

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 01, 2020

Nummer 1, 2020

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:2019:1910](#) 06-12-2019

Maetis N.V./Beheer B.V.'s

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585](#) 23-12-2019

Ondernemingsraad van XS4ALL Internet B.V./XS4ALL Internet B.V., KPN B.V., Koninklijke KPN N.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:10860](#) 17-12-2019

werknemer/DLG Benelux B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4359](#) 10-12-2019

Enquête Estro

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4202](#) 26-11-2019

Rabobank/Bestuurder Polux-groep

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3010](#) 19-11-2019

werknemer/Woningstichting Rochdale

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3014](#) 19-11-2019

Euro Maksim Plaza B.V./X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4088](#) 14-11-2019

A-certificaathouders/bestuur Golfclub Amelisweerd

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4066](#) 12-11-2019

Dutch Jatropa Consortium B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:8432](#) 15-10-2019

Ontzenuwen bewijsvermoeden belangrijke oorzaak faillissement

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:7731](#) 24-09-2019

Schol q.q./X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3663](#) 17-09-2019

Thales/Gemalto

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:6937](#) 27-08-2019

Stichting UBC/Beekman q.q.

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:9621](#) 04-12-2019

Stichting bedrijfstakpensioenfonds voor het schoonmaak- en
glazenwassersbedrijf/gedaagden 1 en 2

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad van XS4ALL Internet B.V./XS4ALL Internet B.V., KPN B.V., Koninklijke KPN N.V.

Omdat het besluit door XS4ALL en niet door KPN is genomen, is de ondernemingsraad niet-ontvankelijk in zijn verzoek tegen KPN. Bezwaren van de ondernemingsraad zijn ontoereikend om te kunnen oordelen dat XS4ALL niet in redelijkheid tot besluit had kunnen komen. Afwijzing WOR-verzoek en enquêteverzoek.

Feiten

Eind 2018 heeft KPN het strategische voornemen ontwikkeld om in de toekomst nog slechts met één merk, KPN, verder te gaan en de overige merken, waaronder Telfort, XS4ALL en Yes Telecom niet voort te zetten (project Eik). KPN heeft de centrale ondernemingsraad van KPN (hierna: de COR) daarbij betrokken. De ondernemingsraad (van XS4ALL) is vertegenwoordigd in de COR. Op 14 januari 2019 heeft KPN aan de COR advies gevraagd over het strategische voornemen om in 2019 en 2020 alleen met het merk KPN, verder te gaan. De COR heeft positief geadviseerd over het strategisch voornemen. KPN heeft haar besluit om met inachtneming van de “resultaatafspraken” genoemd in het advies van de COR, in de loop van 2019 en 2020 alleen met het KPN-merk verder te gaan, meegedeeld. Op 15 februari 2019 heeft de ondernemingsraad een verzoekschrift op de voet van artikel 26 WOR ingediend bij de Ondernemingskamer, gericht tegen het besluit van 15 januari 2019. Vervolgens heeft overleg plaatsgevonden tussen XS4ALL en de ondernemingsraad. Op 5 juni 2019 heeft XS4ALL aan de ondernemingsraad advies gevraagd over het voorgenomen besluit om per 1 augustus 2019 de XS4ALL-organisatie te integreren binnen KPN door middel van ‘overgang van onderneming’. De ondernemingsraad heeft negatief geadviseerd over het voorgenomen besluit tot integratie van XS4ALL in KPN. Op 19 september 2019 heeft de bestuurder van XS4ALL aan de ondernemingsraad het besluit medegedeeld om XS4ALL te integreren overeenkomstig het voorgenomen besluit en met inachtneming van aanvullende maatregelen die in het besluit uiteen zijn gezet. De ondernemingsraad heeft onder meer verzocht voor recht te verklaren dat XS4ALL alsmede KPN niet in redelijkheid hebben kunnen komen tot het besluit van 19

september 2019 om de onderneming XS4ALL te integreren binnen KPN door middel van overgang van onderneming (hierna: het besluit van 19 september 2019). Daarnaast heeft de ondernemingsraad verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van XS4ALL en van KPN met betrekking tot de onderneming van XS4ALL en bij wijze van onmiddellijke voorzieningen een tijdelijk bestuurder van XS4ALL te benoemen met doorslaggevende stem en de door KPN B.V. gehouden aandelen in XS4ALL ten titel van beheer over te dragen aan een door de Ondernemingskamer aan te wijzen beheerder.

Oordeel

WOR-verzoek

Naar aanleiding van het indertijd ingediende verzoek van de ondernemingsraad bij de Ondernemingskamer zijn tussen partijen nadere afspraken gemaakt over de medezeggenschap door de ondernemingsraad. Die afspraken zijn vastgelegd in een memorandum. Voor zover hier van belang houden die afspraken in dat XS4ALL (en niet tevens KPN) met de ondernemingsraad een volwaardig adviestraject zal doorlopen met betrekking tot een door XS4ALL te formuleren voorgenomen besluit over (1) het beëindigen of aanpassen van de werkzaamheden van XS4ALL en het wegvallen of integreren van die werkzaamheden binnen KPN en (2) de opvang van de sociale gevolgen daarvan. De slotsom is derhalve dat thans als uitgangspunt geldt dat het besluit van 19 september 2019 is genomen door XS4ALL en niet mede door KPN en dat de ondernemingsraad daarom niet-ontvankelijk is in zijn WOR-verzoek voor zover zich dat tegen KPN richt.

De argumenten van de ondernemingsraad zijn, ook in onderlinge samenhang, ontoereikend om te kunnen oordelen dat XS4ALL bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit van 19 september 2019 had kunnen komen. Het verzoek van de ondernemingsraad zal daarom worden afgewezen. Daarbij heeft de Ondernemingskamer de bezwaren van de ondernemingsraad met betrekking tot de marktpositie van XS4ALL en de relatief zelfstandige positie van XS4ALL binnen KPN, het concernbelang van KPN en het ondernemingsbelang van XS4ALL, de business case van de integratie en de overige onderbouwing van het besluit, de afweging van alternatieven, de personele gevolgen, de informatieverstrekking aan de ondernemingsraad en bekostiging van deskundigen, de betrokkenheid van ondernemingsraad bij inschakeling van externe deskundigen door XS4ALL en KPN en de contacten tussen KPN en een mogelijke koper van XS4ALL beoordeeld.

Enquêteverzoek

Uit hetgeen de Ondernemingskamer naar aanleiding van het WOR-verzoek heeft overwogen, volgt dat de gang van zaken met betrekking tot het besluit tot integratie en de wijze waarop

XS4ALL en KPN de ondernemingsraad hebben betrokken bij de besluitvorming over de toekomst van XS4ALL geen gegronde redenen vormen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4585

Zaaknummer: 200.267.924/01 OK en 200.268.950/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.J. Wolfs, A.W.H. Vink, P.M. Verboom en D.E.M. Aleman

Advocaten: R.J.M. Hampsink, mr. dr. L.C.J. Sprengers, S. Sikkink, T.M. Sweerts, A.R.J. van Croiset Uchelen en A.J. de Gier

Wetsartikelen: 2:345 BW e.v., 1 lid 1 sub c WOR, 25 lid 1 WOR en 26 WOR

RECHTSPRAAK

werknemer/DLG Benelux B.V.

Werkgeefster heeft erop gewezen dat bij het sluiten van de overeenkomst geen onduidelijkheid bestond over de vraag hoe partijen de overeenkomst bedoelden te kwalificeren, te weten als overeenkomst van opdracht. Het vermoeden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst is daarmee voldoende ontzenuwd.

Feiten

DLG is een 100% dochteronderneming van DLG International GmbH, voorheen genaamd DLG Agriservice GmbH. Werknemer was tot 31 augustus 2009 werkzaam bij APP. In de tweede helft van 2008 zijn er door APP en DLG Agriservice gesprekken gevoerd over een overname van APP door DLG Agriservice. Werknemer was bij deze gesprekken aanwezig. Werknemer heeft op 8 december 2008 Harmelerwaard Beheer B.V. opgericht, waarvan hij bestuurder en enig aandeelhouder is. Op 31 augustus 2009 heeft aandeelhouder X 100% van het aandelenkapitaal van APP verkocht aan DLG Agriservice. De aandelen zijn dezelfde dag overgedragen. Na het passeren van deze akte hebben werknemer namens APP en aandeelhouder X namens Europoint een Service agreement ondertekend. Eveneens op 31 december 2009 heeft werknemer in aanwezigheid van de notaris een inschrijfformulier van de Kamer van Koophandel ondertekend, waarbij hij zichzelf en Harmelerwaard heeft ingeschreven als statutair bestuurders van APP. Op 27 november 2009 hebben APP en Harmelerwaard een managementovereenkomst gesloten, op grond waarvan Harmelerwaard per 1 januari 2009 met de algehele leiding over APP belast werd. Op 18 juli 2013 is bij notariële akte van statutenwijziging de naam van APP gewijzigd in DLG Benelux B.V. Met ingang van 1 januari 2014 werd niet langer gefactureerd via Harmelerwaard maar werd aan werknemer rechtstreeks een bedrag van € 5.050 bruto overgemaakt. Op 6 november 2014 heeft een AVA van DLG plaatsgevonden, waarbij werknemer en Harmelerwaard als statutair bestuurders van DLG zijn ontslagen, de managementovereenkomst tussen DLG en Harmelerwaard is opgezegd en is besloten werknemer en Harmelerwaard gedurende de in de managementovereenkomst vastgelegde opzegtermijn van zes maanden vrij te stellen van het verrichten van werkzaamheden. Werknemer heeft in eerste aanleg doorbetaling van loon vanaf 1 juli 2015

gevorderd. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen omdat er naar het oordeel van de rechtbank geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Werknemer komt op tegen het vonnis.

Oordeel

De stelling van werknemer dat in de onderhavige zaak geen sprake is van een rechtsgeldig genomen benoemingsbesluit, is door DLG gemotiveerd betwist. Ook indien zou komen vast te staan dat werknemer op een buitengewone vergadering van aandeelhouders niet aanwezig was, doet dat aan de rechtsgeldigheid van het benoemingsbesluit niets af. De vraag is dan of werknemer deze benoeming heeft aanvaard. Werknemer heeft de service agreement ondertekend, waarin staat dat werknemer als statutair bestuurder is benoemd; ook heeft hij het inschrijfformulier van de KvK, de notariële akte van de naamswijziging en de jaarstukken ondertekend. Verder is werknemer akkoord gegaan met de Managing Director Service Contract. In het licht van al deze omstandigheden is het hof van oordeel dat werknemer de benoeming als statutair bestuurder heeft aanvaard. De vraag is dan of werknemer als statutair bestuurder de werkzaamheden op grond van een arbeidsovereenkomst heeft verricht. Het hof neemt tot uitgangspunt dat partijen ten tijde van het sluiten van de Managing Director Service Contract er uitdrukkelijk voor hebben gekozen dat werknemer niet op basis van een arbeidsovereenkomst voor DLG werkzaam zou zijn, maar op basis van een overeenkomst van opdracht. Door de wijze waarop partijen invulling hebben gegeven aan de managementovereenkomst dient de overeenkomst echter mogelijk toch gekwalificeerd te worden als een arbeidsovereenkomst. Werknemer heeft een beroep gedaan op het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW. DLG heeft het vermoeden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst naar het oordeel van het hof voldoende ontzenuwd. DLG heeft erop gewezen dat bij het sluiten van de overeenkomst geen onduidelijkheid bestond over de vraag hoe partijen de overeenkomst bedoelden te kwalificeren, te weten als overeenkomst van opdracht. Het is, nu het vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst is ontzenuwd, aan werknemer om zijn stelling dat sprake is van een arbeidsovereenkomst en dus ook van een gezagsverhouding voldoende te onderbouwen. Naar het oordeel van het hof heeft werknemer dit onvoldoende gedaan. Werknemer stelt zich verder op het standpunt dat er in elk geval vanaf 1 januari 2014 een arbeidsovereenkomst is ontstaan. Volgens werknemer heeft de verloning plaatsgevonden op advies van de financieel adviseur in zijn hoedanigheid van adviseur van DLG. Het hof oordeelt dat ook als de financieel adviseur wel als adviseur van DLG het advies heeft gegeven om werknemer te gaan verlonen, dit besluit niet zonder instemming van DLG International had kunnen worden genomen. Het hof gaat er van uit dat sprake was van een tegenstrijdig belang en dat het besluit om werknemer op de loonlijst te plaatsen door DLG Internationaal genomen had moeten worden. Nu werknemer niet heeft

betwist dat DLG International niet op de hoogte is gesteld van het voornemen om werknemer op de loonlijst te plaatsten, is het besluit terecht door de rechtbank vernietigd. De grieven falen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:10860

Zaaknummer: 200.234.356

Rechters: E.J. van Sandick, O.G.H. Milar en A. van Zanten-Baris

Advocaten: J.L.J.J. Nelissen en M. Bouiga

Wetsartikelen: 2:15 BW, 2:239 BW, 2:242 BW en 7:610a BW

RECHTSPRAAK

Enquête Estro

Ondernemingskamer gelast onderzoek naar (wan)beleid en gang van zaken bij Estro Groep, vanwege het onvoldoende respecteren van medezeggenschapsrechten, tegenstrijdig belang en geen gedegen besluitvorming bestuur over ‘debt push down’ en gevolgen fusie.

Catalpa dreef via haar dochtervennootschappen een onderneming die zich bezighield met kinderopvang. In het voorjaar van 2010 was Benca de enig aandeelhouder en bestuurder van Catalpa. Benca en diens aandeelhouder Aplatac werden bestuurd door de personen A, C en D. De personen A en C hielden geen aandelen of certificaten in Aplatac. Met hen was een bonusregeling overeengekomen, op grond waarvan zij ieder recht hadden op een bonus van ongeveer een half procent van de *net adjusted equity Value* van Catalpa indien, kort gezegd, Benca haar aandelen in Catalpa zou overdragen. In de periode augustus 2010 tot december 2010 werd Catalpa bestuurd door de personen A, B, C en D.

In het voorjaar van 2010 is de aandeelhouder een proces gestart gericht op verkoop van haar belang in Catalpa, waarbij meerdere potentiële bidders zijn benaderd. Op 21 juni 2010 hebben vijf kandidaten een bod uitgebracht op de aandelen in Catalpa, nadat zij toegang hadden gekregen tot een digitale dataroom. Met de drie hoogste bidders heeft de aandeelhouder verder onderhandeld. Uiteindelijk is gekozen voor het bod van Providence, inhoudende dat de koopsom van circa € 507 miljoen werd gefinancierd door eigen en vreemd vermogen. Daarnaast wenste Providence dat de personen A en C ieder ook zelf zouden investeren in Catalpa. Op 5 juli 2010 heeft de aandeelhouder een koopovereenkomst gesloten met een door Providence nieuw opgerichte vennootschap, NCC. Deze vennootschap zou na de overname worden gefuseerd met Catalpa. Onderdeel van de financieringsstructuur was een ‘debt push down’, oftewel het doorschuiven van een deel van de acquisitieschuld naar Catalpa. Providence wilde dat Catalpa direct na de closing zou toetreden als kredietnemer en garant van de bankfinanciering. Het bestuur van Catalpa heeft vervolgens een financieel adviseur ingeschakeld om te adviseren over de voorgestelde financieringsstructuur. Uit de eerste bevindingen bleek dat de financiering redelijk conservatief was gestructureerd. Op 13 augustus 2010 verlangde Providence een ‘comfort letter’ van het bestuur waarin het zou bevestigen dat

het relevante informatie had ontvangen, dat het een financieel adviseur had geïnstrueerd om daarnaar te kijken en dat het bestuur op die basis bereid was om het bestuursbesluit te nemen met betrekking tot de financiering. Deze 'comfort letter' is op 16 augustus 2010 ondertekend. Op diezelfde dag hebben de personen A en C een overeenkomst getekend op grond waarvan zij in persoon gingen participeren in Catalpa. Kort daarna zijn de aandelen aan NCC geleverd. Persoon D ontving een bedrag van € 7,5 miljoen voor zijn belang in Catalpa. Ook is de bonusregeling van A en C geëffectueerd, resulterend in een uitkering van ruim € 1,8 miljoen bruto aan C en € 998.000 bruto aan A. Op 18 augustus is een raad van commissarissen benoemd, die het bestuursbesluit tot het toetreden van de bankfinanciering heeft bekrachtigd. Op 8 december 2010 is Catalpa als verdwijnende vennootschap gefuseerd met NCC als verkrijgende vennootschap. Als gevolg van de juridische fusie ging het gehele vermogen van Catalpa onder algemene titel over op NCC, waarvan de naam werd gewijzigd in Catalpa Holding B.V. De Providence lening was als gevolg van de juridische fusie niet langer een schuld van de aandeelhouder van Catalpa, maar een schuld van de onderneming zelf. In mei 2011 is de naam van de vennootschap gewijzigd in Estro Groep en op 5 juli 2014 is Estro Groep in staat van faillissement verklaard. Voorts is van belang dat de Belastingdienst in 2014 te kennen heeft gegeven dat de rente op de Providence lening niet aftrekbaar is van het resultaat van de onderneming.

De curator heeft gesteld dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Estro Groep met betrekking tot de verkoop van alle aandelen in Catalpa aan Providence in augustus 2010 en de daarop volgende fusie tussen Catalpa en NCC. Ten eerste stellen de bestuurders en commissarissen dat de curator zijn recht om een onderzoek te verzoeken heeft verwerkt, nu het verzoek ruim vier jaar na faillietverklaring is gedaan. Dit verweer slaagt niet. Zeker in een omvangrijk faillissement als het onderhavige geldt niet snel dat de curator door tijdsverloop zijn recht verwerkt. Bovendien heeft de curator steeds aanvullende stukken bij de betrokkenen opgevraagd, waaruit volgde dat hij nog (steeds) bezig was met zijn onderzoek. Inhoudelijk overweegt de Ondernemingskamer als volgt. De stelling van de curator dat het bestuursbesluit van 16 augustus 2010 in strijd was met het verbod van artikel 2:98c BW is op zichzelf geen gegronde reden om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen, nu het bestuur is afgegaan op het advies van de met het oog daarop ingeschakelde deskundigen. De tweede stelling van de curator is dat het bestuur van Catalpa het Centraal Medezeggenschapsorgaan (CMO) bij herhaling onvolledig en onjuist heeft geïnformeerd over materiële onderdelen van de transactie. De Ondernemingskamer acht de voorlichting aan het CMO inderdaad minst genomen onvolledig, waardoor het CMO mogelijk op het verkeerde been is gezet. In de adviesaanvragen is geen eenduidige informatie over de voorgestelde 'debt push down' en de gevolgen daarvan voor de vennootschap opgenomen. Het onvoldoende respecteren van de medezeggenschapsrechten levert een

gegronde reden op voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Catalpa. De derde stelling van de curator houdt in dat het bestuur van Catalpa geen kenbare, laat staan een voldoende, afweging heeft gemaakt van de voor- en nadelen van de transactie om tot een gedegen besluitvorming te komen, terwijl de transactie Catalpa heeft opgezadeld met een aanzienlijke schuldenlast. De Ondernemingskamer overweegt dat er geen sprake was van een goed doorwerkte, onafhankelijke rapportage van adviseurs aan het bestuur. Het bestuur had uiteindelijk wel een financieel adviseur ingeschakeld, maar die moest onder ernstige tijdsdruk (drie dagen voor closing) en op basis van incomplete informatie een onderzoek uitvoeren. Het heeft er daarom alle schijn van dat het bestuur geen gedegen, integrale afweging van alle betrokken belangen bij de aan de overname onlosmakelijk verbonden financieringsconstructie heeft gemaakt, hetgeen wel zijn taak was. Het bestuur had bijvoorbeeld de voorwaarden van de financiering (15% rente) moeten analyseren alsmede het risico dat de rente niet fiscaal aftrekbaar zou blijken te zijn. De conclusie is dat ook het besluitvormingsproces van het bestuur rond de overname en de fusie een gegronde reden oplevert om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. Tot slot overweegt de Ondernemingskamer dat de personen A en C een evident persoonlijk belang hadden bij het slagen van de overname, gezien de bonusafspraken die met hen waren gemaakt. Persoon D zou met zijn belang eveneens van de overname profiteren. Deze belangen waren zodanig substantieel dat betwijfeld kan worden of de bestuurders zich uitsluitend door het vennootschappelijke belang hebben laten leiden bij de keuzes die zij hebben gemaakt. Ook dit vormt een gegronde reden tot twijfel.

Uit hetgeen is overwogen volgt dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Estro Groep, die een onderzoek rechtvaardigen. De Ondernemingskamer beveelt daarom een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Estro Groep vanaf 1 januari 2009 tot 9 december 2010.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, december 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4359

Zaaknummer: 200.254.527/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar en A.J. Wolfs

Advocaten: S.W. van den Berg, J.J. van Hees, K. Rutten, M. Mussche, C.M. Tjoa, H.A. de Savornin Lohman, D.K. Baas, C. de Snelders-van Kamp, mr. J.E.P.A. van Hooff, R.D. Vriesendorp, T.L. Ticheloven en T.S. Jansen

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Maetis N.V./Beheer B.V.'s

Vordering koper tegen verkopers van aandelen in vennootschappen tot gedeeltelijke terugbetaling van de koopprijs vanwege dwaling ten aanzien van de financiële verplichtingen en toestand van de vennootschappen, die pas na opstellen van de jaarrekeningen voor koper kenbaar worden. Rechtbank en hof wijzen de vorderingen af omdat de nadeelsberekening ongeschikt zou zijn. De Hoge Raad vernietigt en verwijst: nu dwaling is vastgesteld, dient nadeel door het hof te worden berekend en door verkopers te worden gecompenseerd.

Maetis N.V. ('Maetis') is eiseres in lagere instanties en in cassatie; een tweetal beheer B.V.'s zijn verweersters in alle instanties (tezamen de 'BV's'). Maetis en de BV's sloten in 2008 een intentieovereenkomst die ziet op de (ver)koop van door de BV's gehouden aandelen in twee vennootschappen ('de vennootschappen'). De koopprijsindicatie in de intentieovereenkomst is gebaseerd op een aantal aannames, uitgangspunten en voorbehouden, waaronder een lijst van klanten die hun contract met de vennootschappen zouden hebben opgezegd, een voor de koopprijs te gebruiken multiplier en de voor 2008 verwachte EBIT. De uiteindelijke koopovereenkomst, getekend in december 2008, bevat een bepaling die uiteenzet hoe, na opstelling en controle van de jaarrekeningen van 2008, de definitieve EBIT en de koopprijs zullen worden bepaald en betaald.

In april 2009 zijn de jaarrekeningen van 2008 opgemaakt. Volgens Maetis blijkt dan pas van aanvullende opzeggingen die al ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst waren gedaan, maar waarover de BV's niets hebben meegedeeld. Ook moet één van de vennootschappen een aanzienlijk bedrag terugbetalen aan een contractspartij; dit betreft een in 2008 reeds voorzienbare vordering waarvoor volgens Maetis een voorziening getroffen had moeten worden.

Maetis vordert primair voor recht te verklaren dat zij heeft gedwaald bij totstandkoming van de overeenkomst alsmede opheffing van het nadeel dat zij als gevolg daarvan lijdt, door

aanpassing van de koopprijs en terugbetaling van een deel daarvan door de BV's. Subsidiair vordert zij betaling van schadevergoeding door de BV's. Zowel rechtbank als hof wijzen de vorderingen af. Het hof overweegt daartoe dat Maetis weliswaar heeft gedwaald als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 sub b BW, maar dat de wijze waarop Maetis haar dwalingsnadeel en aanpassing van de koopprijs heeft berekend, ongeschikt is om het nadeel te berekenen. Het hof oordeelt dat het nadeel bestaat uit extra kosten en omzetverlies in 2009 die, te meer gezien het in de koopovereenkomst reeds bepaalde, niet gecompenseerd kunnen worden door aanpassing van de EBIT 2008. Voor de door Maetis voorgestelde wijziging van de multiplier geldt volgens het hof hetzelfde.

Maetis betoogt in cassatie dat zij als mogelijke berekeningswijzen aanpassing van de EBIT 2008 of de multiplier heeft voorgesteld omdat de koopprijs op deze twee parameters is gebaseerd. De later aan het licht gekomen feiten hadden daarin verdisconteerd kunnen en moeten worden. De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof dat extra kosten in 2009 niet in deze parameters verdisconteerd kunnen worden omdat de koopovereenkomst deze reeds bepaalt, zonder nadere motivering onbegrijpelijk is. Daarnaast geeft het oordeel van het hof dat de koopovereenkomst aan aanpassing van de parameters in de weg staat, blijk van een onjuiste rechtsopvatting – de rechter heeft op grond van artikel 6:230 lid 2 BW juist de bevoegdheid een overeenkomst aan te passen. Maetis betoogt voorts dat het hof het dwalingsnadeel zelf had kunnen berekenen. De Hoge Raad gaat hierin mee: nu het hof enkel de voorgestelde berekeningswijze van het nadeel en niet de dwaling zelf afwijst, had het de omvang van het nadeel zelf moeten vaststellen dan wel schatten.

Tot slot overweegt de Hoge Raad ten aanzien van de te nemen voorziening dat het hof de stelling dat de BV's in tegenstelling tot Maetis al die tijd van de vordering op de hoogte waren, niet heeft verworpen. Het oordeel dat de zonder de voorziening gedeponeerde jaarrekening leidend zou zijn, is daarom, zonder nadere motivering, onbegrijpelijk.

De overige klachten behoeven óf geen behandeling, óf kunnen niet tot cassatie leiden, hetgeen op grond van artikel 81 lid 1 RO geen nadere motivering behoeft. De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst het geding naar het Hof Den Bosch. De BV's worden in de kosten veroordeeld.

F.C.W. Wijffels, januari 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-12-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1910

Zaaknummer: 18/03009

Rechters: E.J. Numann, C.E. du Perron, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: K. Teuben

Wetsartikelen: 6:228 BW en 6:230 BW

RECHTSPRAAK

Stichting bedrijfstakpensioenfonds voor het schoonmaak- en glazenwassersbedrijf/gedaagden 1 en 2

Hoofdelijke aansprakelijkheid bestuurders ex artikel 23 Wet Bpf voor het niet tijdig betalen van de aan het Pensioenfonds verschuldigde bedragen. Geen rechtsgeldige melding betalingsonmacht gedaan. Beroep op verjaring, rechtsverwerking, overmacht en matiging slaagt niet.

Feiten

Op 15 januari 2016 is Bedrijf in staat van faillissement verklaard. Vanaf de datum van oprichting was gedaagde 1 enig zelfstandig bevoegd bestuurder van Bedrijf. Gedaagden 1 en 2 zijn broers. Bedrijf is (verplicht) deelnemer in het Pensioenfonds en uit dien hoofde bijdragen verschuldigd aan Stichting bedrijfstakpensioenfonds voor het schoonmaak- en glazenwassersbedrijf (hierna: het Pensioenfonds). Bij brieven van 2 oktober 2018 heeft het Pensioenfonds gedaagden 1 en 2 hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de achterstallige betaling van pensioenpremies door Bedrijf. Het Pensioenfonds vordert de kantonrechter om gedaagden 1 en 2 hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 275.225,21, te vermeerderen met de wettelijke rente en de buitengerechtelijke kosten, met hoofdelijke veroordeling van gedaagden 1 en 2 in de kosten van de procedure, de beslagkosten daarin begrepen.

Oordeel

Tussen partijen is niet in geschil dat Bedrijf in gebreke is gebleven met volledige en tijdige betaling van de aan het Pensioenfonds verschuldigde bijdragen. In deze procedure dient te worden beoordeeld of gedaagden 1 en 2 op grond van artikel 23 Wet Bpf hoofdelijk aansprakelijk hiervoor zijn. Nu gedaagden 1 en 2 afzonderlijk verweer hebben gevoerd beoordeelt de rechtbank de vorderingen afzonderlijk. De rechtbank is van oordeel dat gedaagde 1 op grond van artikel 23 Wet Bpf hoofdelijk aansprakelijk is voor de onbetaald gebleven bijdragen aan het Pensioenfonds, omdat gedaagde 1 bestuurder van Bedrijf is. Nu geen rechtsgeldige melding betalingsonmacht is gedaan, wordt vermoed dat de niet-betaling

van de bijdragen door Bedrijf aan de bestuurder is te wijten. Daarbij gaat de rechtbank uit van de juistheid van het door het Pensioenfonds gevorderde bedrag, omdat gedaagde 1 geen nadere toelichting heeft gegeven op zijn verweer. De oudste onbetaald gebleven premienota is op 27 februari 2014 opeisbaar is geworden. Vanaf dat moment is ook de vordering op gedaagde 1 opeisbaar geworden en is de verjaringstermijn van artikel 3:308 BW aangevangen. Toen het Pensioenfonds gedaagde 1 op 2 oktober 2018 aanschreef, was van een voltooide verjaringstermijn van vijf jaar dus geen sprake. Het verjaringsverweer kan daarom niet slagen. Met het Pensioenfonds is de rechtbank van oordeel dat een beroep op overmacht niet af kan doen aan de hoofdelijke aansprakelijkheid van gedaagde 1. De omstandigheid dat gedaagde 1 slechts formeel bestuurder was en zich in de praktijk niet met het bestuur heeft bemoeid of mocht bemoeien is geen geldige verontschuldiging voor het niet zorgdragen voor de betaling van de bijdragen. Een beroep op matiging wordt derhalve afgewezen. Beoordeeld dient te worden of gedaagde 2 het beleid van Bedrijf (mede) heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Naar het oordeel van de rechtbank is gebleken dat gedaagde 2 zich daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen. Nu geen rechtsgeldige melding betalingsonmacht is gedaan, wordt ook ten aanzien van gedaagde 2 vermoed dat de niet-betaling van de bijdragen door Bedrijf aan hem als feitelijk bestuurder is te wijten. De rechtbank is derhalve van oordeel dat ook gedaagde 2 hoofdelijk aansprakelijk is voor de onbetaald gebleven bijdragen. Zijn verweer dat de premienota's onvoldoende zijn gespecificeerd kan niet slagen. Gedaagde 2 heeft zijn verweer op dit punt niet nader toegelicht en geconcretiseerd. Dat had wel op zijn weg gelegen. Daarom wordt ook ten aanzien van gedaagde 2 uitgegaan van de juistheid van het door het Pensioenfonds gevorderde bedrag van € 275.225,21. Ook de door gedaagde 2 aangedragen omstandigheden zijn onvoldoende om een beroep op matiging te kunnen rechtvaardigen. Op grond van bovenstaande overwegingen oordeelt de rechtbank dat beide gedaagden hoofdelijk aansprakelijk zijn tot betaling aan het Pensioenfonds van een bedrag van € 275.225,21.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:9621

Zaaknummer: C/10/561408 / HA ZA 18-1024

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: E. Bakhuis, J.F. Bienfait en P.A. Visser

Wetsartikelen: 23 Wet Bpf

RECHTSPRAAK

Rabobank/Bestuurder Polux-groep

Bank vordert betaling door borg. Borg beroept zich op ontbreken toestemmingsvereiste echtgenote. Rechtbank wijst vordering af. Hof vernietigt dit vonnis en wijst vordering toe.

Rabobank heeft financiering verstrekt aan de Polux-groep. Geïntimeerde ('de Bestuurder'), A en B hebben zich borg gesteld voor deze financieringen. Nadat de Polux-groep in staat van faillissement is verklaard, spreekt de Rabobank de Bestuurder aan op grond van de borgstelling. Met B heeft Rabobank een schikking getroffen en A wordt niet aangesproken. De echtgenote van de Bestuurder brengt een vernietigingsverklaring uit omdat zij geen toestemming heeft verleend voor de borgstelling. De rechtbank heeft geoordeeld dat de borgstelling rechtsgeldig is vernietigd.

De Bestuurder betoogt in hoger beroep dat de verstrekte financiering niet kan worden beschouwd als een rechtshandeling die is verricht ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening. Hiertoe wordt onder meer aangevoerd dat een gedeelte van de financiering is gebruikt voor de aanschaf van een pand en een ander gedeelte (door middel van een doorleenconstructie) is gebruikt voor financiering van een andere vennootschap. Nu die vennootschap niet heeft te gelden als de schuldenaar, valt deze financiering buiten de normale bedrijfsactiviteiten van de Polux-groep, aldus de Bestuurder.

Het hof overweegt dat de uitzondering uit artikel 1:88 lid 5 BW restrictief moet worden uitgelegd (vgl. HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5526) en oordeelt dat de financiering is aangegaan binnen de normale bedrijfsuitoefening van de Polux-groep. Het hof oordeelt dat de aanschaf van een bedrijfspand een normale bedrijfsactiviteit betreft en past binnen de statutaire doelomschrijving. De tweede financiering is gebruikt als aanvullend werkkapitaal voor een van de werkmaatschappijen. Ook dit betreft aldus het hof een normale bedrijfsactiviteit (voor die werkmaatschappij) en de Bestuurder heeft zich dus als borg verbonden voor deze schulden, zonder dat daar toestemming van de echtgenote voor zou zijn vereist.

De verplichtingen waren weliswaar omvangrijker dan bij eerdere financieringen, maar dit

staat er niet aan in de weg dat de financiering binnen de statutaire doelomschrijving van de betreffende vennootschappen valt. De stelling dat een gedeelte van de financiering is doorgeleend, wordt als onvoldoende onderbouwd verworpen. Het hof overweegt daartoe dat de financiering berustte op een onderbouwde aanvraag, waaruit niet van ongebruikelijke dan wel onverantwoorde risico's blijkt.

De Bestuurder beroept zich verder op schuldeisersverzuim zijdens de Rabobank, nu de Rabobank hem, na het faillissement van de Polux-groep, de kans zou hebben ontnomen om het verlies op de verstrekte financiering te beperken, nu de curator een aanzienlijke debiteurenpost niet heeft weten te innen. Het hof oordeelt echter dat het de curator is die verantwoordelijk is voor het al dan niet innen van de debiteurenpost, niet de Rabobank. Van schuldeisersverzuim is dan ook geen sprake.

Ten slotte beroept de Bestuurder zich op het gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel nu de Rabobank haar vordering op de Bestuurder niet heeft beperkt tot een bedrag gelijk aan het bedrag waarvoor de Rabobank met B een schikking is overeengekomen. Het hof verwerpt dit onvoldoende onderbouwde verweer nu het op de weg van de Bestuurder ligt om aan te tonen waarom dit handelen van de Rabobank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is jegens de Bestuurder.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en veroordeelt de Bestuurder tot betaling van de borgsom aan de Rabobank.

T.M. Goudzwaard, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4202

Zaaknummer: 200.226.560/01 OK

Rechters: J.W.M. Tromp, G.C.C. Lewin en S.B. van Baalen

Advocaten: C.J. Jager en E. Hoekstra

Wetsartikelen: 1:88 lid 1 onder c jo. lid 5 BW, 1:89 BW, 6:58 BW en 6:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Euro Maksim Plaza B.V./X

Bestuurder is niet aansprakelijk voor het onbetaald blijven van een vordering na turboliquidatie van een Stichting Beheer Derdengelden omdat uit getuigenverhoren blijkt dat de vordering contant is voldaan aan de bestuurder van de schuldeiser.

Euro Maksim Plaza B.V. ('EMP') houdt mevrouw X aansprakelijk omdat zij als bestuurder van een Stichting Beheer Derdengelden ('de Stichting') is overgegaan tot een turboliquidatie van de Stichting, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de Stichting aan EMP nog een bedrag van in hoofdsom € 4.500 schuldig was. Volgens EMP was mevrouw X persoonlijk gehouden om te zorgen dat die verplichting van de Stichting werd voldaan. Mevrouw X heeft als verweer gevoerd dat de Stichting op 16 oktober 2006 op verzoek van EMP, bij monde van haar bestuurder/grootaandeelhouder, € 4.500 heeft betaald aan deze bestuurder. Daarom zou EMP geen schade hebben geleden door de turboliquidatie. De betaling zou zijn gedaan door de heer Y, de voormalige kantoorgenoot en echtgenoot van mevrouw X. De heer Y is in de procedure als getuige gehoord. Hij heeft verklaard dat de bestuurder van EMP op vrijdag 13 oktober 2006 het kantoor van de heer Y heeft bezocht en om geld heeft gevraagd, dat hij op maandag 16 oktober 2006 wederom op kantoor is geweest en toen een bedrag van € 4.500 in ontvangst heeft genomen dat direct daarvoor contant was opgenomen door de heer Y en mevrouw X. De bestuurder van EMP is tevens als getuige gehoord en heeft als zodanig verklaard dat hij inderdaad op vrijdag 13 oktober 2006 op het kantoor van de heer Y is geweest omdat hij hoopte geld te ontvangen, maar dat hij op 16 oktober 2006 niet op kantoor is geweest en geen geld heeft ontvangen. Het hof gaat ervan uit dat een van de partijen bewust niet de waarheid spreekt, nu zij elkaar vierkant tegenspreken.

Voor de juistheid van de stelling dat de bestuurder op 16 oktober 2006 € 4.500 heeft ontvangen, is steun te vinden in de verklaring van de heer Y, aangevuld met de daarmee in essentie overeenstemmende partijgetuigenverklaring van mevrouw X, alsmede de eerder door hen afgelegde verklaringen. Daartegenover staan enkele omstandigheden, waaronder de omstandigheid dat de heer Y van verschillende cliënten zonder hun toestemming gelden van de derdenrekening heeft opgenomen en (onder meer) daarvoor strafrechtelijk is veroordeeld.

Dit levert volgens het hof grond op voor terughoudendheid bij het beoordelen van zijn verklaringen met betrekking tot de feiten die in deze procedure aan de orde zijn. Daarbij neemt het hof wel in aanmerking dat het strafvonnis niet ingevolge artikel 161 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dwingend bewijs oplevert in deze procedure, nu gesteld noch gebleken is dat het strafvonnis in kracht van gewijsde is gegaan en het voorts andere feiten betreft. De terughoudendheid geldt niet voor de verklaringen van mevrouw X. Dan komt het hof bij de verklaring van de bestuurder, die heeft verklaard dat hij op 16 oktober 2006 geen geld voor EMP heeft ontvangen van de heer Y. De inhoud van deze verklaring roept sterke twijfel op over de betrouwbaarheid ervan. Om te beginnen valt op dat de verklaring van de bestuurder over de gebeurtenissen op vrijdag 13 oktober 2006 niet alleen afwijkt van een eerdere verklaring, maar ook onwaarschijnlijk voorkomt. Daarnaast verwijst het hof naar een eerder vonnis (over een andere kwestie maar tussen dezelfde partijen) waarin de verklaring van de bestuurder van EMP ongeloofwaardig is bevonden door de rechtbank.

Voorts heeft EMP nog aangevoerd dat de handtekening op het kasopnamebewijs bij de bank niet van mevrouw X afkomstig is, hetgeen haar verklaring dat zij bij de kasopname aanwezig was, zou ontkrachten. Hier is niet van toepassing de regel van artikel 159 lid 2 Rv dat een onderhandse akte waarvan de ondertekening stellig wordt ontkend door de partij tegen welke zij dwingend bewijs zou leveren, geen bewijs oplevert zolang niet bewezen is van wie de ondertekening afkomstig is. Degene die de handtekening hier stellig ontkent, is immers EMP, en zij is geen partij tegen wie het kasopnamebewijs op grond van artikel 157 lid 2 Rv dwingend bewijs zou leveren (dat zijn de heer Y, mevrouw X en de Stichting). Nu EMP zich erop beroept dat de handtekening op het kasopnamebewijs niet door mevrouw X is geplaatst, hetgeen mevrouw X van haar kant betwist, rust op EMP de bewijslast van haar stelling. EMP heeft een rapport in het geding gebracht waaruit zou blijken dat de geplaatste handtekening niet de echte handtekening van mevrouw X betreft. De voorlopige conclusies van de rapporteurs brengen echter volgens het hof niet mee dat EMP bewijs heeft geleverd van haar betwiste stelling dat mevrouw X geen handtekening heeft geplaatst op het kasopnamebewijs. Het hof verwierpt die stelling derhalve. De slotsom is dat het hof bewezen acht dat de bestuurder van EMP op 16 oktober 2006 een bedrag van € 4.500 heeft ontvangen van de heer Y. Dat brengt mee dat de vordering van EMP tegen mevrouw X niet slaagt.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, december 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 19-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3014

Zaaknummer: 200.202.312/01

Rechters: F.R. Salomons, A.D. Kiers-Becking en B.R. ter Haar

Advocaten: M. de Boorder

Wetsartikelen: 159 lid 2 Rv en 157 lid 2 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/Woningstichting Rochdale

Aansprakelijkheid van (eerst statutair en daarna titulair) bestuurder van woningbouwcorporatie voor ten onrechte genoten beloningsbestanddelen op grond van artikel 2:9 BW en/of artikel 7:661 BW.

Feiten

Woningstichting Rochdale ('Rochdale') is een toegelaten instelling in de zin van de Woningwet. Zij dient het Besluit Beheer Sociale Huursector (BBSH) na te leven. In het BBSH is bepaald dat de toegelaten instelling zorg dient te dragen voor een sobere en doelmatige bedrijfsvoering. Werknemer is per 1 juni 1984 in dienst getreden bij een rechtsvoorganger van Rochdale (hierna: Rochdale oud). Hij is op 30 augustus 1994 benoemd tot statutair bestuurder van Rochdale oud en per 1 april 1997 tot bestuursvoorzitter. Hij is tot 1 januari 2004 bestuursvoorzitter van Rochdale oud gebleven. De arbeidsvoorwaarden van de bestuurders van Rochdale oud werden vastgesteld door de raad van toezicht (RvT). De arbeidsvoorwaarden werden voorbereid in de zogenoemde kleine commissie. Per 1 januari 2004 is Rochdale ontstaan uit een fusie van Rochdale oud met Patrimonium. Werknemer is per 1 januari 2004 benoemd als statutair bestuurder van Rochdale, naast de bestuursvoorzitter. Samen vormden zij de raad van bestuur (hierna: RvB). Per 1 januari 2006 is werknemer teruggetreden als statutair bestuurder. De RvC heeft Deloitte verzocht een onderzoek in te stellen naar de beloning van de (voormalige) bestuurders van Rochdale, onder wie werknemer. Bij brief van 2 oktober 2009 heeft Rochdale – onder verwijzing naar het rapport van Deloitte – een bedrag van € 1.784.373 vermeerderd met rente van werknemer teruggevorderd. Bij brief van 18 december 2009 heeft de officier van justitie aan de advocaat van werknemer laten weten dat op grond van het opportuniteitsbeginsel is besloten werknemer niet te vervolgen. De bestuursvoorzitter is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf in verband met omkoping, witwassen, oplichting en valsheid in geschrifte, meened en het doen van een valse belastingaangifte. De minister van VROM heeft Rochdale gevraagd om het te veel betaalde terug te vorderen van de bestuurders. Bij eindvonnis van 24 november 2016 heeft de kantonrechter in conventie werknemer onder meer veroordeeld tot

betaling van een bedrag van € 91.186,21 aan schadevergoeding wegens vroegpensioen, en een bedrag van € 220.722 aan schadevergoeding wegens te veel betaalde bezoldiging. Het hof zal de zaak zelfstandig opnieuw beoordelen. Centraal staat de vraag op welke beloning werknemer aanspraak kon maken als (eerst statutair en daarna titulair) bestuurder van Rochdale.

Oordeel

Er is in de periode dat werknemer statutair bestuurder, maar ook werknemer was, sprake van samenloop van aansprakelijkheid op basis van artikel 2:9 BW en artikel 7:661 lid 1 BW. De criteria 'ernstige verwijtbaarheid' ex artikel 2:9 BW en 'opzet of bewuste roekeloosheid' ex artikel 7:661 BW zijn echter niet gelijk te stellen. De aansprakelijkheid die in de periode tot 1 januari 2006 in geschil is, betreft uitsluitend de invulling van de functionele relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon. Er is geen beletsel de aansprakelijkheid in deze periode uitsluitend op artikel 2:9 BW te baseren. De bepalingen ter zake van de honorering van de RvB, de vertegenwoordiging van de rechtspersoon in geval van strijdig belang tussen de bestuurders en de rechtspersoon en de informatieverplichting van de RvB jegens de RvC zijn alle statutaire bepalingen die Rochdale beogen te beschermen. Dit betekent dat in beginsel aansprakelijkheid vaststaat als werknemer (toen in hoedanigheid van bestuurder) deze statutaire bepalingen niet heeft gevolgd en Rochdale hierdoor schade heeft geleden. Op 1 januari 2006 is werknemer teruggetreden als statutair bestuurder en vanaf dat moment was hij titulair bestuurder. Dit betekent dat voor de beoordeling van zijn aansprakelijkheid artikel 2:9 BW niet langer rechtstreeks van toepassing is, waar het gaat om zijn gedragingen van na deze datum. Werknemer was echter nog wel in dienst van Rochdale, hetgeen betekent dat hij voor gedragingen vanaf dat moment nog wel op grond van artikel 7:661 BW aansprakelijk kan worden gehouden voor door Rochdale geleden schade. Het hof zal per beloningsbestanddeel beoordelen of dit aan werknemer is toegekend door het bevoegd orgaan en zo neen, of werknemer ter zake een ernstig verwijt kan worden gemaakt, dan wel of hem opzet of bewuste roekeloosheid kan worden verweten. De slotsom is vooralsnog dat werknemer jegens Rochdale aansprakelijk is voor een schade ter hoogte van in totaal € 2.189.656. Het eigenschuldverweer van werknemer slaagt niet. Het hof is van oordeel dat werknemer onder de gegeven omstandigheden tevens te weinig heeft gesteld om het oordeel te dragen dat Rochdale onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. Het hof verzoekt Rochdale een opstelling te maken van het eventueel nog aan werknemer toekomende (achterstallige) salaris en de gevolgen die dit – uitgaande van verrekening – heeft voor haar vordering.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 19-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3010

Zaaknummer: 200.213.686

Rechters: M.J. van der Ven, J.M.T. van der Hoeven-Oud en R.S. van Coevorden

Advocaten: J.W. Verhoef en G.R. Derksen

Wetsartikelen: 2:9 BW en 7:661 BW

RECHTSPRAAK

A-certificaathouders/bestuur Golfclub Amelisweerd

OK; enquête. Enquêteverzoek van groep certificaathouders naar beleid en gang van zaken golfclub vanwege ontevredenheid over koerswijziging door OK afgewezen.

Beheermaatschappij Golfbaan Amelisweerd B.V. ('BGA') exploiteert via de vennootschappen Exploitatiemaatschappij Golfbaan Amelisweerd B.V. ('EGA') en Landgoed Amelisweerd B.V. ('Landgoed') een golfbaan genaamd Amelisweerd ten behoeve van de leden van vereniging Utrechtse Golfclub Amelisweerd ('UGA'). Anders dan bij andere golfbanen, voorzien de leden in het vermogen dat de golfbaan nodig heeft om voort te bestaan. BGA heeft vier verschillende soorten aandelen (A, B, C en D) uitgegeven, die allemaal gehouden worden door een STAK. De STAK heeft certificaten uitgegeven die corresponderen met het soort aandeel.

Aanvankelijk bestaan er slechts drie soorten aandelen (A, B en C). B- en C-certificaten zijn bestemd voor bedrijven. A-certificaten zijn bestemd voor natuurlijke personen en geven het recht om tegen betaling van een jaarlijks speelrecht en een contributie gebruik te maken van de golfbaan. Ook geven A-certificaten recht op dividenden of de liquidatieopbrengsten. Op een gegeven moment verslechtert de financiële situatie van de golfclub, onder andere door de veranderende golfwereld, en besluit BGA een D-aandeel uit te geven. Dit biedt de mogelijkheid nieuwe leden te werven voor UGA, via een lidmaatschapsvorm met een lagere instapvergoeding en een aanzienlijk hoger speelrecht.

Deze maatregel maakt deel uit van een grotere koerswijziging. Een groep A-certificaathouders is het met deze koerswijziging oneens en dient een enquêteverzoek in bij de OK. De A-certificaathouders menen om verschillende redenen dat, vanaf het besluit tot introductie van de D-certificaten, in het beleid onvoldoende rekening is gehouden met de bestaande groep A-certificaathouders.

De OK oordeelt allereerst over enkele ontvankelijkheidsvraagstukken. De verweersters en de STAK beweren dat verzoekers niet aan de kapitaalseis voldoen. De OK oordeelt echter dat het verzoek wordt gedaan door houders van certificaten van aandelen die gezamenlijk meer dan een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal van BGA vertegenwoordigen. Verweersters

stellen verder dat, voor zover het verzoek is gericht tegen UGA, UGA geen onderneming in stand houdt, waardoor de regeling van het enquêterecht ex artikel 2:344 sub b BW niet op UGA van toepassing is. Hier gaat de OK in mee. Ten aanzien van EGA en Landgoed worden verzoekers wel ontvankelijk verklaard. De vennootschappen worden gekwalificeerd als een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding. Het beleid en de gang van zaken van EGA en Landgoed raakt de belangen van de certificaathouders op gelijke wijze als het beleid en de gang van zaken van BGA zelf.

De OK oordeelt voorts dat door de verslechterende financiële situatie bij BGA een faillissement dreigde. Ingrijpen door het bestuur van BGA, EGA en Landgoed was geboden. Gelet op de onderlinge verbondenheid, diende UGA hierbij betrokken te worden. Tegen deze achtergrond werd gekozen voor de uitgifte van D-aandelen. Dit moest de toestroom van nieuwe leden bevorderen en vervolgens meer inkomsten uit speelrecht voor EGA bewerkstelligen. BGA, EGA en Landgoed zagen dat de A-certificaathouders moesten toekijken hoe de waarde van hun certificaten als gevolg van de veranderende golfwereld afnam ten gunste van de D-certificaten. Tegelijkertijd zagen zij zich echter genooddaakt de financiering van de exploitatie van de golfbaan aan te passen in lijn met de nieuwe ontwikkelingen. In de gegeven omstandigheden levert het handelen van (het bestuur van) BGA, EGA en Landgoed geen gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. De OK acht de genomen maatregelen redelijk en wijst het enquêteverzoek van de A-certificaathouders af.

J.M. Schepel, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4088

Zaaknummer: 200.261.427/01 OK en 200.266.704/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, C.C. Meijer, F. van der Wel en D.E.M. Aleman

Advocaten: J.G.J. Elslo, S.W. Holterman en J.L. van Maanen

Wetsartikelen: 2:344 BW en 2:346 BW

RECHTSPRAAK

Dutch Jatropha Consortium B.V.

Hof oordeelt evenals rechtbank dat er sprake is van onzorgvuldig handelen door de meerderheidsaandeelhouder jegens de minderheidsaandeelhouder wegens het ontnemen van een ‘corporate opportunity’ en de ontbinding van de vennootschap. Geen toepassing Poot/ABP, schade is rechtstreeks geleden.

Gedaagde is aandeelhouder van Ter Voorde Beheer BV (‘TVB’). TVB heeft de vennootschap Dutch Jatropha Consortium BV (‘DJC’) opgericht die zich zal bezighouden met het opzetten van plantages in Mozambique ten behoeve van de productie van biobrandstof. Gedaagde komt daarvoor in contact met de Mozambikaanse vennootschap Niqel, die rechthebbende is van diverse lokale plantages. Via deze vennootschap zullen de projecten van DJC plaatsvinden.

Ter financiering van de projecten komt gedaagde tevens in contact met het Nederlandse Dikon Holding BV (‘Dikon’), een vennootschap die aan het hoofd staat van een groep vennootschappen die zich bezighoudt met onder andere de handel in biobrandstoffen. Dikon zal het project van financiering voorzien, in ruil voor aandelen in DJC. De constructie zal er als volgt uit moeten zien: TVB draagt 90% van de aandelen in DJC over aan Dikon, waardoor TVB als minderheidsaandeelhouder in de door haar opgerichte vennootschap betrokken zal blijven. DJC zal op haar beurt 90% van de aandelen in Niqel verkrijgen, waarbij de overige 10% van die aandelen in handen zal blijven van haar oorspronkelijke oprichter.

Het loopt anders. Zonder overleg met gedaagde neemt Dikon zelf 90% van de aandelen in Niqel over (dus niet via DJC, wat de bedoeling was), zagezegd omdat dit in verband met lokale wetgeving het beste is. Gedaagde, die nu via TVB minderheidsaandeelhouder is van het lege DJC, vraagt daarop of Dikon dan 10% van de aandelen in Niqel aan TVB wil overdragen, zodat gedaagde weer voor 10% gaat participeren in het project. Dikon weigert dit, omdat de bijdrage van gedaagde in het project nihil zou zijn. Aangezien DJC een lege vennootschap is, heeft Dikon als meerderheidsaandeelhouder besloten tot ontbinding van DJC.

Het hof is, evenals eerder de rechtbank, van oordeel dat Dikon als

meerderheidsaandeelhouder van DJC onzorgvuldig jegens TVB als minderheidsaandeelhouder heeft gehandeld door DJC de *corporate opportunity* te ontnemen de aandelen in Niquel (en daarmee de plantages in Mozambique) te verwerven. Het is immers steeds de bedoeling geweest dat TVB voor 10% in de projecten zou blijven deelnemen. De bijdrage van gedaagde ligt in het feit dat zij het project heeft opgezet en Niquel en Dikon bij elkaar heeft gebracht. Omdat op Dikon, op grond van artikel 2:8 BW, de verplichting rust om voldoende zorgvuldigheid jegens gedaagde als (indirect) minderheidsaandeelhouder te betrachten, mocht zij zonder toestemming van gedaagde of zonder hem schadeloos te stellen niet rechtstreeks in Niquel investeren.

Dikon heeft nog aangevoerd dat gedaagde en TVB geen recht hebben op schadevergoeding, omdat het met name DJC is die schade heeft geleden. Gedaagde en TVB kunnen op grond van het *Poot/ABP*-arrest geen afgeleide schade vorderen. Volgens het hof gaat dit verweer niet op. Ten eerste niet omdat DJC reeds is ontbonden, waardoor DJC zelf niet in de gelegenheid is schadevergoeding van Dikon te vorderen (heropening van de vereffening is hier volgens het hof niet voor bedoeld). Ten tweede niet omdat het schenden door de meerderheidsaandeelhouder van de plicht zich zorgvuldig te gedragen jegens de minderheidsaandeelhouder los staat van de vraag of Dikon onzorgvuldig heeft gehandeld jegens DJC. De vordering van TVB heeft volgens het hof betrekking op rechtstreekse schade aan haar aandelen, vanwege de door Dikon bewerkstelligde ontbinding van DJC.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank dat Dikon jegens gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld door DJC de *corporate opportunity* te ontnemen zonder schadeloosstelling en vervolgens DJC te ontbinden en veroordeelt Dikon tot vergoeding van de schade.

S.L. Haanschoten, december 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4066

Zaaknummer: 200.240.372/01

Rechters: J.M. de Jongh, M.M. Korsten-Krijnen en J.G. Sijmons

Advocaten: A.W. van der Veen en H.M. Punt

Wetsartikelen: 2:8 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ontzenuwen bewijsvermoeden belangrijke oorzaak faillissement

Bestuurder slaagt in het ontzenuwen van het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het niet voeren van bestuursrechtelijke procedures levert geen onbehoorlijk bestuur op, onder meer omdat de vennootschap hiervoor niet de financiële middelen had.

Dit arrest ziet op de aansprakelijkheid van de bestuurder van een vennootschap waarin een café werd geëxploiteerd. De bestuurder was met de exploitatie van het café begonnen zonder exploitatievergunning van de gemeente. Nadat de exploitatie is begonnen, wordt alsnog een exploitatievergunning verleend. Er is echter sprake van aanhoudende klachten over geluidsoverlast. Ondanks maatregelen om de geluidsoverlast tegen te gaan, besluit de gemeente de exploitatievergunning in te trekken en beveelt zij het café te sluiten. Kort na de sluiting vraagt de vennootschap haar eigen faillissement aan.

De curator stelt de bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. Hij stelt zich op het standpunt dat sprake is van schending van de administratieplicht en maakt gebruik van het vermoeden dat artikel 2:248 lid 2 BW biedt. In eerste aanleg oordeelt de rechtbank dat de administratie niet voldoet aan de eisen die artikel 2:10 BW daaraan stelt, zodat onbehoorlijk bestuur (onweerlegbaar) vaststaat en (weerlegbaar) wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De rechtbank oordeelt echter dat de bestuurder erin is geslaagd het vermoeden te ontzenuwen dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, zodat de vordering van de curator alsnog wordt afgewezen.

Dit oordeel wordt door de curator bestreden in appel. Het hof overweegt dat vaststaat dat de intrekking van de exploitatievergunning een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De tegen dit oordeel gerichte grief wordt verworpen. De curator stelt zich ook op het standpunt dat de bestuurder zelf schuldig is aan de intrekking van de vergunning, als gevolg

van de wijze waarop het café werd geëxploiteerd en het feit dat hij geen bezwaar heeft gemaakt tegen de intrekking van de exploitatievergunning.

Kort gezegd oordeelt het hof dat de bestuurder voldoende maatregelen heeft genomen om de geluidsoverlast tegen te gaan. Het hof overweegt dat de desbetreffende maatregelen weliswaar eerder genomen hadden kunnen worden, maar dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.

Volgens het hof levert ook het niet voeren van bestuursrechtelijke procedures tegen de intrekking van de exploitatievergunning geen onbehoorlijk bestuur op, waarbij het hof van belang acht dat de vennootschap hiervoor niet de financiële middelen had. Het hof oordeelt dat de bestuurder erin is geslaagd het vermoeden te ontzenuwen dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Volgens het hof is het vervolgens aan de curator om aannemelijk te maken dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling wél een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De curator voert hiertoe een aantal omstandigheden aan, waaronder (wederom) het exploiteren van het café zonder vergunning, het op roekeloze wijze exploiteren van het café, het niet voeren van een debiteurenadministratie, paulianeuze handelingen en het verdwijnen van activa. Ook deze omstandigheden leiden niet tot de conclusie dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, waarbij het hof niet expliciet duidelijk maakt of de genoemde omstandigheden geen onbehoorlijk bestuur opleveren of dat zij geen belangrijke oorzaak van het faillissement vormen.

J.F. Fliek, december 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:8432

Zaaknummer: 200.255.646

Rechters: C.J.H.G. Bronzwaer, B.J. Engberts en A.S. Gratama

Advocaten: F.J. Bleeker en W.J. Brusse

Wetsartikelen: art. 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Schol q.q./X

Bestuurder bouwbedrijf ontkomt aan bestuurdersaansprakelijkheid ondanks discrepanties tussen administratie (art. 2:10 BW) en projectadministratie. De curator slaagt er ook niet in om geknoei met facturen en urenregistratie aan te tonen. Ten slotte is ook geen sprake van selectieve betalingen.

De curator heeft de bestuurder van een bouwbedrijf aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort en betreft bij zijn vordering ook twee gelieerde vennootschappen waarmee het bouwbedrijf een fiscale eenheid vormt. Hij verwijt de bestuurder dat de administratie van het bouwbedrijf niet voldoet aan de eisen van artikel 2:10 BW. Daarnaast zou de bestuurder selectieve betalingen hebben verricht door voorafgaand aan het faillissement diverse vorderingen van beide gelieerde vennootschappen in rekening-courant te verrekenen.

De schending van artikel 2:10 BW baseert de curator met name op de omstandigheid dat de projectadministratie van het bouwbedrijf niet naar behoren was. De projectadministratie was niet aangesloten op de financiële administratie, omdat de daarvoor gebruikte systemen niet met elkaar konden communiceren. Een verplichting om beide administraties zodanig op elkaar aan te sluiten is er evenwel niet.

De curator onderbouwt zijn stelling met een rapport van een onderzoeksbureau. Bij het onderzoek beschikte dit bureau echter niet over de projectadministratie. De bestuurder heeft het onderzoeksbureau van twee overzichten van het onderhanden werk voorzien, waarbij ook een brief van de accountant van het bouwbedrijf (Deloitte) was gevoegd en waarin verschillen tussen de conceptjaarrekening en de definitieve jaarrekening – naar genoegen van het hof – zijn verklaard. Bovendien is gebleken dat de projectadministratie wekelijks werd bijgewerkt en daarmee inzichtelijk was hoe de projecten financieel ervoor stonden. Ook de omstandigheid dat de projectadministratie niet voldeed aan de door de Belastingdienst gestelde eisen, zoals de Belastingdienst heeft gerapporteerd, maakt echter niet – zonder enige toelichting – dat de projectadministratie in samenhang met de overige boekhouding niet het financiële inzicht geeft dat artikel 2:10 BW vereist.

De administratie zou volgens de curator verder ondeugdelijk zijn, omdat een factuur onjuist is aangepast. De bestuurder geeft voor die aanpassing echter een plausibele verklaring, zodat ook daarom niet de conclusie kan worden getrokken dat artikel 2:10 BW is geschonden. Ook de stelling van de curator dat het bouwbedrijf meer werkloosheidsuitkeringen heeft ontvangen dan waar het recht op had, doordat werknemers zouden zijn aangezet om urenstaten achteraf aan te passen, maakt dit niet anders. Het hof overweegt dat, zou van dit geknoei al sprake zijn geweest, daarmee niet zonder meer vaststaat dat de administratie niet langer het vereiste inzicht bood. Hetzelfde geldt voor de enkele omstandigheid dat er mogelijk onregelmatigheden in de urenregistratie zitten.

Waar het arrest betrekking heeft op artikel 2:9 BW wordt ogenschijnlijk ook ingegaan op een door de curator gestelde schending van de Beklamel-norm. De enkele omstandigheid dat het bouwbedrijf in 2010 al een negatief eigen vermogen en liquiditeitsproblemen had, maakt niet dat de bestuurder in 2011 bij het aannemen van dit project de voor aansprakelijkheid vereiste wetenschap van benadeling had. Daarbij weegt het hof mee dat de voorbereiding van dit project al langere tijd liep en het bouwbedrijf nog vier andere projecten had. Het lijkt erop dat het hof de relevante peildatum hier naar voren heeft gehaald, nu het wetenschaps criterium ook tegen dit eerdere moment wordt beoordeeld.

Ten slotte nog kort de verrekening met gelieerde vennootschappen die de curator als onrechtmatige selectieve betalingen aanduidt. Ter zake kan de bestuurder volgens het hof geen verwijt worden gemaakt, omdat samengevat (1) is verrekend binnen de fiscale eenheid en de gelieerde ondernemingen schulden van het bouwbedrijf hadden voldaan en (2) de gewone wijze van betaling van vorderingen was voortgezet. De betaling van de betreffende opeisbare vorderingen beschouwt het hof dan ook niet als onrechtmatige selectieve betalingen.

J.E. van Nuland, december 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:7731

Zaaknummer: 200.224.058/01

Rechters: B.J. Engberts, H.L. Wattel en M.S. van A Dam

Advocaten: T.L.V. de Jong en A.C. Huisman

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW, 2:10 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Thales/Gemalto

OK; vordering tot uitkoop van de minderheidsaandeelhouders van Gemalto Holding B.V. De Nederlandse rechter is bevoegd in deze uitkoopprocedure op grond van artikel 24 aanhef en sub 2 Brussel I-bis Vo, ondanks het feit dat aan de uitkoopprocedure geen besluit van een vennootschapsorgaan ten grondslag ligt. Uitkoper niet gehouden zowel certificaathouder als aandeelhouder te dagvaarden op grond van artikel 2:359a lid 2 BW. Vordering tot uitkoop toegewezen.

De procedure betreft een vordering tot uitkoop die door Thales S.A. ('Thales') is ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders van Gemalto Holding B.V. ('Gemalto'). Ter terechtzitting van de OK van 25 juni 2019 heeft Thales haar uitkoopvordering primair gegrond op artikel 2:359c BW en subsidiair op artikel 2:92a of 2:201a BW.

De OK buigt zich – ten aanzien van het door Gemalto gehouden aandeel in haar eigen kapitaal – over de vraag of de OK op grond van artikel 24 aanhef en sub 2 Brussel I-bis Vo exclusief bevoegd is met betrekking tot vorderingen tot uitkoop uit hoofde van artikel 2:359c BW en artikel 2:92a/201a BW. Onder verwijzing naar het door het Hof van Justitie gewezen arrest *E.On Czech Holding* overweegt de OK dat een uitkoopvordering valt binnen de exclusieve bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat waar de vennootschap is gevestigd. Het gegeven dat de uitkoop niet plaatsvindt op grond van een besluit van een vennootschapsorgaan, zoals in *E.On Czech Holding*, maar op grond van een rechterlijke beslissing op vordering van de meerderheidsaandeelhouder, doet daarbij niet ter zake. In desbetreffend arrest is namelijk overwogen dat de rechterlijke bevoegdheid in dit kader niet afhankelijk mag zijn van keuzes binnen het nationale recht. Voorts oordeelt de OK dat het verschil tussen een besluit van een vennootschapsorgaan en de wens van een meerderheidsaandeelhouder die ten minste 95% van de aandelen en stemrechten heeft, niet wezenlijk is. Bovendien wordt het oogmerk van artikel 24 aanhef en sub 2 Brussel I-bis Vo, met name de rechtszekerheid in de zin van voorspelbaarheid, gediend door de exclusieve bevoegdheid van de rechter in het land waar de vennootschap is gevestigd.

Voorts overweegt de OK dat Euroclear France, als enige Franse effectenbewaarinstelling, niet kan worden aangemerkt als aandeelhouder in de zin van artikel 2:359c BW en dat Thales dus niet is gehouden Euroclear France te dagvaarden. Daarnaast overweegt de OK dat gehouden *American depository shares* ('ADSs') dienen te worden aangemerkt als (roeyeerbare) bewilligde certificaten. Gelet op de gelijkstelling van een certificaat(houder) met een aandeel(houder) in artikel 2:359a lid 2 BW, is Thales niet gehouden zowel de aandeelhouders als de certificaathouders te dagvaarden en heeft Thales voldoende belang bij haar vordering de houders van de ADSs (de certificaathouders) te veroordelen tot het gehangen en gedogen van de overdracht van de aandelen door Deutsche Bank (de aandeelhouder).

De OK overweegt dat Thales 96,67% van de aandelen waarop het bod betrekking had, heeft verworven. De OK vermoedt dat de biedprijs van het bod een billijke prijs is. De OK wijst de vordering tot uitkoop op grond van artikel 2:359c BW toe en stelt de prijs daarbij vast op het bedrag van de biedprijs.

S.R.M.C. Vogelsang, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3663

Zaaknummer: 200.261.208/01

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, C.C. Meijer, P.M. Verboom en C. Smits-Nusteling

Advocaten: G.P. Oosterhoff, R.G.J. de Haan en D.H. Tilanus

Wetsartikelen: 2:359c BW, 2:92a BW, 2:201a BW, 2:359a BW en 24 Brussel I-bis Vo

RECHTSPRAAK

Stichting UBC/Beekman q.q.

Vermoeden artikel 2:248 lid 2 BW ontzenuwd; wel aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW.

Nowa Wies B.V. is eigenaar van een tweetal appartementsrechten, die worden verhuurd ten behoeve van de exploitatie van een seksclub. Enig aandeelhouder en bestuurder van Nowa Wies B.V. is de stichting UBC. De stichting heeft twee natuurlijke personen als bestuurders.

In 2005 heeft Nowa Wies B.V. geld geleend van drie vennootschappen. Ter zekerheid zijn rechten van hypotheek op de appartementsrechten gevestigd. In 2008 verklaart Nowa Wies B.V. dat zij een bedrag van € 44.159,70 verschuldigd is, dat de rente 20% bedraagt en dat een boete van 2% verschuldigd wordt over de hoofdsom bij niet-tijdige betaling van rente en/of aflossing. Nadat in 2011 de vergunning voor exploitatie van de seksclub is ingetrokken, komt er een nieuwe huurder die zich voor vijf jaar vastlegt en die op 1 februari 2013 een vergunning krijgt voor het exploiteren van een seksclub. In februari 2013 heeft deze nieuwe huurder de overeengekomen huur van € 4.500 betaald; daarna is in juli, september en oktober steeds € 2.000 betaald ter zake van huur over de maanden augustus, september en oktober.

Nadat (kennelijk) niet meer aan de verplichtingen uit de leningen wordt voldaan, vinden verschillende procedures plaats tussen de partijen bij de leningsovereenkomst. Voorts heeft de huurder de huur op 1 november 2013 per direct opgezegd, waarmee Nowa Wies B.V. akkoord is gegaan. Op 14 mei 2014 is Nowa Wies B.V. gefailleerd. In deze procedure spreekt de curator de (indirect) bestuurders aan op de voet van artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW.

Ten aanzien van de vordering uit artikel 2:248 BW is van belang dat de openbaarmakingsplicht van de jaarrekening en de administratieplicht niet zijn nagekomen. Daarmee staat op grond van lid 2 vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd door UBC en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. UBC stelt als andere oorzaak van het faillissement dat er oplopende schulden waren en nauwelijks tot geen inkomsten. De eerste huurder van de appartementen moest op enig moment de exploitatie van de seksclub staken en ook daarvoor was de betaling van de huurpenningen reeds grillig. Hierdoor kon Nowa Wies B.V. niet steeds de rente en aflossing op de lening betalen. De schuld

liep hierdoor snel op. Zelfs wanneer de nieuwe huurder de vanaf dat moment verschuldigde huur volledig zou zijn gaan betalen, was het faillissement onafwendbaar geweest, aldus UBC. Het hof oordeelt dat daarmee het vermoeden van lid 2 genoegzaam is weerlegd. De curator heeft voorts niet voldoende gesteld dat (alsnog) sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur door UBC. De vordering ex artikel 2:248 BW ketst daarop af.

De vordering uit artikel 2:9 BW biedt de curator wel soelaas. Het hof oordeelt dat UBC ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door in te stemmen met het per direct opzeggen van de huur terwijl de huurovereenkomst voor vijf jaar was afgesloten en dus nog geruime tijd doorliep. Dit klemde des te meer daar de huurinkomsten op dat moment de enige inkomsten van de vennootschap waren. UBC heeft zich voorts niet vergewist van de financiële positie van de huurder, noch van alternatieven voor de huurbeëindiging. Er was tot slot geen uitzicht op een nieuwe huurder. Voor zover Nowa Wies heeft ingestemd met een verlaging van de huur van € 4.500 per maand naar € 2.000 per maand, geldt m.m. hetzelfde. Ook ernstig verwijtbaar is dat er diverse pinopnamen ten belope van € 5.900 gedaan zijn van de bankrekening van de vennootschap zonder dat duidelijk is waaraan deze bedragen zijn besteed.

Voor het bepalen van de hoogte van de schade wordt naar de schadestaat verwezen. Met name lijkt interessant de begroting van de door de vennootschap geleden schade veroorzaakt door het instemmen met de opzegging van de huur.

O. Oost, december 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:6937

Zaaknummer: 200.221.455/01

Rechters: B.J. Engberts, S.M. Evers en B.F. Assink

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en M.E. van der Lee-Klein Rot

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:9 BW