

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 08, 2019

Nummer 8, 2019

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:2019:1276](#) 19-07-2019

Aabo Trading/Bestuurder

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1279](#) 19-07-2019

Xeikon/Recalcico c.s.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1168](#) 12-07-2019

Veehouders/Raedthuys c.s.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1041](#) 28-06-2019

Curatoren Indover/Bank Indonesia

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2551](#) 16-07-2019

Curator Beheer/Beheer c.s.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2535](#) 16-07-2019

Future Life Insurance Broker

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2405](#) 09-07-2019

Concurrerende activiteiten na uittreding

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2399](#) 09-07-2019

X/werkneemster

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:4759](#) 04-06-2019

Gevi International BV. Curator/bestuurder

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:1603](#) 05-04-2019

IC Holding/Cavari Clinics c.s.

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:6863](#) 10-07-2019

Opdrachtgever/aannemer

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:6643](#) 19-06-2019

Stichting Rederij De Drie Geuzen

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:2835](#) 12-06-2019

werknemer/ Stichting Nusantara Zorg

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:5465](#) 12-04-2019

werknemer/X

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:7881](#) 31-10-2018

werknemer/Pathé Theatres B.V.

RECHTSPRAAK

Opdrachtgever/aannemer

Vordering door opdrachtgever tot schadevergoeding vanwege onrechtmatige daad door aannemer als bestuurder van gefailleerd aannemingsbedrijf, vanwege schending normen Beklamel en Ontvanger/Roelofsen. Rechtbank wijst de vordering af.

Gedaagde ('de aannemer') is enig aandeelhouder en bestuurder van een aannemingsbedrijf in de vorm van een bv ('het aannemingsbedrijf'). Het aannemingsbedrijf heeft een schriftelijke aannemingsovereenkomst gesloten met eiser ('de opdrachtgever'). De aanneemsom wordt in verschillende delen betaald. Op een gegeven moment raken partijen in conflict over de voortgang van het bouwproces en de te betalen termijnen. Uiteindelijk leidt dit ertoe dat de opdrachtgever de aannemingsovereenkomst met het aannemingsbedrijf ontbindt wegens overschrijding van de overeengekomen opleveringsdatum. Een paar maanden na ontbinding wordt het aannemingsbedrijf failliet verklaard.

De opdrachtgever vordert in de kern vergoeding van alle schade die het gevolg is van de tekortkomingen van het aannemingsbedrijf in de nakoming van de aannemingsovereenkomst. Hiertoe voert de opdrachtgever aan (i) dat aannemer bij het aangaan van de aannemingsovereenkomst wist of heeft behoren te weten dat het aannemingsbedrijf de overeenkomst niet zou kunnen nakomen, omdat het aannemingsbedrijf toen al in zwaar weer verkeerde en (ii) dat de aannemer de opdrachtgever niet tot het betalen van facturen van het aannemingsbedrijf mocht blijven bewegen, terwijl hij wist of heeft behoren te weten dat hij de aan deze facturen gekoppelde werkzaamheden niet meer zou kunnen uitvoeren. Centraal in dit geschil staat de vraag of de aannemer als bestuurder van het aannemingsbedrijf op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de schade die de opdrachtgever lijdt ten gevolge van het niet geheel nakomen door het aannemingsbedrijf van de aannemingsovereenkomst.

De rechtbank zet uiteen dat het uitgangspunt is dat alleen het aannemingsbedrijf aansprakelijk is voor schade door niet-nakoming van een verbintenis. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan ook de aannemer aansprakelijk zijn, namelijk als aan de *Beklamel*-norm of de norm uit *Ontvanger/Roelofsen* is voldaan.

Met betrekking tot de *Beklamel*-norm oordeelt de rechtbank dat het aan de opdrachtgever is om voldoende feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen, waaruit volgt dat de aannemer bij het aangaan van de aannemingsovereenkomst wist of heeft behoren te weten dat het aannemingsbedrijf niet of niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. De door de opdrachtgever aangeleverde gegevens bieden naar het oordeel van de rechtbank te weinig inzicht in de financiële toestand van het aannemingsbedrijf om de conclusie te kunnen trekken dat de aannemer geen verplichtingen had mogen aangaan jegens de opdrachtgever. Hierbij speelt een rol dat de marktvooruitzichten goed waren en de orderportefeuille van het aannemingsbedrijf destijds goed gevuld was.

Daarna behandelt de rechtbank de *Ontvanger/Roelofsen*-norm: had de aannemer inderdaad aangedrongen op betaling van facturen door de opdrachtgever, terwijl hij wist of heeft behoren te weten dat het aannemingsbedrijf de hieraan gekoppelde werkzaamheden niet meer zou kunnen uitvoeren? Het is hier wederom aan de opdrachtgever om concrete omstandigheden te stellen, en bij betwisting te bewijzen, dat dit het geval was. De rechtbank vindt de stellingen van de opdrachtgever hieromtrent onvoldoende feitelijk onderbouwd, onder andere omdat de aannemer onbetwist heeft gesteld dat hij nog bij in ieder geval twee andere opdrachtgevers projecten met onderhanden werk had, waaruit hij inkomsten verwachtte.

Op basis van het voorgaande oordeelt de rechtbank dat de aannemer niet persoonlijk aansprakelijk is.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 10-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:6863

Zaaknummer: C/09/564364 / HA ZA 18-1216

Rechters: I.C. Kranenburg

Advocaten: R.H.W. van Ewijk en M.T.J. Wilmer

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/werkneemster

Loonvordering op vennoot van vof tot uitbetaling van gewerkte overuren toegewezen. Sprake van een arbeidsovereenkomst omdat werkneemster werk heeft verricht waarvoor zij loon heeft ontvangen. Dat vof geen urenregistratie heeft bijgehouden komt voor haar rekening en risico.

Feiten

Op 20 februari 2012 is opgericht de vennootschap onder firma B ('vof') te A met als vennoten X en Y. Y is de levenspartner van werkneemster. Op 22 september 2016 heeft werkneemster met onmiddellijke ingang ontslag genomen bij werkgeefster. Y heeft op 23 september 2016 met onmiddellijke ingang de ontbinding van de vennootschap onder firma ingeroepen. Werkneemster heeft in eerste aanleg gevorderd X te veroordelen tot betaling van haar overuren; deze zijn voor € 35.041,42 niet betaald. X heeft na de ontbinding de vof feitelijk voortgezet en is aldus gehouden tot betaling van deze overuren. Tegen dit oordeel keert X zich in hoger beroep.

Oordeel

De onderhavige procedure betreft een geschil tussen X, als een van de vennoten van de vof, en een derde, werkneemster. Het hof zal zich bij de beoordeling van deze zaak beperken tot het geschil tussen werkneemster en werkgeefster. Met X constateert het hof dat de in het geding gebrachte arbeidsovereenkomst niet is ondertekend. Door X is echter niet met kracht van argumenten betwist dat werkneemster werkzaamheden heeft verricht voor de vof waarvoor zij ook loon heeft ontvangen. Daarmee is reeds sprake van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW. Hoewel in de ongetekende arbeidsovereenkomst is opgenomen dat werkneemster een fulltime (38 uur) dienstverband heeft, gaat het hof uit van de door werkneemster gestelde 15,5 uur per week. Uit de door werkneemster in het geding gebrachte overzichten leidt het hof verder af dat het dienstverband van werkneemster vanaf januari 2016 25 uur per week is gaan bedragen. X heeft niet voldoende (gemotiveerd) betwist dat als komt

vast te staan dat werknemster overuren heeft gewerkt, deze uitbetaald moeten worden. X betwist wel de omvang van de door werknemster gestelde overuren. Het hof gaat uit van de juistheid van de door werknemster in het geding gebracht overzicht van de gemaakte overuren, aangezien X haar betwisting van het door werknemster genoemde aantal uren op geen enkele wijze motiveert of onderbouwt, bijvoorbeeld door daarvan een deugdelijke vorm van registratie bij te houden of over te leggen. Het komt voor haar rekening dat zij, als vennoot van de vof, werkgeefster van werknemster, dat niet heeft gedaan dan wel daarop niet heeft toegezien. Uit het door werknemster overgelegde overzicht volgt een totaal van 5.076,11 aan uren. Werknemster komt een brutobedrag van € 52.486,98 toe. Het hof zal X veroordelen tot betaling van het netto-equivalent van € 52.486,98. Door werknemster is een nettobedrag gevorderd, het hof zal de veroordeling tot betaling dan ook maximeren tot dat bedrag, indien het netto-equivalent van € 52.486,98 bruto hoger mocht zijn. Dat de overuren niet zijn opgenomen in de (concept)jaarrekening en/of zijn besproken met de accountant betreft een discussie tussen de vof en de accountant en deze kan niet aan werknemster worden tegengeworpen, omdat zij niet betrokken is bij het opstellen van de jaarrekening en/of de besprekingen met de accountant. Voorgaande heeft ook te gelden voor het verweer van X dat zij geen inzicht had in de banktransacties van de vof. Dit kan niet aan werknemster worden tegengeworpen nu het niet inzien van de banktransacties van de vof voor rekening en risico van X moet komen. Ten slotte is gesteld noch gebleken dat de vordering van werknemster is verjaard. Ingevolge artikel 18 WvK is iedere vennoot van de vof hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap. Het hof zal X als vennoot van de vof dan ook veroordelen tot betaling van de in het voorgaande vastgestelde bedragen aan werknemster.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2399

Zaaknummer: 200.231.414_01

Rechters: P.P.M. Rousseau, R.A. van der Pol en J.G.J. Rinkes

Advocaten: F.T. Hiemstra en B.H. Vader

Wetsartikelen: 7:610 BW en 18 WvK

RECHTSPRAAK

Curatoren Indover/Bank Indonesia

Hoge Raad verwerpt vorderingen curatoren Indover op Bank Indonesia (art. 81 RO).

De Indonesische Overzees Bank ('Indover') is een Nederlandse kredietinstelling die de zakelijke markt bedient. De klanten van Indover kwamen voornamelijk uit Oost-Azië, met name Indonesië. Als gevolg van een financiële crisis in Oost-Azië in 1997 verslechterde de liquiditeitspositie van Indover. Bank Indonesia, de centrale bank van Indonesië en de enig aandeelhouder van Indover, heeft herhaaldelijk verklaard ervoor te zorgen dat Indover aan haar verplichtingen zal blijven voldoen, onder meer in een persbericht en een brief aan De Nederlandsche Bank.

Op 6 oktober 2008 heeft de Rechtbank Amsterdam de noodregeling uitgesproken ten aanzien van Indover. Op 1 december 2008 heeft de Rechtbank Amsterdam Indover failliet verklaard. Bank Indonesia heeft een vordering van € 43,5 miljoen ingediend in het faillissement. Curatoren betwisten de vordering van Bank Indonesia niet, maar beroepen zich op verrekening. Curatoren stellen dat zij een vordering van € 97 miljoen op Bank Indonesia hebben, primair omdat Bank Indonesia haar garantieverplichting jegens Indover niet is nagekomen en subsidiair omdat Bank Indonesia onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van Indover (een zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering). Bank Indonesia vordert in de onderhavige renvooiprocedure (art. 122 Fw) toelating van haar vordering als concurrente vordering.

Curatoren stellen dat, gelet op de uitlatingen van Bank Indonesia en het vertrouwen dat Indover daaraan mocht ontleen, een overeenkomst tot stand is gekomen op grond waarvan Bank Indonesia verplicht is ervoor te zorgen dat Indover aan haar verplichtingen zal blijven voldoen.

De rechtbank heeft de vordering van Bank Indonesia toegelaten als concurrente vordering en het beroep op verrekening van curatoren afgewezen. In hoger beroep heeft het gerechtshof geoordeeld dat Indonesisch recht, als het recht van het land waar de kenmerkende prestatie zou moeten worden verricht (art. 4 lid 2 EVO), van toepassing is op de vraag of een

overeenkomst tussen Indover en Bank Indonesia tot stand is gekomen. De vereiste toestemming voor totstandkoming van een overeenkomst naar Indonesisch recht kan naar het oordeel van het gerechtshof niet worden afgeleid uit de verklaringen van Bank Indonesia. Ten aanzien van de Peeters/Gatzen-vordering oordeelt het gerechtshof dat voor zover deze vordering is gebaseerd op het bestaan van een garantieverplichting, niet is gebleken van het bestaan van een garantieverplichting. Voor zover de Peeters/Gatzen-vordering is gebaseerd op andere vermeende onrechtmatige gedragingen van Bank Indonesia, zijn deze gedragingen niet jegens alle schuldeisers onrechtmatig. De Peeters/Gatzen-vordering is dus in zoverre niet ten behoeve van alle schuldeisers ingesteld.

Curatoren stellen cassatie in van het arrest. De conclusie van de advocaat-generaal in cassatie strekt tot verwerping van het cassatieberoep. Curatoren voeren aan dat niet het EVO, maar de Wet Conflictenrecht Corporaties (WCC) van toepassing is, zodat ingevolge artikel 3 sub b WCC Nederlands recht van toepassing is op de primaire vordering van curatoren. De advocaat-generaal concludeert dat de WCC enkel ziet op het inwendige stelsel van een rechtspersoon en niet op de garantieverplichting. Curatoren voeren aan dat ingevolge artikel 4 lid 5 EVO Nederlands recht van toepassing is op de garantieverplichting, omdat uit het geheel van omstandigheden blijkt dat de vermeende overeenkomst een nauwere band met Nederland dan Indonesië heeft. De advocaat-generaal concludeert dat het gerechtshof ten onrechte door curatoren aangevoerde omstandigheden niet lijkt te hebben betrokken bij zijn oordeel. Desalniettemin slaagt de klacht niet, omdat naar Nederlands recht net zoals naar Indonesisch recht toestemming van beide partijen is vereist en daarvan niet is gebleken. Curatoren hebben daarom geen belang bij hun klacht. De advocaat-generaal concludeert vervolgens dat het oordeel van het gerechtshof dat geen sprake is van een garantieverplichting niet onbegrijpelijk is en dat die uitleg sterk met de feiten is verweven en daarom in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht. Ten aanzien van de Peeters/Gatzen-vordering concludeert de advocaat-generaal dat het gerechtshof terecht heeft geoordeeld dat curatoren niet-ontvankelijk zijn, omdat curatoren de vordering niet ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers hebben ingesteld, maar enkel ten behoeve van bepaalde schuldeisers. De Hoge Raad doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

M.S. Breeman, juli 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 28-06-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1041

Zaaknummer: 18/00648

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

Advocaten: W. van Hemel, J.P. Heering en G.R. den Dekker

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Rederij De Drie Geuzen

Ontslag bestuurder stichting. De rekestenrechter wijst het verzoek tot ontslag af omdat het ontslagbesluit geldig is. De rechtbank wijst de aanvechting van het ontslag af omdat de beschikking van de rekestenrechter gezag van gewijsde heeft verkregen.

Op 24 juni 2004 is de Stichting Rederij De Drie Geuzen ('de Stichting') opgericht. De Stichting heeft volgens haar statuten ten doel: 'het onderhouden en laten varen van authentieke reddingsloepen en vletten in al haar verschijningsvormen (...)'. Sinds 2008 zijn Bestuurder 1 en Bestuurder 2 bestuurder van de Stichting. Op 25 april 2017 wordt aan Bestuurder 1 telefonisch medegedeeld dat hem ontslag op staande voet wordt aangezegd omdat hij al varende tweemaal door de politie is aangehouden, waarbij hij zijn vaarbewijs heeft moeten inleveren omdat hij te veel alcohol had genuttigd. Bestuurder 1 berust niet in zijn ontslag. Daarom heeft Bestuurder 2 op 23 november 2017 bij de rechtbank een verzoek tot ontslag van Bestuurder 1 op grond van artikel 2:298 BW ingediend. De rekestenrechter oordeelt dat het ontslag van de bestuurder heeft plaatsgevonden conform de statuten van de Stichting. De rekestenrechter stelt daarmee vast dat Bestuurder 1 sinds 25 april 2017 geen bestuurder meer is van de Stichting. Het verzoek van Bestuurder 2 wordt dan ook afgewezen, omdat Bestuurder 1 inmiddels al geen bestuurder meer is. Tegen de beschikking van de rekestenrechter wordt geen hoger beroep ingesteld.

In de procedure voor de rechtbank vordert Bestuurder 1 vervolgens een verklaring voor recht dat het ontslagbesluit (i) nietig is op grond van artikel 2:14 BW, dan wel (ii) het besluit te vernietigen op grond van artikel 2:15 BW.

De rechtbank oordeelt dat de beschikking van de rekestenrechter kracht van gewijsde heeft. Anders dan Bestuurder 1 voorstaat, is met de beslissing van de rekestenrechter dat het ontslag heeft plaatsgevonden op de door de statuten voorgeschreven wijze – en dat Bestuurder 1 vanaf 25 april 2017 derhalve geen bestuurder van de Stichting meer is – niet louter het bestaan van een feit vastgesteld. De rekestenrechter heeft aan de betreffende feitelijke beslissing immers rechtsgevolgen verbonden, namelijk dat het verzoek tot ontslag niet (ook nog, nu Bestuurder 1

reeds rechtsgeldig is ontslagen) kan worden toegewezen. Daarmee maakt die feitelijke beslissing onderdeel uit van de beslissing omtrent de rechtsbetrekking in geschil. Aan een dergelijke beslissing komt gezag van gewijsde toe in een volgend geding tussen dezelfde partijen, ongeacht of die beslissing is neergelegd in een dictum of – zoals in casu – uitsluitend deel uitmaakt van de overwegingen. De rechtbank komt tot de slotsom dat het beroep van de Stichting en Bestuurder 2 op het gezag van gewijsde slaagt. Dit betekent dat als vaststaand wordt aangenomen dat het aan Bestuurder 1 gegeven ontslag in overeenstemming met de statuten en rechtsgeldig is. De rechtbank wijst het door Bestuurder 1 gevorderde af.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 19-06-2019

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:6643

Zaaknummer: C/09/547456/ HA ZA 18-147

Rechters: N.E.M. de Coninck

Advocaten: M. Verberkmoes-Cota en D.A. Beck

Wetsartikelen: 2:14 BW, 2:15 BW, 2:298 BW en 236 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/ Stichting Nusantara Zorg

Ontslag op staande voet van bestuurder Stichting is niet onverwijld gegeven en wordt vernietigd. Wel ontbinding van de arbeidsovereenkomst, vanwege verwijtbaar handelen/nalaten. Bestuurder heeft de stichting te veel geleid als eigen onderneming en de raad van toezicht onvoldoende geïnformeerd.

Feiten

Werknemer is op 13 september 2013 in dienst getreden bij de Stichting Nusantara Zorg ('Nusantara') en daarbij tevens benoemd tot statutair bestuurder. Op 21 november 2018 heeft de RvT aan werknemer meegedeeld dat de RvT heeft besloten 'naar aanleiding van ontvangen signalen' Verstegen Forensics B.V. ('Verstegen') vertrouwelijk een administratief feitenonderzoek te laten verrichten naar transacties die zijn geïnitieerd door of gerelateerd aan de raad van bestuur. Verstegen heeft op 18 december 2018 een rapport uitgebracht aan de RvT ('het rapport'). Werknemer heeft het rapport op 21 december 2018 ontvangen van de RvT. Op 4 februari 2019 heeft de RvT werknemer op staande voet ontslagen. Werknemer verzoekt de kantonrechter onder meer om het ontslag op staande voet te vernietigen. Nusantara verzoekt de kantonrechter – voor zover wordt geoordeeld dat het ontslag op staande voet dient te worden vernietigd – de arbeidsovereenkomst (voorwaardelijk) te ontbinden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding.

Oordeel

Nusantara heeft onvoldoende inzichtelijk gemaakt dat zij in de periode na 21 december 2018 tot de ontslagdatum van 4 februari 2019 voldoende voortvarend heeft gehandeld om nog van een onverwijld gegeven ontslag in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW te kunnen spreken. Bij brief van 21 december 2018 is werknemer meegedeeld dat nader onderzoek verricht zou worden en dat hij in dat kader 'binnenkort' uitgenodigd zal worden ter bespreking van 'het één en ander'. Die bespreking heeft pas op 1 februari 2019 plaatsgevonden. Zelfs indien belangrijke medewerkers uit de organisatie zijn uitgevallen en een vakantieperiode is aangebroken, kan

niet worden ingezien dat dit onderzoek zes weken in beslag heeft moeten nemen, zonder dat de werknemer om wie het gaat wordt gehoord of ten minste op de hoogte gehouden wordt van de (zeer trage) voortgang van het onderzoek. De gevraagde vernietiging zal worden uitgesproken, evenals de verzochte doorbetaling van loon, vakantiebijslag en overige emolumenten en de wettelijke rente daarover. Vervolgens komt de vraag aan de orde of sprake is van een dringende reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Uit de stukken komt het beeld naar voren van een zeer gedreven bestuurder die de stichting heeft geleid alsof het zijn eigen onderneming was, zonder daarbij voldoende te letten op de te onderscheiden bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de RvT en de bestuurder. Daarbij zijn, wellicht ook door te weinig concreet toezicht, de grenzen van die bevoegdheden overschreden. De RvT heeft kennelijk wel getracht een en ander in het zicht te houden, maar kwam aanvankelijk niet verder dan dringende verzoeken. Toen na de melding over zorgen bij de accountant ook door klokkenluiders aan de bel getrokken werd, heeft de RvT de touwtjes strak getrokken. Daarna zijn zaken naar voren gekomen en uitgezocht die niet aan de regels voldoen. Het rapport benoemt onder meer dat werknemer in 2018 als bestuurder een lening is aangegaan met een Indonesische partnerorganisatie, zonder daarvoor vooraf toestemming te vragen van de RvT. Volgens de statuten van Nusantara is een dergelijke toestemming wel vereist. Werknemer is in elk geval bij enkele feiten buiten de bevoegdheden gegaan die hij als bestuurder had en heeft gehandeld in strijd met de bestaande normen. Dit wordt hem terecht door Nusantara zwaar aangerekend. Het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal toegewezen worden, waarbij het einde van de arbeidsovereenkomst zal worden bepaald op 1 juli 2019. Nu sprake is van ernstig verwijtbaar handelen bestaat geen aanspraak op een transitievergoeding. Ook de verzochte veroordeling tot schadevergoeding is niet toewijsbaar. Voor wat betreft de verzoeken ten aanzien van het (rechtspersoonlijke) besluit van Nusantara tot ontslag van werknemer als statutair bestuurder ontbreekt de bevoegdheid bij de kantonrechter om dit te beoordelen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 12-06-2019

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2019:2835

Zaaknummer: 7661129 HA VERZ 19-25

Rechters: M. Engelbert-Clarenbeek

Advocaten: P.A. Boontje en O. Planten

Wetsartikelen: 2:14 BW, 2:15 BW, 7:625 BW, 7:672 BW, 7:673 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X

Is de bestuurder aan te merken als statutair bestuurder? Ontslag van statutair directeur. Vordering tot toekenning billijke vergoeding wordt toegewezen. Ernstig verwijt werkgever omdat statutair directeur zich kort voor het ontslagtraject borg heeft gesteld. Toekenning (on)voorwaardelijk billijke vergoeding in termijnen.

Feiten

De onderneming X is begin 2014 gestart door werknemer, A en B, die ook ieder (indirect) aandelen in X zijn gaan houden. Werknemer en A zijn per 1 maart 2014 in dienst getreden van X als *store manager*. Bij notariële akte van 11 april 2014 is X formeel opgericht en zijn de respectievelijke persoonlijke vennootschappen van werknemer ('BV'), A en B benoemd tot statutair bestuurders van X. Tussen werknemer en A is vervolgens onenigheid ontstaan. Bij brief van 4 juli 2018 is werknemer opgeroepen voor een algemene vergadering van X met als agendapunt het voorgenomen ontslag van de BV als statutair bestuurder van X. Werknemer is niet verschenen. De BV is tijdens de algemene vergadering als statutair bestuurder ontslagen. Tevens is besloten de arbeidsrelatie met werknemer te beëindigen per 1 september 2018. De rechtbank heeft bij beschikking van 15 november 2018 de arbeidsovereenkomst tussen partijen voorwaardelijk ontbonden per 1 januari 2019, onder toekenning van een transitievergoeding, waarbij de proceskosten zijn gecompenseerd. Werknemer verzoekt in deze zaak de kantonrechter onder meer om X te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding.

Oordeel

Met betrekking tot de vraag of werknemer ten tijde van de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst kwalificeerde als statutair bestuurder deelt de rechtbank in dit geding het oordeel van de rechter zoals neergelegd in de beschikking van 15 november 2018, waarin is geconcludeerd dat werknemer moet worden aangemerkt als statutair bestuurder. Het in dit geding gevoerde verweer van werknemer dat hij niet als statutair bestuurder kan worden

beschouwd omdat hij niet als zodanig is benoemd, moet worden verworpen omdat zijn persoonlijke management-bv wel als zodanig is benoemd en hij bovendien feitelijk in persoon als bestuurder is opgetreden, welke situatie geheel gelijk moet worden gesteld aan een persoonlijke benoeming als bestuurder. Voor hetgeen de rechtbank omtrent de redelijke ontslaggrond heeft overwogen bij beschikking van 15 november 2018, wordt naar deze uitspraak verwezen. Partijen hebben hierover in dit geding nogmaals hun standpunten naar voren gebracht. Voor zover werknemer aanvullende verklaringen van betrokkenen in het geding heeft gebracht, zijn dat verklaringen van personen die vinden dat werknemer wel goed functioneerde. Die verklaringen kunnen aan de door de rechtbank in die beschikking aangenomen g-grond en h-grond niet afdoen, gezien de situatie die is gerezen tussen werknemer en A. Wat betreft de billijke vergoeding geldt het volgende. Het ernstige verwijt dat X gemaakt kan worden is dat zij werknemer geen kans op herstel heeft gegeven in die zin dat hem te verstaan is gegeven dat de klachten omtrent zijn functioneren zo zwaar wogen dat als zijn inzet niet zou verbeteren door de andere aandeelhouders een ontslagprocedure zou worden voorbereid. Dat is temeer het geval nu nog vlak voordat de ontslagprocedure werd ingezet van werknemer werd gevergd dat hij tot zekerheid voor een te verstrekken krediet een borgstelling voor een bedrag van € 100.000 ondertekende, die nog altijd van kracht is. De rechtbank acht het ernstig verwijtbaar dat in een periode waarin ten minste duidelijk moet zijn geweest dat de andere aandeelhouders zouden kunnen aansturen op ontslag daarover aan werknemer geen duidelijkheid is gegeven en pas nadat de borgstelling 'binnen was' het ontslagtraject is ingezet. De rechtbank zal een billijke vergoeding toekennen van € 120.000. Deze zal, zoals verzocht, mogen worden betaald in termijnen. Van die vergoeding wordt € 20.000 onvoorwaardelijk toegekend en € 100.000 onder een ontbindende voorwaarde, te weten dat de uit hoofde van dit deel van de schadevergoeding te betalen termijnen niet langer verschuldigd zullen zijn vanaf het moment dat werknemer volledig wordt bevrijd van zijn verplichtingen uit hoofde van de genoemde borgstelling.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 12-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2019:5465

Zaaknummer: C/13/660313 / HA RK 19-7

Rechters: R.H.C. Jongeneel

Advocaten: Th.H.P. van den Kieboom en L.M. Noordzij

Wetsartikelen: 2:241 BW, 7:669 lid 3 sub g BW, 7:669 lid 3 sub h BW, 7:671b BW, 7:681 BW, 7:682 BW en 7:686a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Pathé Theatres B.V.

Financieel directeur die ongewild meewerkt aan fraude en ruim 19 miljoen euro overmaakt aan fraudeurs (die zich voordeden als de CEO) is ten onrechte op staande voet ontslagen. Geen dringende reden. Wel verwijtbaar handelen. Toewijzing ontbindingsverzoek (e-grond).

Feiten

Werknemer is per 1 januari 2018 in dienst bij Pathé Theatres B.V. ('Pathé') als financieel directeur. Vanaf het e-mailadres van de CEO van de moedervereniging van Pathé kwamen bij werknemer en de algemeen directeur ('X') in maart 2018 verzoeken binnen om geld over te maken naar een externe partij. In totaal hebben werknemer en X in zo'n drie weken tijd op verzoek van de CEO ruim € 19.200.000 overgemaakt. Nadat bij de moedervereniging vragen rezen over de transacties, werd eind maart 2018 duidelijk dat Pathé slachtoffer was geworden van zogeheten CEO-fraude. Werknemer en X zijn op 29 maart 2018 geschorst. Pathé heeft vervolgens aan een recherchebureau opdracht gegeven onderzoek te doen. Uit het onderzoeksrapport volgde dat niet is aangetoond dat werknemer kennis van de fraude heeft gehad. Op 26 april 2018 is werknemer op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief is hem voorgehouden dat hij een groot aantal 'red flags' heeft genegeerd. Werknemer verzoekt thans vernietiging van het ontslag op staande voet. Pathé verzoekt voor zover de arbeidsovereenkomst nog mocht bestaan deze te ontbinden vanwege verwijtbaar handelen, althans een verstoorde arbeidsverhouding.

Oordeel

Dringende reden voor ontslag op staande voet

Werknemer was eindverantwoordelijk voor de financiën van Pathé. In dat kader werd hij benaderd door de algemeen directeur met het oog op het verrichten van een aantal grote betalingen in opdracht van de twee hoogstgeplaatste personen binnen het Pathéconcern. Dat is op zich geen reden die betalingen klakkeloos uit te voeren, zeker als er geen relatie is met de Nederlandse vereniging. Werknemer heeft dat echter ook niet gedaan, maar heeft

aangedrongen op bevestiging van de te verrichten betalingen. Die bevestiging is er ook gekomen. Vervolgens is een aantal betalingen verricht terwijl werknemer op vakantie was en in die periode is eveneens het aanvragen van gelden uit de cash-pool bij de moederverenootschap in gang gezet. Na terugkomst van zijn vakantie heeft werknemer de financiële afhandeling van de verzoeken die alle via X binnenkwamen weer op zich genomen. Tot de betaling van de laatste tranche van de beweerdelijke transactie waren er geen bijzondere nieuwe omstandigheden die voor werknemer reden hadden moeten zijn zijn opstelling te wijzigen. Vervolgens hebben na betaling van de laatste tranche nog twee grote betalingen plaatsgevonden. Dat lag enerzijds niet voor de hand en uit de correspondentie blijkt dat in ieder geval X zich hierover verbaasde. Anderzijds had X met in haar kielzog werknemer zich er inmiddels van laten overtuigen daadwerkelijk met de twee hoogstgeplaatste personen van Pathé te maken te hebben, zodat niet onbegrijpelijk is dat ook de latere opdrachten zijn uitgevoerd. Daarbij is nog van belang dat onweersproken is gebleven dat bij Pathé ook grotere bedragen omgaan zodat betalingen met grote omvang op zichzelf nog geen reden zijn voor achterdocht. Dit wordt bevestigd door het feit dat het hoofdkantoor in Frankrijk zonder problemen of vragen betalingen vanuit de cash-pool uitvoerde. Naar het oordeel van de kantonrechter had in de laatste fase meer oplettendheid van werknemer mogen worden verwacht, maar het ontbreken daarvan is onvoldoende om een dringende reden op te leveren. De conclusie die het door Pathé ingeschakelde recherchebureau trekt, ligt hiermee in lijn. Al met al is van een dringende reden geen sprake. De kantonrechter vernietigt het ontslag.

Ontbindingsverzoek (e-grond)

De kantonrechter oordeelt dat wel sprake is van verwijtbaar handelen van werknemer, zeker in de fase waarin de beweerdelijke transactie was afgerond. Een plausibele uitleg voor de twee grote vervolgbetalingen die toen nog plaatsvonden werd immers niet gegeven. Van werknemer had een kritischer houding mogen worden verwacht. De volgende vraag is dan of dit verwijtbare handelen van werknemer zodanig is dat van Pathé niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Daarbij is van belang dat werknemer als financieel eindverantwoordelijke het vertrouwen van de (middellijk) aandeelhouder en de (huidige) statutair bestuurder nodig heeft. Duidelijk is dat dit vertrouwen er niet meer is. Het wegvallen van dat vertrouwen is gezien de gang van zaken ook begrijpelijk en levert naar het oordeel van de kantonrechter de situatie op dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet van Pathé gevegd kan worden. Herplaatsing ligt gezien het voorgaande evenmin in de rede. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 31-10-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:7881

Zaaknummer: 7018728 EA VERZ 18-544

Rechters: C.W. Inden

Advocaten: M.M. Govaert en H. ten Have

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 sub e BW, 7:671b BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Xeikon/Recalcico c.s.

Vormfout OK leidt tot schending beginsel hoor en wederhoor bij vaststellen wanbeleid. Gedeeltelijke vernietiging beschikking OK door Hoge Raad, terugverwijzing ter verdere behandeling.

Xeikon N.V. ('Xeikon'), een vennootschap waarvan de aandelen tot 19 maart 2014 beursgenoteerd waren, heeft in 2008 een bancaire kredietfaciliteit van € 75 miljoen aangetrokken. In de ondertekende documentatie ('de *Clubdeal*') werd bedongen dat het maximale bedrag dat Xeikon aan haar grootaandeelhouder Punch International N.V. ('Punch') mocht uitlenen, beperkt werd tot € 15 miljoen ('de Upstreaming'). Later werd duidelijk dat Xeikon € 45 miljoen van de € 60 miljoen aan opgenomen kredietfaciliteit uitgeleend had aan Punch en dat Punch niet over voldoende liquide middelen beschikte om de Upstreaming ongedaan te maken. Hierna is de raad van commissarissen van Xeikon ermee akkoord gegaan dat Punch haar schuld aan Xeikon zou terugbetalen door overdracht van (i) de aandelen die Punch in het beursgenoteerde Accentis N.V. ('Accentis') had verworven en (ii) een vordering van Punch op Accentis (het 'Accentis Belang'). De beurskoers van Accentis is de dag van de overdracht en de dagen daarna sterk gedaald.

Op verzoek van Recalcico Beheer B.V. ('Recalcico') heeft de OK bij beschikking vastgesteld dat sprake is van wanbeleid bij Xeikon ten aanzien van de Upstreaming en de verwerving van het Accentis Belang. In deze beschikking stelt de OK vast dat twee bestuurders ('X' en 'Y') en één commissaris ('A') verantwoordelijk zijn voor de Upstreaming en dat drie commissarissen ('B', 'C' en 'D') verantwoordelijk zijn voor de verwerving van het Accentis Belang. De Ondernemingskamer heeft hierna op verzoek van Commissaris D een verbeteringsbeschikking getroffen. Op grond van een kennelijke fout is het dictum aangepast als bedoeld in artikel 31 lid 1 Rv, door daaraan X, Y en A toe te voegen als personen die ook verantwoordelijk zijn voor het vastgestelde wanbeleid met betrekking tot de verwerking van het Accentis Belang.

Bestuurder X, die bij beide beschikkingen niet is verschenen, komt in cassatie op tegen de verbeteringsbeschikking. Op grond van artikel 426 lid 1 Rv kunnen degenen die in een van de

vorige instanties verschenen zijn tegen beschikkingen op rekest cassatieberoep instellen binnen drie maanden. De Hoge Raad overweegt dat artikel 426 lid 1 Rv niet strekt tot uitsluiting van niet-verschenen belanghebbenden die buiten hun schuld niet in vorige instantie verschenen zijn. Omdat bestuurder X ondeugdelijk is opgeroepen – de OK heeft hem voor de mondelinge behandeling in de tweede fase opgeroepen bij gewone brief op zijn oude adres – kan hij wel cassatieberoep instellen. Artikel 31 lid 4 Rv (dat bepaalt dat tegen de verbetering van een kennelijke fout geen voorziening openstaat) staat niet in de weg aan het cassatieberoep, omdat de klacht in cassatie inhoudt dat de OK buiten het toepassingsgebied van artikel 31 Rv is getreden. Volgens vaste rechtspraak levert dit grond voor behandeling in cassatie op. Het cassatieberoep is derhalve ontvankelijk.

Recalcico heeft in de procedure bij de OK in een nadere schriftelijke reactie gesteld dat de Upstreaming wanbeleid is. Bestuurder X klaagt dat hij ten onrechte niet door de OK is opgeroepen om zich hierover uit te laten. Als gevolg daarvan kan het oordeel van de OK dat bestuurder X verantwoordelijk is voor het wanbeleid niet in stand blijven. De Hoge Raad overweegt dat de OK bestuurder X ten onrechte niet opnieuw heeft opgeroepen nadat Recalcico haar verzoek vermeerderde. Op grond van artikel 283 Rv in verbinding met artikel 130 lid 3 Rv is een vermeerdering van verzoek uitgesloten tegen een partij die niet in het geding verschenen is, tenzij de vermeerdering per exploit kenbaar is gemaakt. Samengenomen met de vaststelling dat bestuurder X überhaupt op ondeugdelijke wijze door de OK is opgeroepen, overweegt de Hoge Raad dat bestuurder X geen gelegenheid heeft gehad zich te verweren tegen het vermeerderde verzoek. Bij gebreke daarvan kan de beschikking niet in stand blijven door schending van het beginsel van hoor en wederhoor.

Daarnaast klaagt bestuurder X dat de OK met de verbeteringsbeschikking buiten het toepassingsgebied van artikel 31 Rv is getreden. Ook deze klacht slaagt, aldus de Hoge Raad. Nu debat mogelijk is over de vraag bij wie de OK in haar beschikking de verantwoordelijkheid heeft gelegd voor het wanbeleid bij de verwerving van het Accentis Belang, is geen sprake van een kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent in de zin van artikel 31 lid 1 Rv. De OK is derhalve buiten het toepassingsgebied van artikel 31 Rv getreden. Artikel 31 lid 2, tweede zin Rv schrijft voorts voor dat de rechter niet tot verbetering overgaat dan nadat partijen in de gelegenheid zijn gesteld daarop te reageren. Bestuurder X heeft vanwege de ondeugdelijke oproep geen gelegenheid gehad zich over de verbetering uit te laten waardoor het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden.

De Hoge Raad vernietigt de beschikkingen van de OK. De OK moet opnieuw beoordelen of zich bij de Upstreaming en de verwerving van het Accentis Belang wanbeleid heeft voorgedaan en (eventueel) wie daarvoor verantwoordelijk zijn. Daarover zal zij een voor alle partijen en belanghebbenden bindend oordeel moeten geven.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 19-07-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1279

Zaaknummer: 18/01935, 18/01950 en 18/02407

Rechters: C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: R.L.M.M. Tan, M.E. Bruning, J.P. Heering en M.B.A. Alkema

Wetsartikelen: 31 Rv, 277 Rv en 426 Rv

RECHTSPRAAK

Aabo Trading/Bestuurder

Stelplicht en bewijslast bij de stortingsaansprakelijkheid. Een oud-crediteur van een failliete vennootschap spreekt de indirect bestuurder aan op grond van de stortingsaansprakelijkheid (art. 2:180 (oud) BW). Anders dan de rechtbank wijst het hof de vorderingen af omdat de oud-crediteur deze onvoldoende zou hebben onderbouwd. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof vanwege niet op elkaar aansluitende motivering in het tussenarrest en het eindarrest.

Een bv die een bouwbedrijf uitoefent ('A BV') is op 8 juli 2005 opgericht door een tweede bv ('B BV'). Een week daarvoor, op 1 juli 2005, is door een derde bv ('C BV') een bedrag van € 18.000 overgemaakt naar de rekening van A BV i.o. onder vermelding van 'overboeking tegoed tbv oprichting [...] B.V.'. Na afgifte van de bankverklaring is dit bedrag op 5 juli teruggeboekt naar de rekening van C BV, onder vermelding van 'overboeking tegoed'. Verweerder in cassatie ('verweerder') is enig aandeelhouder en bestuurder van een vierde B.V. ('D BV'). D BV is enig aandeelhouder en bestuurder (geweest) van A BV. B BV heeft diens aandelen in A BV namelijk in 2006 aan D BV verkocht. Hierbij werd zowel in het aandeelhoudersregister vermeld als in de akte van overdracht gegarandeerd dat de aandelen waren volgestort.

Medio 2009 hebben Aabo Trading Drachten B.V., Aabo Trading Almere B.V., Aabo Trading Breda B.V. en Aabo Trading Eindhoven B.V., eiseressen tot cassatie (tezamen 'Aabo'), bouwmaterialen gekocht en geleverd aan A BV. Voorts is A BV in november 2009 failliet verklaard.

In deze procedure vordert Aabo schadevergoeding van verweerder op grond van artikel 2:180 lid 2 aanhef en onder b (oud) BW. Op grond van dat artikel is een bestuurder, zolang het volledige voorgeschreven minimumkapitaal niet is gestort, naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor alle verrichte rechtshandelingen die de vennootschap binden. Het minimumkapitaalvoorschrift bij de bv is vervallen bij inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, maar de stortingsaansprakelijkheid geldt nog steeds indien al aan de eisen van artikel 2:180 (oud) BW was voldaan voor inwerkingtreding

van voornoemde wet.

Aabo betoogt (en in cassatie wordt aangenomen) dat inderdaad aan die eisen was voldaan. Ook is, aldus Aabo, noch bij oprichting van A BV, noch toen D BV bestuurder werd van A BV, voldaan aan de stortingsplicht. Omdat Aabo hier gedurende de procedure achter kwam – namelijk toen zij het verslag van de curator las – heeft zij artikel 2:180 (oud) BW pas in de loop van de procedure als grond voor haar vordering aangevuld en onderbouwd. Aabo stelt dat, nu verweerder bestuurder was van D BV, deze aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW (ook) bij verweerder ligt.

De rechtbank is in het betoog van Aabo meegegaan. Het hof daarentegen overweegt dat bij de vraag of aan de volstortingsverplichting is voldaan, gekeken moet worden of (i) het aan C BV teruggeboekte bedrag ter beschikking van A BV is blijven staan en (ii) dit een zakelijke lening betrof. Hierbij is van belang waarom het saldo destijds meteen weer is teruggeboekt en of het op elk moment volledig kon worden opgevraagd door A BV. Mede omdat Aabo pas op een later moment artikel 2:180 (oud) BW als grond voor haar vordering toevoegde en verweerder de niet-volstorting eerst niet betwiste, mist het hof informatie met betrekking tot deze vragen. Het hof wijst daarom een tussenarrest waarin ze om antwoorden vraagt en herhaalt dat de stelplicht en bewijslast op Aabo rusten. Ondanks de nadere informatie die Aabo geeft, verwerpt het hof in het eindarrest de vorderingen omdat Aabo onvoldoende (onbetwist) heeft gesteld en bewezen dat niet aan de stortingsplicht was voldaan.

De Hoge Raad gaat in op één van de vijf klachten van Aabo. Deze klacht luidt dat het hof in zijn eindarrest een merkwaardige wending maakt ten opzichte van zijn tussenarrest. Het hof vraagt in het tussenarrest namelijk om meer informatie met betrekking tot de vraag of het teruggeboekte geld ter beschikking van A BV is blijven staan, maar bespreekt de door Aabo gegeven antwoorden niet of nauwelijks in het eindarrest. Het oordeelt enkel dat het door Aabo gestelde summier is en verweerder het gestelde voldoende heeft betwist.

De Hoge Raad overweegt dat het hof gezien de gang van zaken onvoldoende heeft gemotiveerd waarom het betoog van Aabo (te) summier was. Hierbij is van belang dat Aabo pas later het verslag van de curator onder ogen kreeg en iedere keer naar dit verslag verwees en verweerder in eerste aanleg de niet-volstorting niet betwiste, waardoor Aabo toen niet genoodzaakt was de niet-volstorting uitgebreid te motiveren. Tot slot gaf Aabo na het tussenarrest antwoord op verschillende vragen omtrent het al dan niet ter beschikking staan van het geld, maar gaat het hof zelf niet op de gegeven antwoorden in.

Van de overige vier klachten worden er twee afgedaan met verwijzing naar artikel 81 lid 1 RO en behoeven er twee aldus de Hoge Raad geen behandeling. De Hoge Raad vernietigt het

arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden en verwijst het geschil naar Hof Den Bosch. Verweerder wordt veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie.

De uitspraak volgt de conclusie van A-G De Bock.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 19-07-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1276

Zaaknummer: 18/01481

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, T.H. den Tanja-van Broek en M.J. Kroeze

Advocaten: M.J. van Basten-Batenburg en J. den Hoedt

Wetsartikelen: 2:18o (oud) BW

RECHTSPRAAK

Curator Beheer/Beheer c.s.

Procedure na cassatie en verwijzing. Vordering van de curator wegens onrechtmatige uitkering van dividend vlak voor faillissement. Curator vordert vergoeding van boedeltekort dan wel terugbetaling van de dividenduitkering.

Het betreft een vennootschap ('Techniek') die een tussentijds dividend heeft uitgekeerd en vier maanden later failliet is gegaan. Verweerder 2 ('Kelderman') is enig aandeelhouder en bestuurder van Verweester 1 ('Beheer'). Beheer is enig aandeelhouder en bestuurder van Techniek.

Curator in het faillissement van Techniek vordert primair dat Beheer en Kelderman ('Beheer c.s.') hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van het tekort in faillissement op grond van artikel 2:248 lid 1 jo. 2:11 BW. Subsidiair vordert de curator hoofdelijke veroordeling tot vergoeding van de schade wegens onrechtmatig handelen jegens de schuldeisers in het faillissement. Meer subsidiair vordert de curator een verklaring voor recht dat het dividendbesluit en -uitkering nietig zijn, dan wel dat deze worden vernietigd en dat Beheer wordt veroordeeld tot terugbetaling van de aan haar gedane dividenduitkering op grond van artikel 2:216 lid 2-4 (oud) BW en artikel 42 en 45 Fw. De primaire vordering van de curator wordt in eerste aanleg toegewezen, maar in tweede aanleg worden alle vorderingen afgewezen. De Hoge Raad heeft de uitspraak van het hof vernietigd en terugverwezen (zie ECLI:NL:HR:2016:2172).

De curator heeft volgens het hof uitvoerig gemotiveerd dat Techniek ten tijde van de dividenduitkering al geruime tijd op de hoogte was van het feit dat een groot deel van de post debiteuren betwiste vorderingen betrof die waarschijnlijk niet zouden kunnen worden geïnd. Daaruit volgt volgens de curator dat het besluit tot dividenduitkering onverantwoord was, en dus onbehoorlijk bestuur oplevert dan wel onrechtmatig is ten opzichte van schuldeisers en bovendien nietig op grond van artikel 2:216 lid 2 en lid 4 (oud) BW. De curator heeft zich tevens beroepen op artikel 42 Fw.

Het hof wijst de primaire vordering van de curator af. Ook als wordt aangenomen dat het door

de curator gewraakte besluit tot uitkering van dividend onbehoorlijk bestuur oplevert, kan dit niet leiden tot toewijzing van deze vordering die strekt tot vergoeding van het boedeltekort. Uit de eigen stellingen van de curator blijkt namelijk dat het dividendbesluit niet tot het (kort daarna uitgesproken) faillissement heeft geleid. Allereerst omdat er al sprake was van een aanzienlijk te kort aan financiële middelen in de vennootschap en ten tweede omdat vaststaat dat het dividend niet is uitgekeerd ten laste van de liquide middelen of andere activa van de vennootschap. De hele gang van zaken kan er wel toe leiden dat de solvabiliteit onder druk komt te staan, waardoor het aantrekken van extra financiering bemoeilijkt kan worden. Echter, niet gesteld of gebleken is dat extra financiering de vennootschap had kunnen behoeden voor faillissement, nu ook sprake is geweest van een terugval in omzet als gevolg van de economische crisis. Onder deze omstandigheden is niet aannemelijk dat het dividendbesluit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

De subsidiaire vorderingen van de curator worden door het hof wel toegewezen. Naar het oordeel van het hof staat vast dat de dividenduitkering op grond van artikel 2:216 lid 2 (oud) BW in kwestie ongeoorloofd was, omdat er feitelijk geen sprake was van vrije reserves. Beheer c.s. hebben weliswaar betwist dat de post debiteuren ondeugdelijk was, maar zij hebben de concrete stellingen van de curator op dit punt niet gemotiveerd bestreden en slechts algemeen gesteld dat het om gebruikelijke en nog steeds inbare vorderingen ging.

De uitkering van het dividend is, aldus het hof, onverschuldigd gedaan en kan worden teruggevorderd. De vordering is dan ook tevens toewijsbaar op grond van artikel 42 Fw omdat het een onverplichte rechtshandeling betreft, kort voor de datum van het faillissement, waarbij de wetenschap van benadeling van schuldeisers ingevolge artikel 45 Fw wordt vermoed. Iedere weerlegging van dit vermoeden ontbreekt.

Ten slotte (en ten overvloede) vermeldt het hof dat een dergelijke uitkering met de wetenschap dat het vermogen van de vennootschap deze niet toelaat, ook onrechtmatig is ten opzichte van de schuldeisers. Er was alle aanleiding dat de schuldeisers als gevolg van de uitkering niet zouden kunnen worden betaald, dan wel zouden worden benadeeld of in elk geval in een nadelige positie zouden worden geplaatst.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2551

Zaaknummer: 200.232.160_01

Rechters: E.J. van Sandick, M.A.M. Vaessen en O.G.H. Milar

Advocaten: A. Smeekes en C.A. Hage

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:216 BW, 42 Fw en 45 Fw

RECHTSPRAAK

Future Life Insurance Broker

Bestuurdersaansprakelijkheid afgewezen. Vordering van geïntimeerden tegen bestuurder van failliete vennootschap tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Anders dan de rechtbank overweegt het hof dat de bestuurder zich in zijn handelen te naïef en goedgegelovig heeft opgesteld, maar dat dit geen persoonlijk ernstig verwijt oplevert op grond waarvan hij aansprakelijk kan worden gesteld voor de geleden schade.

De vennootschap Future Life Insurance Broker S.A. ('FLIB') is een vennootschap opgericht naar Luxemburgs recht. Een van de bestuurders van FLIB is 'appellant'. Via FLIB en een aantal aan FLIB gelieerde vennootschappen ('FLIB-Groep') investeert appellant samen met een tweede bestuurder in ondernemingen, geeft hij managementadviezen en verkoopt hij (spaar)polissen aan particulieren.

'Geïntimeerde 1' heeft in 2000 een ernstig bedrijfsongeval gehad als gevolg waarvan hij arbeidsongeschikt is geworden. Door de verzekeraar van zijn werkgever is geïntimeerde 1 een bedrag aan schadevergoeding en smartengeld betaald. Geïntimeerde 1 en de tweede bestuurder van FLIB voerden gesprekken over hoe voornoemde geldsom het best belegd zou kunnen worden. Als gevolg daarvan sloot geïntimeerde 1 begin 2006 meerdere polissen af bij FLIB. Tot 2010 zijn de in de polis overeengekomen rentebedragen door FLIB aan geïntimeerde 1 en zijn vrouw ('geïntimeerden c.s.') betaald.

In mei 2010 is FLIB in Luxemburg failliet verklaard en zijn de betalingen aan geïntimeerden c.s. gestaakt. De FIOD is een maand na de faillietverklaring een strafrechtelijk onderzoek gestart naar (o.a.) appellant naar aanleiding van een aangifte door DNB inhoudende dat FLIB in overtreding is geweest van Nederlandse financiële wetgeving, waaronder de Wet op het financieel toezicht (Wft). Appellant wordt verweten te hebben bijgedragen aan een zogenoemde piramideconstructie, waarbij een inlegger wordt betaald met geld van een nieuwe inlegger. Uiteindelijk is appellant in een strafrechtelijke procedure door het hof vrijgesproken van (het feitelijk leidinggeven aan) het medeplegen van oplichting en

gewoontewitwassen, vanwege het feit dat – kort gezegd – niet wettig en overtuigend bewezen kon worden dat appellant zich schuldig heeft gemaakt aan deze gedragingen. Appellant is wel veroordeeld wegens valsheid in geschrifte. Hem werd verweten dat hij valselijk een werkgeversverklaring en een loonstrook heeft opgemaakt.

In de onderhavige civiele procedure hebben geïntimeerden c.s. primair gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart dat (o.a.) appellant onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de schade die geïntimeerden c.s. hebben geleden. Aan deze vordering leggen geïntimeerden c.s. ten grondslag dat appellant als bestuurder van FLIB en aan deze vennootschap gelieerde vennootschappen ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Appellant zou zonder toestemming van de spaarders en in strijd met de polisvoorwaarden spaarpolissen hebben aangewend, terwijl appellant zou hebben geweten dat FLIB-Groep geen verhaal zou bieden voor het nakomen van de overeenkomsten en dat daardoor een groot aantal spaarders zou worden gedupeerd. Daarnaast wordt appellant verweten niet aan de op hem rustende administratieplicht te hebben voldaan. Volgens geïntimeerden c.s. is het faillissement van FLIB-Groep in belangrijke mate veroorzaakt door het bestuurlijk onbehoorlijk handelen. In eerste aanleg wordt tegen appellant verstek verleend. De rechtbank wijst de vorderingen van geïntimeerden c.s. toe.

Appellant gaat in hoger beroep. Hij stelt zich op het standpunt dat hij wel formeel bestuurder was van FLIB, maar feitelijk niet als bestuurder fungeerde. Appellant voert aan dat hij slechts een arbeidscontract had als commercieel directeur en dat hij geen (andere) vergoeding heeft ontvangen als bestuurder.

Het hof overweegt dat deze klacht faalt, omdat appellant als bestuurder geregistreerd stond en dit ook tijdens de zitting heeft erkend. Daarmee staat volgens het hof vast dat appellant aangesproken kan worden voor onrechtmatig handelen in zijn hoedanigheid van bestuurder van FLIB. Het hof overweegt dat als uitgangpunt heeft te gelden dat – indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt – alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de schade. Slechts onder bijzondere omstandigheden is een bestuurder, naast de vennootschap, aansprakelijk jegens een crediteur van de vennootschap. De betreffende bestuurder moet dan een persoonlijk ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Het hof overweegt voorts dat appellant zich in zijn handelen te naïef en goedgelovig heeft opgesteld, maar dat dit geen persoonlijk ernstig verwijt oplevert op grond waarvan hij aansprakelijk kan worden gesteld voor de geleden schade. Het hof oordeelt dat de grieven slagen en vernietigt het vonnis. De vorderingen van geïntimeerden c.s. worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2535

Zaaknummer: 200.215.949_01

Rechters: H.A.G. Fikkers, E.H. Schulten en J.G.A. Struycken

Advocaten: G.J.A.F. Beulen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Veehouders/Raedthuys c.s.

Veehouders stellen een projectvennootschap en holding aansprakelijk wegens onrechtmatig handelen door het niet nakomen van een samenwerkingsovereenkomst. Naar het oordeel van het hof hebben de veehouders onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld om tot onrechtmatig handelen te komen. De samenwerkingsovereenkomst is gesloten tussen de twee vennootschappen en de vereniging waarin de veehouders zich verzameld hebben. De rechten waarop de veehouders zich nu beroepen zijn individueel gesloten en maken daar aldus geen deel van uit. Hoge Raad doet het cassatieberoep af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

Appellanten zijn veehouders die op 13 juni 2000 samen met enkele andere veehouders een vereniging hebben opgericht ('de vereniging') met de bedoeling om een biomassavergistingsinstallatie te bouwen.

Toen medio 2008 de zogenoemde Milieukwaliteit van de Elektriciteitsproductie subsidie onverwacht werd afgeschaft en de financiering voor de bouw van de installatie daarmee voor de vereniging in het gedrang kwam, zijn de veehouders in contact getreden met investeerder Raedthuys bio-energie holding B.V. ('Raedthuys') en een projectvennootschap (tezamen: 'Raedthuys c.s.'). Op 19 december 2008 sluiten de vereniging en Raedthuys c.s. een samenwerkingsovereenkomst. De projectvennootschap sluit tevens afzonderlijke Mest Afzet Overeenkomsten ('MAO's') met de afzonderlijke veehouders.

In 2012 hebben Raedthuys c.s. aan de vereniging te kennen gegeven dat zij het project zullen staken, omdat in de loop van 2012 duidelijk werd dat het project niet rendabel en te risicovol was. In de markt kampten verscheidene partijen met biogasinstallaties met faillissement en met verlies.

Bij brief van 15 oktober 2013 heeft de advocaat van de vereniging Raedthuys c.s. gesommeerd

om een aanvang te maken met de bouw van de installatie en de installatie binnen tien maanden operationeel te doen zijn. Aan die sommatie is niet voldaan. Er is geen biovergistingsinstallatie gerealiseerd.

De veehouders vorderen vervolgens een schadevergoeding van Raedthuys c.s., omdat zij toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van de samenwerkingsovereenkomst en de veehouders dientengevolge schade hebben geleden. De niet-oprichting van de installatie heeft tot gevolg dat de veehouders tien jaar lang elders hogere prijzen moeten betalen voor de afzet van mest dan de prijzen die zij waren overeengekomen in de MAO's.

Raedthuys c.s. hebben tegen deze vorderingen in de eerste plaats het verweer gevoerd dat voormelde samenwerkingsovereenkomst is gesloten tussen hen en de vereniging en dat uit die overeenkomst voor de veehouders geen rechten en verplichtingen voortvloeien voor wat betreft de bouw van een biovergistingsinstallatie. Er is enkel sprake van overeenkomsten met elk van de veehouders afzonderlijk, die pas in werking treden op het moment dat de installatie operationeel wordt. Dat moment is nooit bereikt, waarmee nooit aan de aan die overeenkomsten verbonden voorwaarde is voldaan.

De rechtbank wijst de vorderingen van de veehouders af. Naar haar oordeel was van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de samenwerkingsovereenkomst geen sprake. Wat betreft de oprichting van de installatie gold een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting.

Het hof volgt dit oordeel onder aanvulling en verbetering van gronden. De veehouders hebben onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die in dit geval kunnen leiden tot de conclusie dat Raedthuys c.s. door niet verder te gaan met de bouw van de installatie onrechtmatig jegens de veehouders hebben gehandeld. De veehouders hebben zelfstandig met de projectvennootschap gecontracteerd. In hun overeenkomsten (de MAO's) wordt wel uitgegaan van een op te richten installatie, maar die installatie maakt geen onderdeel uit van de tussen hen en de projectvennootschap overeengekomen rechten en verplichtingen. Het operationeel worden van de installatie markeert slechts de ingangsdatum van de afspraken tussen de veehouders en de projectvennootschap.

De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G Langemeijer en verwerpt het beroep met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 12-07-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1168

Zaaknummer: 18/01357

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, A.H.T. Heisterkamp en G. Snijders

Advocaten: N.E. Groeneveld-Tijssens en A.C. van Schaick

Wetsartikelen: 81 RO en 6:74 BW

RECHTSPRAAK

Concurrerende activiteiten na uittreding

Tussen procespartijen zijn exit-afspraken gemaakt en deze afspraken zijn vastgelegd in een notariële akte. Het hof komt tot de slotsom dat de uittreder het concurrentie-, relatie-, geheimhoudings-, en handelsnaambeding niet heeft geschonden, en bekrachtigt het vonnis waartegen beroep is ingesteld.

Geïntimeerde ('G') heeft samen met appellant ('A') en een derde een vof opgericht. Vervolgens wordt in een later stadium een holdingvennootschap ('H1') en een werkvennootschap ('BV1') opgericht. H1 is enig aandeelhouder en bestuurder van BV1 en vorenbedoelde heren vormen via hun persoonlijke vennootschappen het bestuur van H1. De vof en BV1 exploiteren een onderneming op het gebied van draad- en zinkvonken. Eind 2016/begin 2017 zijn G, A en de derde in gesprek geraakt over de beëindiging van de samenwerking met G. Deze exit-afspraken zijn vastgelegd in een notariële akte. In 2018 is G bij een andere vennootschap in dienst getreden als draadvonker.

In kort geding vorderen A, BV1 en H1 ('Appellanten') kort gezegd dat G met de activiteiten als draadvonker stopt en beroepen zich hierbij op de gemaakte exit-afspraken. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Appellanten afgewezen. Appellanten stellen hoger beroep in kort geding in. Het hof gaat over tot uitleg van de tussen partijen overeengekomen bedingen waarop Appellanten zich beroepen aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf.

Appellanten stellen zich op het standpunt dat G diverse concurrentiebedingen heeft overtreden. Het hof overweegt dat het concurrentiebeding een dubbele termijn kent: G mocht na drie jaar weer als ondernemer aan de slag met draadvonken, maar als werknemer al na één jaar. Appellanten hebben gesteld dat het concurrentiebeding aldus moet worden uitgelegd dat de korte termijn van één jaar alleen geldt als G als werknemer intern zou gaan draadvonken, en dus niet extern – dat wil zeggen in opdracht van externe opdrachtgevers van zijn werkgever – en het bovendien zou gaan om een grote werkgever. G heeft de uitleg van Appellanten gemotiveerd betwist. Het hof overweegt dat Appellanten onvoldoende

aannemelijk hebben gemaakt dat besproken is dat het alleen mocht gaan om intern draadvonken bij een grotere werkgever of dat G er anderszins van moest uitgaan dat Appellanten het beding in die zin zouden mogen opvatten. Bovendien hebben de getuigen elkaar in hun verklaringen over dit punt in het voorlopig getuigenverhoor tegengesproken. Het hof acht het voorts ook onvoldoende bewezen dat de arbeidsovereenkomst slechts een schijnconstructie is om onder het ondernemerschap uit te komen.

Het hof overweegt verder dat G het relatiebeding niet heeft overtreden, nu niet aannemelijk is gemaakt dat G de betreffende klanten heeft benaderd. De gestelde overtreding van het geheimhoudingsbeding acht het hof evenmin bewezen. Appellanten vorderen verder dat G wordt veroordeeld om de draad- en zinkvonkactiviteiten te staken. Het hof overweegt dat deze vordering, gelet op het bovenstaande, niet kan worden gebaseerd op schending van de gemaakte afspraken (wanprestatie). Datzelfde geldt voor het betoog dat G en een andere vennootschap ('BV2') moeten worden vereenzelvigd, aldus het hof. De vordering kan evenmin worden gebaseerd op ongeoorloofde concurrentie. Het zal zo zijn dat G en Appellanten concurrenten zijn, gelet op de kleine markt waarin zij opereren, maar er zijn onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld om *ongeoorloofde* concurrentie aan te nemen.

Tot slot stellen Appellanten dat het handelsnaambeding is overtreden. Het hof overweegt dat de handelsnaam van BV2 in aanmerkelijke mate afwijkt van de andere handelsnaam. Bovendien hebben Appellanten niet aannemelijk gemaakt dat bij het publiek sprake is van verwarring tussen de ondernemingen.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2405

Zaaknummer: 200.254.640_01

Rechters: H.E. HAE Uniken Venema, J.P. de Haan en J.H.M. van Erp

Advocaten: M.M.M. Rooijen, S.H.O. Aben en W.J.F. Geertsen

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Gevi International BV. Curator/bestuurder

Hoger beroep. Nietigheid dividendbesluit. Rekening-courantvordering van curator van de gefailleerde vennootschap tegen haar voormalige bestuurder. Bestuurder vordert uitkering van nog niet betaald dividend. Het hof wijst de vordering van curator toe en de vordering van de bestuurder uit hoofde van dividend af.

Aan de orde is een geding tussen een curator en een voormalige bestuurder. De curator van het sinds 2 juni 2014 failliete Gevi International BV ('Gevi BV') heeft enkele rekening-courantvorderingen ingesteld tegen de voormalige bestuurder (tevens enig aandeelhouder) van Gevi BV. Het gaat om een vordering van (i) € 501.212 die op de jaarrekening van Gevi BV stond vermeld, alsmede (ii) een bedrag van € 127.301 dat op een bankrekening stond die uitsluitend door Gevi BV werd gebruikt, maar (vermoedelijk) door de bestuurder was leeggetrokken. De bestuurder verweert zich door te stellen dat hij nog recht heeft op nog niet betaalde dividenden over 2013 ter waarde van € 370.000 en vordert dat dit bedrag met de vordering van de curator wordt verrekend. De curator stelt zich echter op het standpunt dat het dividendbesluit wegens strijdigheid met de statuten nietig is op grond van artikel 2:14 BW. Hij vordert daarom ook terugbetaling van een bedrag van € 55.000 aan dividendbelasting, dat Gevi BV reeds aan de fiscus had afgedragen.

In eerste aanleg heeft de rechtbank de rekening-courantvorderingen toegewezen en de vordering voor het terugbetalen van de dividendbelasting afgewezen. De tegenvordering van de bestuurder heeft de rechtbank eveneens afgewezen. Beide partijen komen in hoger beroep.

Het hof wijst de rekening-courantvorderingen van de curator volledig toe. Wat betreft de vordering onder (i) probeert de bestuurder nog aan te voeren dat het bedrag door een fout van de accountant in de jaarrekening terecht is gekomen, waardoor de curator op basis van die jaarrekening niet zou mogen afleiden dat Gevi BV een dergelijke vordering op de voormalige bestuurder heeft. Het hof is van dit verweer niet onder de indruk. In de eerste plaats omdat de bestuurder heeft nagelaten aan te tonen dat de accountant inderdaad een dergelijke fout heeft gemaakt. Los daarvan meent het hof dat de voormalige bestuurder, tevens DGA, op de hoogte

moest zijn van de inhoud van de jaarrekening die hij als bestuurder heeft ondertekend en als aandeelhouder heeft vastgesteld. Immers, als hij goed zou hebben opgelet dan zou een dergelijke fout hem onmiddellijk zijn opgevallen. Zou de vordering die in de jaarrekening was opgenomen inderdaad berusten op een fout, dan is deze fout aan de voormalige bestuurder toe te rekenen.

Wat betreft de dividendvordering overweegt het hof als volgt. De dividendbesluiten waarmee dividend over boekjaar 2013 zou worden uitgekeerd, dateren van 13 en 16 februari 2014. Vlak na afloop van het boekjaar dus. Omdat de jaarrekening over 2013 toen nog niet was vastgesteld, was dus sprake van interim-dividend. Volgens de statuten van Gevi BV kan interim-dividend slechts worden uitgekeerd voor zover dergelijk dividend in het betrokken boekjaar wordt verwacht. De vraag is dus of voor boekjaar 2013 te verwachten viel dat Gevi BV een bedrag van € 370.000 aan dividend zou kunnen uitkeren. Van belang is hierbij dat Gevi BV in februari 2014 (toen de dividendbesluiten genomen werden) betrokken was bij een toen nog lopende procedure. Vast staat, aldus het hof, dat een negatieve uitkomst van deze procedure de winst van Gevi BV (van ruim € 1,2 miljoen) over 2012 zou wijzigen in een verlies (van ruim € 2 ton) en dat ook een eventueel positief resultaat over 2013 zou verdampen.

Op 5 maart 2014 werd bij vonnis in het nadeel van Gevi BV beslist. Enkele maanden later ging Gevi BV failliet. Het hof merkt dan ook op dat het, vanwege de procedure, op het moment dat de dividendbesluiten genomen werden onzeker was of het te verwachten vermogen van Gevi BV in 2013 een dividend van € 370.000 zou toelaten. De dividendbesluiten zijn dus strijdig met de statuten en daarmee nietig op grond van artikel 2:14 BW. Het bedrag van € 55.000 aan dividendbelasting heeft Gevi BV dus ook ten onrechte aan de fiscus afgedragen. De curator vordert dit bedrag van de voormalige bestuurder, omdat de voormalige bestuurder de onterecht afgedragen dividendbelasting achteraf kan verrekenen in zijn aangifte inkomstenbelasting. Het hof gaat hierin mee, en voegt daaraan toe dat het afdragen van dividendbelasting (nota bene op de dag dat het vonnis ten nadele van Gevi BV was gewezen) ter uitvoering van nietige besluiten een ernstig persoonlijk verwijt oplevert.

Het hof houdt het vonnis van de rechtbank dus in stand, met dien verstande dat hij ook de voormalige bestuurder veroordeelt tot het betalen van € 55.000 aan dividendbelasting.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 04-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:4759

Zaaknummer: 200.202.358

Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, M.H.F. van Vugt en A.S. Gratama

Advocaten: A.M. Smetsers en P.L. Hellinga

Wetsartikelen: 2:14 BW en 2:216 BW

RECHTSPRAAK

IC Holding/Cavari Clinics c.s.

OK; enquête. Verzoek tot enquête en tot aanstelling tijdelijk bestuurder met doorslaggevende stem door een van de aandeelhouders, tevens zijnde bestuurder bij zorginstelling vanwege schending samenwerkingsafspraken en patstelling binnen het bestuur. OK wijst verzoek toe.

Cavari Clinics Nederland B.V. ('Cavari Clinics') is een zelfstandig behandelcentrum waarin een cardioloog ('de cardioloog') en een psychiater ('de psychiater') een samenwerkingsverband vormen. Vanuit Cavari Clinics wordt zogenoemde *integrated care* geleverd op het gebied van psychiatrie en somatiek. De aandelen in Cavari Clinics worden gehouden door Digitalis B.V. ('Digitalis'), waarvan de cardioloog en een derde ('C') enig bestuurder en aandeelhouder zijn, en door IC Holding B.V. ('IC'), waarvan de psychiater enig bestuurder en aandeelhouder is. Het bestuur van Cavari Clinics wordt gevormd door de psychiater, de cardioloog en C. Cavari Clinics is enig bestuurder en 95% aandeelhouder van dochtervennootschap Cavari Clinics Groningen B.V. (tezamen 'Cavari Clinics c.s.'). Tussen Cavari Clinics c.s. en ICT-leverancier Curit B.V. ('Curit') bestaat een samenwerking daterend van vóór het aandeelhouderschap van IC. Digitalis houdt alle aandelen in Curit.

IC en de psychiater hebben bij de OK een verzoek tot enquête naar Cavari Clinics c.s. ingediend. De grondslag van het verzoek is tweeledig. Enerzijds is een onwerkbare situatie ontstaan in het bestuur en de algemene aandeelhoudersvergadering van Cavari Clinics c.s. Zo heeft de psychiater de concept-jaarrekening 2016 niet willen ondertekenen vanwege verschillende bezwaren die IC en de psychiater maken jegens de cardioloog en C. Deze bezwaren zijn drieledig: (i) er zijn betalingen gedaan aan Curit en aan de cardioloog waarover niet is afgestemd met de psychiater, (ii) ondanks aandringen van IC en de psychiater zijn de cardioloog en C er niet in geslaagd de tussen Cavari Clinics c.s. en Curit geldende voorwaarden schriftelijk vast te leggen, en (iii) er is betrokkenheid van de cardioloog bij andere activiteiten dan Cavari Clinics waarover hij in strijd met de samenwerkingsafspraken geen verantwoording aflegt. Anderzijds leggen IC en de psychiater aan hun verzoek ten grondslag dat er tegenstrijdige belangen aan de zijde van de cardioloog en C bestaan bij de

activiteiten van Curit voor Cavari Clinics c.s.

Digitalis verweert zich door te stellen dat IC niet ontvankelijk is in haar verzoek, voor zover hiermee een concernenquête wordt beoogd, omdat Cavari Groningen in het verzoekschrift niet als verweerster staat genoemd en voorts omdat het verzoekschrift gaat over een vermogensrechtelijk geschil tussen IC en Digitalis, namelijk de ontvlechting van Cavari Clinics.

Volgens de OK is duidelijk dat het verzoek zich op zowel Cavari Clinics als haar dochtervennootschap richt en is het geschil niet puur vermogensrechtelijk van aard. De OK acht de beschrijving van IC en de psychiater aannemelijk en overweegt dat een vrijwel totale patstelling tussen de psychiater enerzijds en de cardioloog en C anderzijds is ontstaan die – indien niet spoedig doorbroken – verdere negatieve gevolgen zal hebben voor Cavari Clinics c.s. en de daarbij betrokken weknemers en patiënten. Vanwege de verstoorde verhouding vindt geen constructief overleg plaats en kunnen, mede vanwege verschillende goedkeuringsvereisten in de statuten en aandeelhoudersovereenkomst, belangrijke maatregelen niet genomen worden. Gesprekken tussen de psychiater en de cardioloog en C hebben niet geleid tot een doorbraak van de impasse. Dit levert volgens de OK een gegronde reden op om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Cavari Clinics c.s. te twijfelen.

Volgens de OK levert ook het potentieel tegenstrijdig belang aan de zijde van de cardioloog en C voor wat betreft het handelen met Curit gegronde redenen op om te twijfelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken van Cavari Clinics c.s. De dienstverlening door Curit is voor Cavari Clinics c.s. van groot belang. Ondanks aandringen van IC zijn partijen er niet in geslaagd de voor deze samenwerking geldende afspraken schriftelijk vast te leggen. Daarnaast vinden betalingen aan de cardioloog voor werk uit het verleden geen grondslag in een fatsoenlijk geadmistreerde overeenkomst en/of tijdsverantwoording, noch is hierover afgestemd met de psychiater.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en gang van zaken van Cavari Clinics c.s. Daarnaast acht de OK het noodzakelijk om bij wijze van onmiddellijke voorziening een derde als zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder van Cavari Clinics met beslissende stem naast de psychiater, de cardioloog en C te benoemen. De OK bepaalt daarbij dat Cavari Clinics zonder deze bestuurder niet vertegenwoordigd kan worden. Omdat het volgens de OK niet is te verwachten dat de verstandhouding tussen de psychiater en de cardioloog en C nog zal herstellen, merkt de OK op dat het deze derde bestuurder vrij staat te bezien of tussen partijen een regeling kan worden getroffen die strekt tot ontvlechting van hun belangen in Cavari Clinics. In afwachting van het effect van de onmiddellijke voorziening houdt de OK de aanwijzing van een onderzoeker vooralsnog aan.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:1603

Zaaknummer: 200.252.663/01 OK

Rechters: A.J. Wolfs, M.M.M. Tillema, A.W.H. Vink, G. Boon en W. Wind

Advocaten: R.S. van der Spek, R.G. Luinstra en J. Biesheuvel-Hoitinga

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:350 BW