80a RO niet voor toepassing in aanmerking komt, kan de Hoge Raad eiser/verzoeker niet-ontvankelijk verklaren. Geen doorbreking van het rechtsmiddelenverbod.

Dit geding betreft een vordering van verweerder in cassatie, minderheidsaandeelhouder in eiseres tot cassatie sub 2 ('DEM'), tot overdracht van zijn aandelen tegen gelijktijdige betaling door eiseres tot cassatie sub 1 ('JKS') en DEM aan verweerder van de door de rechtbank vast te stellen prijs. De rechtbank heeft bij vonnis van 25 maart 2015 een deskundigenonderzoek bevolen ter beantwoording van een drietal vragen en een deskundige benoemd. Tegen dit vonnis hebben JKS en DEM hoger beroep ingesteld. De OK heeft vervolgens eiseressen ('DEM c.s.') niet-ontvankelijk verklaard in hun hoger beroep. Daartegen richt zich het middel, dat onder meer aanvoert dat de dagvaardingsprocedure bij de Hoge Raad slechts één moment kent waarop vroegtijdig de niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep kan worden uitgesproken, te weten bij de beslissing om al dan niet toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 80a RO.

De Hoge Raad overweegt dat dit betoog van DEM c.s. geen steun vindt in het recht, omdat de Hoge Raad in elke stand van het geding, ambtshalve dan wel naar aanleiding van een daarop gericht beroep van een partij, kan beslissen dat de eiser dan wel de verzoeker niet-ontvankelijk is in zijn cassatieberoep; een eerder genomen besluit dat artikel 80a RO niet voor toepassing in aanmerking komt, doet daar niet aan af. Voorts overweegt de Hoge Raad dat het vonnis van de rechtbank een tussenvonnis betrof, omdat daarin louter een deskundigenonderzoek is bevolen, een deskundige is benoemd en iedere verdere beslissing is

aangehouden, zodat de rechtbank niet door een uitdrukkelijk dictum omtrent enig deel van het gevorderde een einde aan het geding heeft gemaakt. Voorts dient volgens de Hoge Raad het arrest van de OK als een tussenarrest te worden beschouwd, omdat een uitspraak waarin uitsluitend de niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep van een tussenuitspraak wordt uitgesproken, naar vaste rechtspraak zelf een tussenuitspraak is, waarmee beroep in cassatie ingevolge artikel 401a lid 2 Rv slechts tegelijk met het eindarrest kan worden ingesteld. De Hoge Raad verklaart DEM c.s. niet-ontvankelijk in hun beroep.

Terzijde merkt de Hoge Raad nog op dat de beslissing om een deskundige te benoemen, waartegen geen hoger beroep openstaat, betrekking heeft op de instructie van de zaak en zich naar haar aard ertegen verzet dat het daarop betrekking hebbende rechtsmiddelenverbod wordt doorbroken met een beroep op een van de doorbrekingsgronden. Dat staat er overigens niet aan in de weg, zo vervolgt de Hoge Raad, dat in het hoger beroep wordt aangevoerd dat het deskundigenbericht, mede gelet op artikel 6 EVRM, niet aan de beslissing ten grondslag had mogen worden gelegd.

Zie ook de conclusie van A-G Wesseling-van Gent onder 2.4 tot en met 2.24.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 11-11-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2578

Zaaknummer: 16/00347

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

Advocaten: E.M. Tjon-En-Fa en F.E. Vermeulen

Wetsartikelen: 2:343 BW, 2:339 lid 1 BW, 401a lid 2 Rv en 80a RO

RECHTSPRAAK

Bab/Cordial en Turnham

Curaçaose zaak. Voor het aannemen van rechtsverwerking met betrekking tot het verzoek om enquête te gelasten is enkel tijdsverloop onvoldoende, er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden. Bevestiging van de Slotervaartbeschikking in verband met de kapitaalseis van artikel 2:272 Burgerlijk Wetboek Curaçao ('BWC'). Artikel 2:273 BWC (tevorens kenbaar maken van bezwaren) heeft dezelfde strekking als artikel 2:349 BW. Het verstrijken van de vervaltermijn van zes maanden tot vernietiging van een besluit (art. 2:21 BWC, art. 2:15 BW) staat niet in de weg aan de mogelijkheid dit besluit in een enquêteprocedure te vernietigen.

Verweerster in cassatie sub 4 ('A') en Bab Al-Mustaqbal Real Estate Co. ('Bab') zijn investeringsmaatschappijen, die in het jaar 2008 een meerderheids-, respectievelijk een minderheidsbelang in zowel Curaçao Cordial N.V. ('Cordial') als Curaçao Turnham N.V. ('Turnham') hielden, houdstermaatschappijen aan de top van een groep waarin wordt belegd in onroerend goed. Intertrust heeft als enig bestuurder van Cordial en Turnham aandelen in deze vennootschappen uitgegeven aan A, waardoor het door Bab gehouden belang is verminderd van vijftien procent tot minder dan 0,01 procent. A en Cordial hebben een uitkoopprocedure in de zin van artikel 2:250 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao (BWC) geëntameerd tegen Bab, die op haar beurt het Gemeenschappelijk Hof van Justitie heeft verzocht een enquête te gelasten naar het beleid en de gang van zaken bij Cordial en Turnham. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie heeft het verzoek afgewezen op grond van rechtsverwerking, omdat Bab niet heeft voldaan aan de plicht haar bezwaren kenbaar te maken als bedoeld in artikel 2:273 BWC.

In het principale cassatieberoep klaagt Bab dat het hof ten onrechte rechtsverwerking aan de zijde van Bab heeft aangenomen op grond van enkel tijdsverloop, zonder te onderzoeken of sprake is geweest van nadere, bijzondere omstandigheden op grond waarvan Cordial en Turnham gerechtvaardigd hebben vertrouwd dat Bab zich bij de emissiebesluiten had

neergelegd, dan wel dat zij bij toewijzing van het verzoek van Bab onredelijk zouden worden benadeeld in hun positie.

De Hoge Raad overweegt dat om rechtsverwerking te kunnen aannemen nodig is dat de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid, en dat naar vaste rechtspraak enkel tijdsverloop onvoldoende is; er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet meer geldend zal maken, of waardoor de positie van de wederpartij onredelijk verzwaard of benadeeld zou worden indien het recht of de bevoegdheid alsnog geldend wordt gemaakt. De Hoge Raad verwijst hierbij naar HR 24 april 1998 (ECLI:NL:HR:1998:ZC2635) en HR 18 januari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY0543). Volgens de Hoge Raad kan tijdsverloop wel als een van de relevante omstandigheden meewegen bij de beoordeling van de vraag of de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid, en geldt een en ander evenzeer voor het aannemen van rechtsverwerking ter zake van de bevoegdheid een enquête te verzoeken. Nu het hof geen dergelijke (bijzondere) omstandigheden heeft vastgesteld, oordeelt de Hoge Raad de hiertegen gerichte klachten gegrond.

In de voorwaardelijke incidentele cassatieberoepen bevestigt de Hoge Raad de in de Slotervaartbeschikking (HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:905) geformuleerde regel dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat een aandeelhouder of certificaa houder, die als gevolg van een uitgifte van (certificaten van) aandelen niet langer voldoet aan de in artikel 2:346 lid 1 aanhef en onder b BW bedoelde kapitaal eisen, bevoegd is tot het indienen van een verzoek om een enquête in te stellen, mits het verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar die uitgifte en de verzoeker stelt dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte, welke regel volgens de Hoge Raad ook geldt indien niet is voldaan aan de vergelijkbare Curaçaose kapitaal eisen opgenomen in artikel 2:272 lid 1 aanhef en onder c BWC. Deze regel geldt niet slechts indien het enquêteverzoek 'binnen een redelijke termijn' of 'met bekwame spoed' is ingediend, nu een zodanige inperking niet past bij de (in de Slotervaartbeschikking omschreven) ratio van de regel, aldus de Hoge Raad.

Voorts overweegt de Hoge Raad dat artikel 2:273 BWC (evenals in Nederland de vergelijkbare bepaling van art. 2:349 lid 1 BW) ertoe strekt te waarborgen dat de rechtspersoon op de hoogte wordt gesteld van de bezwaren tegen het gevoerde beleid, zodat zij gelegenheid heeft die bezwaren te onderzoeken, naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen en aldus niet rauwelijs in rechte wordt betrokken.

Met betrekking tot de wettelijke regeling van vernietiging van besluiten in artikel 2:21 BWC (in Nederland art. 2:15 BW) overweegt de Hoge Raad dat het verstrijken van de vervaltermijn van zes maanden tot vernietiging van een besluit niet in de weg staat aan de mogelijkheid dit besluit in een enquêteprocedure te vernietigen. Nog daargelaten dat het praktisch zeer bezwaarlijk kan zijn binnen die vervaltermijn een zodanig verzoek te doen, dienen de regelingen volgens de Hoge Raad elk een verschillend doel.

Volgt vernietiging en verwijzing in het principale beroep en verwerping in de incidentele beroepen.

Zie in dezelfde zin de conclusie van A-G Timmerman onder 3.12 tot en met 3.14 en 4.4 tot en met 4.28.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 11-11-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2574

Zaaknummer: 15/03516

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders en M.V. Polak

Advocaten: J.W.H. van Wijk, D. Rijpma en J. van der Beek

Wetsartikelen: 2:346 BW (2:272 BWC), 2:349 BW (2:273 BWC) en 2:15 BW (2:21 BWC)

RECHTSPRAAK

Drents Overijsselse Coöperatie Kaas B.A./Melkveehouders

Schadebegroting op grond van de statuten van een coöperatie wegens uittreding; procedure na cassatie en verwijzing. Concrete benadering in plaats van een meer abstracte bedrijfseconomische schadeberekenningsmethodiek. Vermogenspositie voor opzegging lidmaatschap vergelijken met de (hypothetische) vermogenspositie van niet-opzegging.

Eisers, melkveehouders, waren tot januari 2008 lid van de Drents Overijsselse Coöperatie Kaas B.A. h.o.d.n. Doc Kaas ('DOC'). Zij hebben hun lidmaatschap, met inachtneming van de in de statuten opgenomen opzegtermijn, opgezegd. Artikel 13 van de statuten bepaalde dat: *'het lid van wie het lidmaatschap is geëindigd, verplicht is een schadevergoedingsbedrag aan de coöperatie te betalen. De omvang van het te betalen bedrag zal door een door de directie aan te wijzen deskundige worden bepaald (...) een en ander op basis van grondslagen die (...) in het huishoudelijk reglement zullen worden vastgesteld (...)'*. Het huishoudelijk reglement bevatte in het jaar 2007 geen grondslagen voor het bepalen van de omvang van het te betalen bedrag. Ernst & Young Accountants ('E&Y') heeft op verzoek van de directie van DOC berekeningen van de omvang van de schade gemaakt als bedoeld in de statuten. Vanwege de uittreding van de melkveehouders in 2008 werd minder melk aangevoerd en heeft DOC, onder andere om de vaste kosten te drukken, 'losse' melk afgenomen van Wilberco. Ieder der melkveehouders heeft een brief gekregen, waarin hij op de hoogte is gebracht van de ten aanzien van hem berekende schadevergoeding. De melkveehouders hebben bezwaar gemaakt tegen de door DOC aangekondigde verrekening.

Het onderhavige geschil na cassatie en verwijzing spitst zich toe op de vraag of DOC schade heeft geleden door de opzeggingen van de melkveehouders en of de 'losse' melk die DOC in 2008 van Wilberco heeft gekocht bij de berekening van de schade moet worden betrokken. DOC heeft zich op het standpunt gesteld dat de schadevergoeding moet worden begroot aan de hand van (i) de vaste kosten die zijn gestegen vanwege het uittreden van de leden en (ii) de kosten voor het bijkopen van melk bij derden (in het bijzonder bij Wilberco).

Het hof stelt in algemene zin voorop dat de schade moet worden begroot door de vermogenspositie van DOC na opzegging van het lidmaatschap door de melkveehouders, te vergelijken met de (hypothetische) vermogenspositie wanneer de melkveehouders het lidmaatschap niet hadden opgezegd. Voorts overweegt het hof dat uit artikel 13 lid 1 van de statuten voldoende duidelijk is dat de schadevergoeding berekend moet worden als een concrete schadevergoeding, overeenkomstig de wettelijke uitgangspunten. Met betrekking tot (i) de vaste kosten (kosten die onafhankelijk zijn van de verwerkte hoeveelheid melk) overweegt het hof dat het meest in overeenstemming met de aard van de schade is om deze concreet te bepalen, waarbij rekening moet worden gehouden met de extra melk die DOC in 2008 heeft aangekocht van Wilberco. Met betrekking tot (ii) de kosten voor de aankoop van melk bij derden, overweegt het hof dat DOC tegen de beslissing van het Hof Arnhem-Leeuwarden – dat DOC de schade niet heeft aangetoond nu de prijs van de melk die zij inkocht lager was dan de prijs die DOC aan haar leden in 2008 heeft uitbetaald – cassatie heeft ingesteld maar dat de Hoge Raad dit beroep heeft verworpen waarbij in beginsel geldt dat het hof daaraan is gebonden en dat het arrest kracht van gewijsde heeft gekregen en daarom niet opnieuw kan worden beoordeeld.

Het hof wijst de vordering van DOC af.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4981

Zaaknummer: 200.187.319_01, 200.187.405_01 en 200.187.419_01

Rechters: J.P. de Haan, A.J. Henzen en A.C. Metselaar

Advocaten: E. van Asselt-Pronk en G.D. te Biesebeek

RECHTSPRAAK

Volkswagen Bank GmbH/bestuurder

Gewezen bestuurder van de lessee is niet persoonlijk aansprakelijk wegens het onbetaald laten van de maandelijkse termijnen, verschuldigd uit hoofde van financial leaseovereenkomsten ter zake van personenauto's. Lessor heeft onvoldoende onderbouwd dat bestuurder de auto's op naam van de lessee heeft gekocht met het doel deze door een derde te laten doorverkopen en daarmee een privéschuld te voldoen, en wordt daarom tot het bewijs daarvan toegelaten.

Geïntimeerde is gewezen bestuurder van de besloten vennootschap HSC Beheer BV ('HSC'). Volkswagen Bank GmbH ('Volkswagen') en HSC, vertegenwoordigd door geïntimeerde, hebben twee financial leaseovereenkomsten gesloten met betrekking tot twee personenauto's. Beide overeenkomsten bevatten de bepaling dat lessee (HSC) de auto's in goede staat heeft ontvangen. Leverancier van de auto's is Automotive Sales B.V. (Automotive), die de leaseovereenkomsten mede heeft ondertekend. Automotive heeft de auto's onder eigendomsvoorbehoud verkocht en geleverd aan HSC, en heeft de eigendom van de auto's overgedragen aan Volkswagen Bank (Autocash) als lessor. De auto's zijn vervolgens met overlegging van een kopie van het rijbewijs van de bestuurder op naam van HSC gezet. Automotive is op 18 november 2014 ontbonden. In november 2014 zijn de aandelen in HSC overgedragen aan Foksche Holding B.V. en is Foksche Holding B.V. samen met Stichting Bull als bestuurder van HSC ingeschreven. HSC heeft de verschuldigde maandelijkse termijnen grotendeels onbetaald gelaten waardoor Volkswagen Bank niet alleen HSC heeft verzocht tot afgifte van beide auto's maar tevens op enig moment Rimor Recherchediensten B.V. ('Rimor') heeft ingeschakeld voor het doen van onderzoek naar het handelen van HSC en haar bestuurder. Uit het rapport van Rimor valt af te leiden dat de bestuurder een bedrag van € 40.000 te vorderen had van Z en de financiële leaseovereenkomsten op verzoek van Z zou afsluiten, zodat Z de auto's zou doorverkopen en daarmee de privéschuld aan de bestuurder kon aflossen.

In de onderhavige procedure vordert Volkswagen van de bestuurder onder meer teruggave van

de auto's en schadevergoeding. De kantonrechter heeft de vorderingen jegens HSC grotendeels toegewezen, maar de vorderingen jegens de bestuurder afgewezen, omdat Volkswagen onvoldoende zou hebben onderbouwd dat hij onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. In hoger beroep stelt Volkswagen zich op het standpunt dat de bestuurder beide auto's op naam van HSC heeft gekocht met als doel dat X deze auto's aan derden zou verkopen teneinde met de daardoor te realiseren winst zijn schuld aan de bestuurder te voldoen.

Het hof overweegt dat indien de door Volkswagen gestelde afspraak tussen de bestuurder en Z komt vast te staan, de bestuurder een ernstig verwijt valt te maken waarmee zijn bestuurdersaansprakelijkheid gegeven is, omdat hij dan in strijd met het eigendomsvoorbehoud heeft meegewerkt aan de verkoop van de auto's aan derden voor eigen winstbejag en daarmee bewust het risico heeft genomen dat Volkswagen zich niet op de auto's zou kunnen verhalen. Echter heeft Volkswagen naar het oordeel van het hof onvoldoende feiten en omstandigheden aangedragen om tot dat oordeel te komen. De enkele omstandigheid dat de bestuurder aandelen van HSC heeft overgedragen acht het hof niet voldoende, omdat dit geen invloed heeft op de gegoedheid van HSC als schuldenaar, waardoor voor de bestuurder geen sprake was van een verplichting jegens Volkswagen Bank om de gegoedheid van de koper van de aandelen te onderzoeken en de overdracht van de bestuursfunctie, als gevolg waarvan de bestuurder geen invloed meer had op HSC, niet zonder meer onrechtmatig was jegens Volkswagen.

Het hof laat Volkswagen toe tot het leveren van bewijs en houdt iedere verdere beslissing aan.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:8808

Zaaknummer: 200.187.323/01

Rechters: L. Janse, M.W. Zandbergen en I. Tubben

Advocaten: E.H.J. Slager

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Sweco AB/Grontmij N.V.

Uitkoopprocedure Grontmij N.V. Vordering van Sweco AB tot uitkoop minderheidsaandeelhouders in Grontmij N.V. na openbaar bod toegewezen, niet op de primair aangevoerde grond van artikel 2:359c BW omdat de vordering niet binnen drie maanden is ingesteld, maar op de subsidiair aangevoerde grond van artikel 2:92c BW.

Sweco AB, een vennootschap naar Zweeds recht ('Sweco') heeft in juli 2015 een openbaar bod gedaan op alle gewone geplaatste aandelen in het kapitaal van Grontmij N.V. ('Grontmij'). De onderhavige procedure betreft een vordering van Sweco tot uitstoting van de minderheidsaandeelhouders op grond van artikel 2:359c BW, subsidiair tot uitkoop op grond van artikel 2:92a BW. De OK heeft bij tussenvonnis van 12 april 2016 (OR Updates 2016-0131) geconstateerd dat een in het overgelegde aandeelhoudersregister genoemde aandeelhouder niet is gedagvaard en iedere verdere beslissing over de uitstoting aangehouden om Sweco in de gelegenheid te stellen de desbetreffende aandeelhouder te dagvaarden.

In het onderhavige arrest overweegt de OK dat Sweco voldoende inspanningen heeft verricht om de werkelijke woon- of verblijfplaatsen van de erven van de inmiddels overleden aandeelhouder te achterhalen en, mede gelet op de weigering van de zoon van deze aandeelhouder om die informatie te verstrekken, het gerechtvaardigd is dat Sweco de erven van de aandeelhouder heeft doen dagvaarden door middel van betekening aan het parket van het Openbaar Ministerie bij het Gerechtshof Amsterdam.

Volgens de OK is de vordering niet toewijsbaar op de primair aangevoerde grondslag, omdat de vordering niet tegen alle gezamenlijke andere aandeelhouders is ingesteld binnen de in artikel 2:359c lid 3 BW genoemde termijn van drie maanden, nu de vordering tegen de voornoemde erven is ingesteld na afloop van die termijn. De OK acht de vordering wel toewijsbaar op de subsidiaire grondslag van artikel 2:92a BW.

Ten aanzien van de vast te stellen prijs overweegt de OK dat Sweco 96,83 procent van de aandelen heeft verworven waarop het openbaar bod betrekking had, hetgeen tot het oordeel

leidt dat het bod op zodanig grote schaal is aanvaard, dat voor de vaststelling van de uitkoopprijs in deze zaak aansluiting bij de biedprijs is aangewezen. Omdat Sweco pas na het einde van de na-aanmeldingstermijn ten minste 95 procent van de aandelen in Grontmij hield, hanteert de OK de datum van de betaalbaarstelling van de in de na-aanmeldingstermijn aangemelde aandelen als peildatum in de zin van artikel 2:92a lid 5 BW. De OK verwijst hiertoe naar zijn arrest van 7 juli 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:2775). Nu de vast te stellen prijs voor de aandelen in geld dient te luiden, dient de waarde van de geboden tegenprestatie, ook voor zover deze bestaat uit aandelen Sweco, te worden uitgedrukt in geld, waarvoor kan worden aangesloten bij de beurskoers van Sweco, aldus de OK.

De OK wijst de uitkoopvordering toe.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:4277

Zaaknummer: 200.183.544/01 en 200.197.580/01

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, M.N. Hoogendoorn en J.B.M. Streppel

Advocaten: R.G.J. de Haan

Wetsartikelen: 2:359c BW, 2:92a BW en 2:92c BW

RECHTSPRAAK

Feenstra q.q./gedaagden

Bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid. Onderneming met hoge liquiditeitsbehoefte wordt via dividenduitkeringen ontdaan van alle reserves. Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling bestuur wegens dusdanige aantasting liquiditeit en solvabiliteit dat faillissement nagenoeg onafwendbaar was. Aandeelhouder heeft onrechtmatig gehandeld door hieraan medewerking te verlenen.

Gedaagden in conventie zijn (middellijk) gewezen bestuurder en aandeelhouder van de op 1 maart 2012 in staat van faillissement verklaarde vennootschap ('gefaillleerde'). In 2006 is gedaagde sub 3 uitgevallen wegens ziekte. Vanaf 2008 liepen de omzetten van gefaillleerde terug en in de loop van 2010 werd bekend dat er een claim dreigde met een waarde van meer dan € 1.000.000. In oktober 2010 heeft de aandeelhouder van gefaillleerde besloten tot een dividenduitkering. Een gedeelte daarvan werd in rekening-courant geboekt en het overige gedeelte werd schuldig gebleven en omgezet in een geldlening van de aandeelhouder aan gefaillleerde. De rekening-courantovereenkomst tussen de aandeelhouder en gefaillleerde bevat een zekerheidsstellingsbepaling en op diezelfde datum (29 oktober 2010) heeft gefaillleerde op grond van een mondelinge koopovereenkomst met de aandeelhouder een aantal kavels aan de aandeelhouder verkocht en is de koopprijs verrekend met haar vordering. In 2010 is de omzet van gefaillleerde verder teruggelopen en in mei 2011 is een dividendbesluit genomen, gevolgd door verrekening in rekening-courant van de daaruit voortvloeiende betalingsverplichting.

In het onderhavige geding heeft de curator gedaagden aangesproken voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW en de aandeelhouder op grond van onrechtmatige daad. De curator legt daaraan, kort gezegd, ten grondslag dat door de dividenduitkeringen in korte tijd activa aan de onderneming zijn onttrokken, terwijl alle signalen erop wezen dat het steeds slechter ging met de onderneming en de aandeelhouder zich daar ook van bewust was, en de onttrekkingen uiteindelijk tot het faillissement hebben geleid. Gedaagden stellen zich op het standpunt dat de onderneming vanwege de ziekte van gedaagde sub 3 verkocht moest worden,

maar dat de vraagprijs vanwege het in de onderneming aanwezige actief te hoog was en daarom op advies van derden de onderneming lichter is gemaakt.

De rechtbank is van oordeel dat de taakvervulling van de (middellijk) bestuurders is aan te merken als kennelijk onbehoorlijk bestuur. Daartoe overweegt de rechtbank dat er vanaf 2010 is aangestuurd op een staking van de onderneming, waarbij niet getracht is de schuldeisers zo veel mogelijk te betalen, maar juist de verhaalsobjecten zijn weggesluisd. Dat dit voor een belangrijk deel geschiedde via dividenduitkeringen (aandeelhoudersbeslissingen) is volgens de rechtbank niet relevant, omdat alle beslissingen feitelijk door de (middellijk) bestuurder persoonlijk werden genomen. Door het wegsluizen van de activa werd de onderneming ontdaan van haar reserves, terwijl bij een onderneming als de onderhavige – met doorlopende kosten waar moeilijk in gesneden kan worden en een niet constante stroom van inkomsten – naar het oordeel van de rechtbank dan zelfs een betrekkelijk gering liquiditeitsprobleem al tot een faillissement kan leiden, ook omdat de solvabiliteit daardoor negatief beïnvloed wordt, waardoor het aantrekken van (overbruggings)kredieten bemoeilijkt wordt. Volgens de rechtbank moet het de (middellijk) bestuurders zonder meer duidelijk zijn geweest dat dit gevaar groot was en dat dit voor de alsdan bestaande schuldeisers uiterst nadelig zou zijn, zodat zij, door toe te staan dat de onderneming van al haar reserves werd ontdaan, hun taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en zij voor het faillissementstekort zijn aan te spreken.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van de aandeelhouder overweegt de rechtbank dat deze de twee dividendbesluiten heeft genomen zonder dat daartoe een concrete noodzaak/verplichting bestond, dat de recreatiepercelen vervolgens in het kader van de beide dividenduitkeringen aan haar zijn overgedragen, dat haar schuld in rekening-courant in een vordering in rekening-courant is veranderd en dat aan haar in verband met die vordering een tweede pandrecht is verleend. Volgens de rechtbank zijn daardoor in de kern alle vlottende en vaste reserves van gefailleerde overgeheveld naar de aandeelhouder, terwijl het de aandeelhouder duidelijk had moeten zijn geweest dat bij ieder liquiditeitstekort een faillissement nagenoeg onafwendbaar zou zijn. Het komt er naar het oordeel van de rechtbank op neer dat de (middellijk) bestuurders de onderneming hebben laten afkoersen op een faillissement. Door aan deze inbreuk op de rechten van de schuldeisers van gefailleerde haar medewerking te verlenen, heeft de aandeelhouder jegens deze schuldeisers volgens de rechtbank niet de zorgvuldigheid in acht genomen die in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, waarmee haar handelen jegens de gezamenlijke schuldeisers is aan te merken als onrechtmatig.

De rechtbank wijst de vorderingen in conventie toe.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 05-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:5916

Zaaknummer: 299105

Rechters: M.A.M. Vaessen

Advocaten: A.T. de Putter en E. de Jonge

Wetsartikelen: 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Greenchoice

Verzoek om machtiging tot het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag aan derden (art. 2:353 lid 3 BW) in een nog aanhangig te maken bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure afgewezen. Bestaan van een specifiek belang bij het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag onvoldoende toegelicht; dat er parallellen te trekken zijn tussen het onderzoeksverslag en het handelen van de gewezen bestuurders is onvoldoende.

Het gaat in deze zaak om een verzoek van belanghebbende Groene Energie Administratie B.V. ('Greenchoice') tot verkrijging van een machtiging tot het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag aan derden in de nog door haar aanhangig te maken procedures jegens haar gewezen bestuurder Energie Concurrent B.V. ('Energie Concurrent') en haar gewezen indirecte bestuurders.

In de onderhavige beschikking stelt de voorzitter van de OK voorop dat het in artikel 2:353 lid 3 BW neergelegde uitgangspunt van vertrouwelijkheid van het onderzoeksverslag dient ter bescherming van de belangen van de rechtspersoon, in dit geval Energie Concurrent, en dat de laatstgenoemde bezwaar heeft tegen toewijzing van het verzoek van Greenchoice. Voorts overweegt de voorzitter dat bij eerdere beschikking is geoordeeld dat uit het onderzoeksverslag blijkt van wanbeleid van Greenchoice en dat Energie Concurrent en twee van haar voormalige bestuurders hiervoor verantwoordelijk zijn.

Volgens de voorzitter staat het Greenchoice, gelet op het bepaalde in artikel 2:353 lid 3 BW, vrij om uit dat onderzoeksverslag mededelingen te doen aan derden, bijvoorbeeld in de door haar aangekondigde procedure tegen Energie Concurrent en de voormalige indirecte bestuurders, maar heeft zij nagelaten om toe te lichten dat zij daarnaast een voldoende zwaarwegend belang heeft bij het doen van mededelingen uit het onderhavige onderzoeksverslag voor zover dat betrekking heeft op de interne verhoudingen binnen Energie Concurrent en dat dit belang zwaarder weegt dan het belang van Energie Concurrent bij vertrouwelijkheid van het onderzoeksverslag. Naar het oordeel van de voorzitter heeft Greenchoice onvoldoende

toegelicht dat zij een specifiek belang heeft bij het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag en dat daarvoor het uitgangspunt van vertrouwelijkheid dient te wijken, terwijl haar stelling dat er parallellen zijn te trekken tussen het door Energie Concurrent gevoerde beleid bij Greenchoice en het handelen van de voormalige indirecte bestuurders enerzijds en de bevindingen uit het onderzoeksverslag anderzijds daartoe onvoldoende is. Hierbij acht de voorzitter het nog van belang dat Greenchoice in de gelegenheid is gesteld op het verweer tegen het machtigingsverzoek te reageren, maar van die mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt.

Het verzoek wordt afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:3792

Zaaknummer: 200.140.053/04 OK

Rechters: G.C. Makkink

Advocaten: S.C.M. van Thiel, R.Q. Potter, P.J. van der Korst, K. Rutten, C.M. Tjoa, A.N. Stoop, C.J. Scholten, R.B. Gerretsen en B.F. Assink

Wetsartikelen: 2:353 lid 2 BW