

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 09, 2020

Nummer 9, 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:2020:801](#) 24-04-2020

Verduidelijking bevoegdheden curator en bestuurder in faillissement

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:797](#) 24-04-2020

Bandidos-motorclubs

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:600](#) 03-04-2020

Onderzoekers/SNS

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:3679](#) 12-05-2020

X/Spindler c.s.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:861](#) 28-04-2020

Jantje van Leyden/bestuurders A4 Bodyfit

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1433](#) 28-04-2020

Vereniging Nederlandse Bond van Dansleraren/Penningmeester

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1440](#) 28-04-2020

Koper aandelen/Verkoper aandelen

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1159](#) 24-04-2020

Kors BV

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1369](#) 21-04-2020

Poging vernietiging bestuursbesluiten mislukt

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1364](#) 21-04-2020

Stichting Ecolamp

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1088](#) 16-04-2020

Impromex Technics en Ergoshop/Nam Beheer

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:982](#) 30-03-2020

Kapitaalbehoefte startup leidt tot onenigheid, enquêteverzoek afgewezen

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:610](#) 02-03-2020

Lamaro/Priogen c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3791](#) 16-10-2019

Belangen minderheidsaandeelhouder stelselmatig veronachtzaamd

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:1851](#) 14-05-2020

SC Cambuur-Leeuwarden B.V. en Betaald Voetbal De Graafschap B.V./Koninklijke Nederlandse Voetbalbond

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:4400](#) 13-05-2020

Afwijzing Peeters/Gatzen-vordering tegen Deloitte, bestuurders en aandeelhouders

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:4257](#) 06-05-2020

Oud-werknemer/Z Taxi

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:2467](#) 30-04-2020

Koninklijke Van den Boer Groep/Certificaathouder

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:1672](#) 29-04-2020

Daniëls q.q./PSH c.s.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:1622](#) 24-04-2020

Bestuurder dient medebestuurder toegang tot administratie te geven

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:3902](#) 22-04-2020

Borsboom q.q./Bestuurder SkyDec

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:1538](#) 15-04-2020

UGO International

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:3067](#) 09-04-2020

Zandleverancier/Indirect bestuurder failliete vennootschap

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:2258](#) 08-04-2020

R&H Beheer II B.V./Bestuurder van Architectenbureau Caetshage B.V.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:1511](#) 07-04-2020

Logistance BV/ SCW c.s.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:1465](#) 01-04-2020

Bestuurdersgeschil stichting

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:2349](#) 18-03-2020

Vernietiging aandeelhoudersbesluiten met betrekking tot gefailleerde vennootschap

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:2683](#) 11-03-2020

Bestuurder aansprakelijk voor terugbetaling leningen vennootschap (Moulin)

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:1464](#) 19-02-2020

Bestuurders niet aansprakelijk vanwege paulianeuze transactie

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:3382](#) 12-09-2019

Bestuurder Bureau Cicero B.V./Gepretendeerd vertrouwenspersoon

RECHTSPRAAK

Bandidos-motorclubs

Het OM verzoekt het verbod en de ontbinding van Bandidos-motorclubs wegens strijd met de openbare orde. Het hof wijst het verzoek ten aanzien van de Nederlandse vereniging toe, maar ten aanzien van de buitenlandse corporatie af. BMC Internationaal kan namelijk niet worden aangemerkt als internationale organisatie. Ook betekent het verbod op BMC Holland niet automatisch dat de lokale chapters ook moeten worden beëindigd. Het OM gaat in cassatie, waar de uitspraak van het hof in stand blijft. De Hoge Raad oordeelt dat het begrip corporatie ruim dient te worden geïnterpreteerd, maar voor onderbouwing en motivering van het verzoek ex artikel 10:122 BW gelden hoge eisen. Het verbod en de ontbinding van een vereniging op de voet van artikel 2:20 lid 1 BW strekt zich niet mede uit tot de afdelingen van die vereniging die zelf als rechtspersoon kunnen worden aangemerkt.

Deze zaak gaat, kort gezegd, over het verbieden en de ontbinding van de Bandidos-motorclubs in Nederland wegens strijd met de openbare orde. Het openbaar ministerie heeft hiervoor verzoeken gedaan, gericht tegen de buitenlandse corporatie Bandidos Motorcycle Club ('BMC Internationaal') en de informele vereniging Bandidos Motorcycle Club ('BMC Holland'), de Nederlandse afdeling van Bandidos.

In eerste aanleg heeft de rechtbank de verzoeken van het OM toegewezen. Zij heeft voor recht verklaard dat de werkzaamheid van BMC Internationaal in strijd is met de openbare orde als bedoeld in artikel 10:122 jo. 2:20 BW en BMC Holland verboden en ontbonden. Het hof heeft de beschikking van de rechtbank betreffende BMC Holland bekrachtigd, maar ten aanzien van BMC Internationaal vernietigd. Volgens het hof kon BMC Internationaal namelijk niet als 'corporatie' in de zin van artikel 10:122 BW worden aangemerkt, nu niet vast was komen te staan dat zij als een wereldwijde, zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten treedt (vgl.

art. 10:117 BW aanhef en onder a).

Het OM heeft tegen deze beschikking van het hof cassatie ingesteld. In cassatie is ten eerste aan de orde of het hof te strenge of onjuiste eisen zou hebben gesteld aan het zijn van een 'corporatie' of aan hetgeen daarvoor aannemelijk moet worden gemaakt. Dit is volgens de Hoge Raad niet het geval. Gelet op de relevante parlementaire geschiedenis moet het begrip corporatie ruim worden uitgelegd. Beslissend is – zoals het hof had overwogen – of BMC Internationaal een wereldwijde, als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optredende motorclub is. Ook heeft het hof terecht hoge eisen gesteld aan de motivering van een verzoek op grond van 10:122 BW, nu toewijzing daarvan leidt tot (i) een ernstige inbreuk op de vrijheid van vereniging en de vrijheid van meningsuiting, waar slecht bij uitzondering plaats voor kan zijn (HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:948 (*Vereniging Martijn*)), en (ii) strafbaarheid van deelname aan werkzaamheden van de corporatie. Voorts heeft het hof, door bij zijn beoordeling omstandigheden te betrekken die (mede) te maken hebben met de hiërarchie en organisatiestructuur van BMC Internationaal, niet te hoge of onjuiste eisen gesteld aan het zijn van een corporatie (o.a. dat geen sprake is van wereldwijde samenwerking, een wereldwijd bestuur dat bindende besluiten kan nemen, wereldwijde vergaderingen of overkoepelende activiteiten. Dit soort zaken wordt allemaal lokaal georganiseerd).

Vervolgens is aan de orde of het door de rechtbank en hof uitgesproken verbod en ontbinding van de (informele vereniging) BMC Holland tevens meebrengt dat de lokale Nederlandse afdelingen ('*chapters*') zijn verboden. In hoger beroep had het hof geoordeeld van niet, omdat het verzoek van het OM zich hiertoe niet had gericht. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand. Als uitgangspunt wordt overwogen dat zowel informele als formele verenigingen afdelingen kunnen hebben, die zelf weer een vereniging kunnen zijn en rechtspersoonlijkheid kunnen bezitten. Een verbod en ontbinding van een vereniging strekt zich volgens de Hoge Raad echter niet automatisch uit tot als rechtspersonen aan te merken afdelingen van een vereniging, omdat (i) artikel 2:20 lid 1 BW strikt moet worden uitgelegd vanwege de ernstige inbreuk op grondrechten die volgt bij toewijzing van een dergelijk verzoek (de Hoge Raad verwijst naar zijn overwegingen met betrekking tot artikel 10:122 BW, zie hierboven), en (ii) uit de tekst van artikel 2:20 lid 1 BW volgt dat toewijzing van het verzoek alleen ziet op de 'rechtspersoon' ten aanzien van wie het verzoek is gedaan. Een ruimere toepassing van artikel 2:20 lid 1 BW zou daarnaast in strijd zijn met artikel 6 EVRM, aldus de Hoge Raad.

T.A. Janse, mei 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 24-04-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:797

Zaaknummer: 19/01401

Rechters: C.A. Streefkerk, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze en C.H. Sieburgh

Advocaten: G.C. Nieuwland, M.W. Scheltema en R.T. Wiegerink

Wetsartikelen: 2:20 BW, 10:122 BW en 10:117 aanhef en onder a BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder aansprakelijk voor terugbetaling leningen vennootschap (Moulin)

Vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid als gevolg van niet aflossen van onderhandse leningen van een inmiddels gefailleerde vennootschap. De rechtbank past, onder meer, de Beklamelnorm toe, en wijst de vorderingen toe.

Eiseres 1 en eiseres 2 zijn zussen. Zus 2 is een bekende van gedaagde uit het verleden. Gedaagde is makelaar ('de makelaar') en sinds 30 november 2007 bestuurder en enig aandeelhouder van de gefailleerde vennootschap Moulin.

Zus 2 heeft op enig moment een overeenkomst van geldlening gesloten met Stichting Residence de Haesestate ('de Stichting') voor een bedrag van € 40.000. Ter uitvoering hiervan is het hele bedrag overgemaakt naar Moulin. De makelaar heeft vervolgens € 30.000 doorgestort naar de Stichting. Zus 2 heeft ook een overeenkomst van investering gesloten met Moulin waarbij zij een bedrag van € 20.000 heeft geleend aan Moulin voor 18 maanden tegen een rente van 20%. Rond dezelfde tijd sluit zus 1 vier overeenkomsten van investering met Moulin en in dat kader is er in totaal € 70.000 aan Moulin geleend tegen dezelfde voorwaarden.

De zussen hebben Moulin herhaaldelijk gesommeerd om het niet doorgestorte bedrag van € 10.000 en de geleende bedragen onder de overeenkomsten van investering terug te betalen. Toen betaling uitbleef, hebben de zussen het faillissement van Moulin aangevraagd. Moulin is vervolgens in staat van faillissement verklaard. De zussen vorderen veroordeling van de makelaar tot (i) betaling van het bedrag van € 10.000 (te vermeerderen met wettelijke rente) aan zus 2, en (ii) betaling van de geleende bedragen onder de overeenkomsten van investering aan zus 1, respectievelijk zus 2.

De zussen leggen aan hun vordering tot betaling van € 10.000 ten grondslag dat de makelaar onrechtmatig heeft gehandeld als bestuurder van Moulin door van de overgemaakte € 40.000 slechts € 30.000 door te storten op de rekening van de Stichting. De makelaar heeft zonder

grondslag het bedrag achtergehouden en in eigen zak gestoken. Van dit handelen kan hem volgens de zussen een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. De makelaar stelt dat de Stichting € 10.000 aan Moulin verschuldigd was en dat de Stichting akkoord is gegaan met verrekening van deze schuld. Als bewijs hiervan overlegt Moulin een e-mail waaruit deze instemming met verrekening kan worden afgeleid. In het geding komt vast te staan dat in de tekst van deze e-mail is geknipt en dat uit de gehele tekst van de e-mail juist blijkt dat de Stichting zelf een vordering op Moulin had. Volgens de rechtbank dient voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de makelaar voor betaling van deze € 10.000 te worden beoordeeld of zijn handelen of nalaten als bestuurder van Moulin ten opzichte van de zussen in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758).

De rechtbank concludeert bevestigend. De makelaar heeft het bedrag van € 10.000 gebruikt om uitgaven van Moulin, waaronder zijn privé-uitgaven, te financieren. Hij had de € 10.000 niet mogen gebruiken om zijn eigen kosten te betalen, zodat van verrekening geen sprake kan zijn. Uit een e-mail van de makelaar aan de Stichting blijkt weliswaar dat de Stichting enig bedrag heeft willen verrekenen, maar van een daadwerkelijke verrekening is niet gebleken. Op een zeker moment heeft de makelaar aan de Stichting toegezegd het bedrag terug te betalen. Vanaf dat moment was de makelaar zich er in ieder geval van bewust dat Moulin het bedrag zonder enige grond onder zich hield. Door haar faillissement kan Moulin dit bedrag niet meer aan zus 2 terugbetalen. De rechtbank veroordeelt de makelaar tot betaling van € 10.000 aan zus 2.

Met betrekking tot de geleende gelden onder de overeenkomsten van investering verwijten de zussen de makelaar dat hij onrechtmatig heeft gehandeld als bestuurder door hen voor te houden dat de geleende bedragen zouden worden gebruikt voor de uitbreiding van een succesvolle onderneming, terwijl Moulin op het moment van aangaan van de overeenkomsten al over onvoldoende middelen beschikte om haar lopende verplichtingen te voldoen en daarnaast de geleende gelden heeft aangewend om deze verplichtingen te voldoen. De zussen doen daarbij een beroep op de Beklamelnorm. De makelaar stelt dat de zussen volledig zijn geïnformeerd over de (benarde) financiële situatie van Moulin. De rechtbank oordeelt dat de makelaar dit verweer onvoldoende heeft gemotiveerd, op basis waarvan vaststaat dat beide zussen dachten in een succesvolle onderneming te investeren.

Daarnaast stelt de makelaar dat hij concreet uitzicht had op inkomsten om de leningen terug te betalen, wat een rechtvaardiging vormt voor het aanwenden van de ontvangen gelden van de zussen voor het financieren van lopende kosten. In dat kader overlegt de makelaar een verklaring waaruit blijkt dat Moulin recht had op een provisie. Daarnaast stelt de makelaar dat hij vlak voor het faillissement dichtbij het sluiten van enkele grote transacties was, waaruit

substantiële provisies zouden voortvloeien. In het geding overleggen de zussen een verklaring van dezelfde persoon, waarin deze persoon verklaart eerstgenoemde verklaring niet te kennen en niet te hebben ondertekend. Op basis daarvan neemt de rechtbank als uitgangspunt dat de verklaring niet juist is. Daarnaast overweegt de rechtbank dat de makelaar € 93.000 heeft geleend van de zussen, zonder voldoende concrete uitzichten op inkomsten en onder het geven van een verkeerde voorstelling van zaken. Daarnaast heeft de makelaar deze gelden gebruikt voor privé-uitgaven. De rechtbank concludeert dat de makelaar onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de zussen en dat hem van dit handelen een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. De rechtbank veroordeelt de makelaar tot betaling van de gevorderde bedragen aan de zussen.

J.J. Trommel, mei 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 11-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:2683

Zaaknummer: C/09/514927 / HA ZA 16-843

Rechters: A.C. Bordes

Advocaten: O.R. van Hardenbroek Ammerstol en S.T.J. van der Weiden

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersgeschil stichting

Eiser, oud-bestuurder van een stichting, is van mening dat gedaagden, de huidige bestuurders van deze stichting, nooit bestuurders zijn geworden, terwijl hij dat zelf altijd is gebleven. Hij vordert bovendien vernietiging van het ontslagbesluit. De rechtbank oordeelt dat eiser rechtsgeldig is ontslagen en gedaagden rechtsgeldig zijn benoemd.

In 2010 is een stichting opgericht die zich richt op de Surinaams-Hindoestaanse gemeenschap in Utrecht en daarvoor allerlei activiteiten organiseert ('de Stichting'). De Stichting is eiser 1. Natuurlijke persoon A, eiser 2, is vanaf de oprichting bestuurder van de Stichting ('de oud-bestuurder'). Natuurlijke personen C en D staan ingeschreven als bestuurders van de Stichting sinds respectievelijk 2012 en 2015, en ook natuurlijk persoon E is ondertussen bestuurder van de Stichting. C, D en E zijn gedaagden ('de huidige bestuurders').

In 2018 ontstond een conflict tussen de oud-bestuurder enerzijds en C en D anderzijds. De oud-bestuurder was van mening dat C en D te weinig voor de Stichting deden. Het conflict tussen de oud-bestuurder, C en D verergerde toen de oud-bestuurder de boekhouding van de Stichting niet geheel ter inzage wilde geven, C en D besloten dat E ook bestuurder van de Stichting moest worden en C en D de echtgenote van de oud-bestuurder, vrijwilligster bij de Stichting, op non-actief zetten. De oud-bestuurder schreef C en D bij de Kamer van Koophandel uit als bestuurders, waartegen C en D bezwaar maakten. Dit bezwaar werd gegrond verklaard. Hierna ontsloegen de huidige bestuurders de oud-bestuurder als bestuurder.

De oud-bestuurder is van mening dat hij niet is ontslagen, omdat de huidige bestuurders geen bestuurders van de Stichting zouden zijn. Mochten zij dat wel zijn, dan is het ontslagbesluit volgens de oud-bestuurder vernietigbaar op grond van artikel 2:8 jo. 2:15 BW. De oud-bestuurder vordert dat (i) voor recht wordt verklaard dat de huidige bestuurders geen bestuurders zijn en dat de oud-bestuurder dit wel is, (ii) het de huidige bestuurders wordt verboden om zich ofwel naar buiten als bestuurders te presenteren, ofwel om negatieve uitslatingen over de Stichting te doen en (iii) de huidige bestuurders worden veroordeeld tot

het verlenen van medewerking bij hun uitschrijving als bestuurder bij de Kamer van Koophandel. De oud-bestuurder vordert in incident, op grond van artikel 223 Rv, vergelijkbare veroordelingen voor de duur van het geding. Tot slot vordert de oud-bestuurder dat er dwangsommen worden opgelegd voor het geval de veroordelingen worden overtreden. De oud-bestuurder stelt de vorderingen tevens namens de Stichting in; deze is echter niet-ontvankelijk, omdat de Stichting enkel rechtsgeldig in rechte kan worden vertegenwoordigd door het bestuur als geheel en dit vormt de oud-bestuurder, zo blijkt, niet. Volgens de huidige bestuurders moeten alle vorderingen worden afgewezen. In reconventie vorderen zij vergelijkbare veroordelingen, maar dan ten aanzien van de oud-bestuurder. Daarnaast vorderen zij de oud-bestuurder te veroordelen tot afgifte van bepaalde aan hen en de Stichting toebehorende spullen, waaronder de administratie van de Stichting. Ook vorderen zij het opleggen van dwangsommen voor overtredingen van het door hen gevorderde.

De rechtbank stelt voorop dat uit artikel 2:286 lid 4 BW volgt dat de benoeming van bestuurders geregeld moet zijn in de statuten van de Stichting. In onderhavig geval is bepaald dat benoemingen geschieden middels een bestuursbesluit. Daarnaast bepalen de statuten van de Stichting hoe bestuursbesluiten genomen dienen te worden. Dit kan zowel in als buiten vergadering, ware het dat van besluiten buiten vergadering een relaas opgemaakt moet worden dat, ondertekend door de voorzitter, bij de notulen moet worden bewaard. C en D zijn niet in vergadering tot bestuurder benoemd en er zijn ook geen schriftelijk vastgelegde benoemingsbesluiten. De rechtbank overweegt dat dit, aangezien de 'opmaak en bewaarvoorwaarde' uit de statuten geen totstandkomingsvereiste is, enkel tot vernietigbaarheid van de besluiten leidt. Een beroep daarop is reeds verjaard. Nu de besluiten niet schriftelijk zijn vastgelegd, zo vervolgt de rechtbank, moet uit de feiten en omstandigheden blijken of de besluiten buiten vergadering zijn genomen (art. 3:59 jo. 3:37 BW).

Wat betreft C volgt uit gedragingen van destijds de oud-bestuurder als enig bestuurder, waaronder het in 2012 van de oud-bestuurder en C samen naar de Kamer van Koophandel gaan om C in te schrijven als bestuurder, dat de oud-bestuurder (stilzwijgend) besloot tot het benoemen van C als bestuurder van de Stichting. D is volgens de rechtbank benoemd in 2015. De Stichting kocht toen een pand dat, op verzoek van de oud-bestuurder, mede gefinancierd werd door D. De bij de koop betrokken notaris merkte op dat de Stichting maar twee bestuurders had, terwijl de statuten drie bestuurders voorschrijven. Met goedkeuring van C is de oud-bestuurder toen met D naar de Kamer van Koophandel gegaan om hem daar in te schrijven als bestuurder. Dit kwalificeert als besluit door de oud-bestuurder en C buiten vergadering. Verder blijkt uit allerhande documenten, waaronder documenten met de titel: bestuursbesluit, waar de namen van de oud-bestuurder, C en D op staan, dat C en D bestuurders van de Stichting zijn. E is in 2019 in vergadering bij toegestane tweederde

meerderheid door C en D tot bestuurder benoemd. De oud-bestuurder verscheen niet in die vergadering, hoewel hij juist en tijdig was uitgenodigd. De oud-bestuurder verscheen eveneens niet in de vergadering van februari 2020 met als onderwerp zijn ontslag, hoewel wederom tijdig en juist uitgenodigd. In die vergadering hebben de huidige bestuurders in overeenstemming met het in de statuten bepaalde besloten tot ontslag van de oud-bestuurder. De oud-bestuurder stelt dat dit besluit vernietigbaar is vanwege strijd met de redelijkheid en billijkheid, omdat hij zijn zienswijze niet heeft kunnen geven. De rechtbank oordeelt dat het beroep van de oud-bestuurder niet opgaat omdat hij tijdig en juist is uitgenodigd en de uitnodiging hem heeft bereikt. Zijn ontslag is rechtsgeldig.

Ten overvloede merkt de rechtbank op dat dit vonnis juridische vragen beantwoordt en niet gaat over wie beter in staat is de Stichting te besturen. Het staat vast dat de Stichting veel aan de oud-bestuurder te danken heeft en dat de oud-bestuurder verreweg de meeste tijd, geld en energie in de Stichting stak. Daar staat tegenover dat ook C en D de Stichting een warm hart toedragen en de oud-bestuurder als bestuurder te solistisch handelde. De oud-bestuurder realiseerde zich dit echter te laat.

De rechtbank wijst alle vorderingen van de oud-bestuurder, in incident en in de hoofdzaak, af. In reconventie verklaart de rechtbank voor recht dat en per wanneer de oud-bestuurder geen bestuurder meer is van de Stichting en verbiedt hem, onder last van een dwangsom, zich nog voor te doen als bestuurder. Het wordt de oud-bestuurder niet verboden negatieve uitlatingen over de Stichting te doen, omdat er volgens de rechtbank geen aanleiding is om te denken dat hij dit zal doen. Ook wordt hij niet veroordeeld tot het verlenen van medewerking bij uitschrijving uit de Kamer van Koophandel nu de Stichting dit zelf kan doen. De oud-bestuurder wordt wel nog veroordeeld tot afgifte van dat gedeelte van de spullen dat helder is omgeschreven en waarvan de Stichting of de huidige bestuurders rechthebbende zijn. Hier worden verschillende dwangsommen aan verbonden.

De oud-bestuurder wordt veroordeeld tot de proceskosten in conventie en reconventie. De beslissingen zijn uitvoerbaar bij voorraad.

F.C.W. Wijffels, mei 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 01-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:1465

Zaaknummer: C/16/489504 / HA ZA 19-92

Rechters: J.K.J. van den Boom

Advocaten: J. de Koning Gans en M.M. van Til

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:15 BW, 2:286 lid 4 BW, 3:37 BW en 3:59 BW

RECHTSPRAAK

UGO International

Een vennootschap vordert aansprakelijkheid van de bestuurder vanwege het verrichten van een onverschuldigde betaling. Door deze betaling is de vennootschap een belangrijke investering misgelopen, waarvan de bestuurder een ernstig verwijt wordt gemaakt. De rechtbank oordeelt dat geen sprake is van een ernstig verwijt, omdat er een contractuele rechtsgrond voor betaling was. Of deze betaling onverschuldigd is verricht moet een arbitrageprocedure vaststellen.

UGO International B.V. ('UGO') heeft met een vof ('de VOF') een managementovereenkomst gesloten, krachtens waartoe gedaagde, een van de partners van de VOF, statutair bestuurder was van UGO. Op een zeker moment gaat het slecht met UGO en besluiten de aandeelhouders om ruim drie ton in UGO te investeren. Na ontvangst van dit geld maakt gedaagde als bestuurder van UGO in diverse tranches ruim € 50.000 over aan de VOF bij wijze van managementvergoeding. Volgens de aandeelhouders heeft de VOF geen recht op dit geld (als gevolg waarvan de betaling onverschuldigd is geschied) en heeft gedaagde ernstig verwijtbaar gehandeld, omdat hij met de betaling aan de VOF de facto zichzelf heeft bevoordeeld (gedaagde is immers partner van de VOF en dus indirect begunstigde).

Bij een procedure tegen de VOF en haar partners ter terugbetaling van het geld op grond van onverschuldigde betaling, heeft de Rechtbank Oost-Brabant zich onbevoegd verklaard, omdat de vordering voortvloeit uit de managementovereenkomst waarin een arbitragebeding was opgenomen. Bij een tweede procedure tegen gedaagde heeft dezelfde rechtbank zich relatief onbevoegd verklaard en de procedure doorverwezen naar de Rechtbank Midden-Nederland (zie ECLI:NL:RBOBR:2019:1362).

In de onderhavige procedure tegen gedaagde, waarin UGO hem persoonlijk aansprakelijk houdt op grond van artikel 2:9 BW, speelt allereerst een discussie of gedaagde wel statutair bestuurder was van UGO. De rechtbank laat dit verder in het midden, omdat gedaagde op zijn minst 'feitelijk beleidsbepaler' was, op wie de norm van artikel 2:9 BW immers ook ziet.

UGO voert aan dat de noodfinanciering van drie ton bedoeld was om UGO te redden en niet om managementvergoedingen uit te betalen. Gedaagde zou dit hebben geweten. Door dit bedrag toch te betalen konden twee crediteuren van UGO niet betaald worden, waardoor een belangrijke investering niet is doorgegaan. Dit alles zou een persoonlijk ernstig verwijt van gedaagde opleveren. De rechtbank is het hier niet mee eens. Er bestond een contractuele grondslag voor betaling van de managementvergoeding. Of de betaling daarvan desalniettemin onverschuldigd geschiedde, moet blijken uit de arbitrageprocedure, die (nog) niet aanhangig is gemaakt. Het feit dat het slecht gaat met UGO betekent niet dat de bestuurder geen managementvergoeding meer mag betalen. Bovendien was gedaagde zelfstandig bevoegd om UGO te vertegenwoordigen.

De vordering wordt afgewezen.

S.L. Haanschoten, mei 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:1538

Zaaknummer: C/16/478794 / HA ZA 19-22

Rechters: F.C. Burgers

Advocaten: M. van Daal en M.J. Elkhuisen

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

SC Cambuur-Leeuwarden B.V. en Betaald Voetbal De Graafschap B.V./Koninklijke Nederlandse Voetbalbond

Vorderingen in kort geding van twee betaaldvoetbalorganisaties tot ongeldigverklaring van het besluit van het bestuur van de KNVB, waardoor deze betaaldvoetbalorganisaties niet promoveren van de eerste divisie naar de eredivisie. De voorzieningenrechter oordeelt dat niet aannemelijk is dat het genomen besluit vernietigbaar is en wijst alle vorderingen af.

SC Cambuur-Leeuwarden B.V. ('Cambuur') en Betaald Voetbal De Graafschap B.V. ('De Graafschap') bezetten de eerste twee plaatsen in de eerste divisie toen het betaald voetbal werd stilgelegd als gevolg van de uitbraak van het Covid-19 virus. Na het verbod van de overheid om tot 1 september 2020 betaaldvoetbalwedstrijden te spelen, diende het bestuur van de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB) ('het bestuur') te beslissen over de eindstand in de eredivisie en eerste divisie en de daarmee samenhangende promotie en degradatie. Het bestuur heeft onder meer besloten om geen promotie en degradatie te laten plaatsvinden tussen de eerste divisie en de eredivisie ('het Besluit'). Als gevolg van het Besluit zullen Cambuur en De Graafschap niet promoveren naar de eredivisie.

Cambuur en De Graafschap vorderen primair dat het de KNVB wordt verboden om uitvoering te geven aan het Besluit en dat zij worden toegelaten tot de eredivisie en subsidiair onder meer dat de KNVB wordt veroordeeld tot het nemen van een nieuw besluit.

Hiertoe stellen Cambuur en De Graafschap dat het Besluit strijdig is met het Reglement Wedstrijden Betaald Voetbal ('het Reglement') en de daarvan onderdeel uitmakende Promotie- en degradatieregeling ('de Regeling'). Deze Regeling voorziet kort gezegd onder meer in de gronden waarop promotie naar de eredivisie plaatsvindt. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat voorzienbaar is dat de Regeling toepassing mist, nu deze Regeling voorziet in een promotieregeling op basis van de eindstand in de 'reguliere' competitie, waarvan in de huidige situatie geen sprake is.

Cambuur en De Graafschap voeren verder aan dat het Besluit vernietigbaar is, omdat het in strijd met de statuten en reglementen tot stand is gekomen (art. 2:15 lid 1 onder a BW). Het Besluit kan volgens Cambuur en De Graafschap enkel worden genomen door wijziging van het Reglement en daartoe is bekrachtiging door de algemene ledenvergadering nodig, hetgeen niet heeft plaatsgevonden. Dit zou het bestuur ook hebben ingezien, waarna zij een peiling onder de leden heeft gehouden. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat de Regeling voorschrijft dat in gevallen waarin de Regeling niet voorziet, het bestuur beslist en dat van een dergelijke situatie in het huidige geval sprake is. Het houden van een peiling kon het bestuur ook uit zorgvuldigheid doen, zonder daarmee een wijziging van het Reglement te beogen. Het is dan ook niet aannemelijk dat het Besluit op grond van artikel 2:15 lid 1 onder a BW vernietigbaar is.

Cambuur en De Graafschap beroepen zich tevens op artikel 6 Mw, nu het Besluit in strijd zou zijn met het kartelverbod en daarom van rechtswege nietig, omdat zij nu als concurrenten zouden worden uitgeschakeld. De voorzieningenrechter oordeelt dat dit standpunt onvoldoende aannemelijk is, nu het hier gaat om een uitzonderlijke situatie die bovendien zonder uitvoerig inhoudelijk debat niet goed beoordeeld kan worden.

De procedure tot het nemen van het Besluit zou volgens Cambuur en De Graafschap in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:15 lid 1 sub b jo. 2:8 lid 1 BW). De voorzieningenrechter oordeelt weliswaar dat de besluitvorming beter had gekund, maar dat geen zodanige gebreken aan de besluitvorming kleven, dat in kort geding geoordeeld kan worden dat het Besluit om die reden vernietigbaar is. Door een peiling te houden onder de leden heeft het bestuur draagvlak willen creëren, maar zij kon, toen uit de peiling geen eenduidig beeld naar voren kwam, terugvallen op haar bevoegdheid zelfstandig een besluit te nemen.

Ook de inhoud van het Besluit is volgens de voorzieningenrechter niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter stond het bestuur voor een moeilijke vraag, waarbij het rekening moest houden met de belangen van alle deelnemende clubs, en zouden er altijd clubs benadeeld worden. Het is dan ook niet aannemelijk dat het Besluit op deze grond vernietigbaar is.

De voorzieningenrechter wijst alle vorderingen van Cambuur en De Graafschap af.

T.M. Goudzwaard, mei 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 14-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:1851

Zaaknummer: C/16/501672 / KG ZA 20-195

Rechters: J.O. Zuurmond

Advocaten: C.A. Segaar, H.J.A. Knijff en E. Oude Elferink

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:14 BW, 2:15 BW en 6 MW

RECHTSPRAAK

R&H Beheer II B.V./Bestuurder van Architectenbureau Caetshage B.V.

Een schuldeiser vordert schadevergoeding uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid jegens een bestuurder van een vennootschap wegens het door de vennootschap niet nakomen van een geldleningsovereenkomst. De bestuurder treft geen persoonlijk ernstig verwijt nu ook (de bestuurder van) de schuldeiser bij het aangaan van de overeenkomst wist dat de vennootschap leeg was, geen activiteiten ontplooiden en dit ook niet zou gaan doen en dus wist welk risico zij liep. De rechtbank wijst de vordering af.

De bestuurder van R&H Beheer II B.V. ('R&H') ('de bestuurder'), de zoon van de bestuurder ('de zoon') en gedaagde zijn oprichters en aandeelhouders van Architectenbureau Caetshage B.V. ('Caetshage'). De zoon voorzag Caetshage vanuit een aannemingsbedrijf ('het aannemingsbedrijf') van opdrachten. Het aannemingsbedrijf verstrekke verschillende leningen aan Caetshage. Op enig moment hebben gedaagde en het aannemingsbedrijf een vof ('de vof') opgericht, waarna de activa en ondernemingsactiviteiten van Caetshage in de vof zijn ingebracht. Caetshage bleef als 'lege bv' achter. R&H heeft vervolgens geld gestort op de rekening van gedaagde vanwege een verstrekte lening aan Caetshage ('de Geldleningsovereenkomst'), waarbij het de intentie van partijen was om van leninggever te wisselen – van het aannemingsbedrijf naar R&H – voordat het aannemingsbedrijf failliet zou gaan en de vordering op Caetshage in de boedel zou vallen. Gedaagde heeft dit bedrag direct doorgestort naar het aannemingsbedrijf.

In een eerdere procedure tussen partijen (316558 / HA ZA 17-37) was in geschil of de Geldleningsovereenkomst was aangegaan met Caetshage of met de vof, waarbij R&H betoogde dat deze was aangegaan met de vof, hetgeen gedaagde betwistte. In die procedure oordeelde de rechtbank dat R&H er niet in was geslaagd te bewijzen dat de Geldleningsovereenkomst was aangegaan met de vof, waarna zij de vordering jegens gedaagde heeft afgewezen. Partijen zijn tegen dat vonnis niet in hoger beroep gegaan.

In de huidige procedure vordert R&H dat gedaagde als bestuurder van Caetshage het onder de Geldleningsovereenkomst geleende bedrag betaalt, waarbij R&H aanvoert dat gedaagde als bestuurder ernstig verwijtbaar en onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld, nu Caetshage haar verplichtingen niet is nagekomen en ook geen verhaal biedt.

De rechtbank stelt voorop dat het uitgangspunt is dat, indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis, enkel de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is daarnaast ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder, waarbij vereist is dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, hetgeen een hoge drempel is (vgl.

ECLI:NL:HR:2008:BC4959 (*Willemsen/NOM*)). De bestuurder kan aansprakelijk zijn indien deze bij het aangaan van die verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden (vgl.

ECLI:NL:HR:2014:2627 (*RCI Financial Services/Kastrop*) en ECLI:NL:HR:1989:AB9521 (*Beklamel*)). Van een zodanige onzorgvuldige gedraging dat daarvan de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, kan sprake zijn wanneer komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (vgl. ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*)).

Vaststaat dat Caetshage bij het aangaan van de Geldleningsovereenkomst niet aan haar verplichtingen kon voldoen, geen verhaal bood en dat gedaagde dit bij het aangaan wist. Hoewel R&H aanvoert dat zij de Geldleningsovereenkomst was aangegaan met gedaagde en deze niet zou zijn aangegaan met een lege bv, oordeelt de rechtbank dat vaststaat dat de Geldleningsovereenkomst niet is aangegaan met de vof (op basis van het eerdere vonnis) en dat R&H ook overigens bestuurdersaansprakelijkheid ten grondslag legt aan haar vordering, zodat de rechtbank ervan uitgaat dat Caetshage de contractspartij is van R&H.

De rechtbank oordeelt vervolgens dat R&H en gedaagde als bestuurder bij het aangaan van de Geldleningsovereenkomst wisten dat Caetshage leeg was, geen activiteiten ontplooiden en dit ook niet zou gaan doen en dus wisten welke risico's zij liepen.

Naar het oordeel van de rechtbank brengen deze omstandigheden, waarbij de bestuurder van R&H volledig op de hoogte was van de toestand van Caetshage, met zich mee dat gedaagde als bestuurder van Caetshage geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Gezien deze kennis van R&H rustte op gedaagde ook geen waarschuwplicht en is geen sprake van opzettelijk onrechtmatig handelen. R&H had haar risico kunnen beperken door zekerheden te vragen, maar heeft dit niet gedaan. De rechtbank wijst de vorderingen af.

T.M. Goudzwaard, mei 2020

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 08-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:2258

Zaaknummer: C/01/347690 / HA ZA 19-420

Rechters: C. Schollen-den Besten

Advocaten: J.J.H. van der Meijden en I.O. Svensson

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Koninklijke Van den Boer Groep/Certificaathouder

Een vennootschap verzoekt de voorzieningenrechter om verlof tot verkoop en overdracht van door haar in executoriaal beslag genomen certificaten. De rechtbank verklaart de in de statuten van verzoekster en administratievoorwaarden van de STAK opgenomen blokkeringsregelingen buiten toepassing en wijst het verzoek toe.

In deze zaak verzoekt Koninklijke Van den Boer Groep B.V. ('verzoekster') aan de rechtbank ex artikel 474g jo. 474aa Rv om de in executoriaal beslag genomen certificaten van verweerster te mogen verkopen.

Verzoekster is de holding van, onder andere, cateraar Maison van den Boer B.V. Verweerster en een beheersmaatschappij ('Beheersmaatschappij') houden middels een STAK certificaten van aandelen in verzoekster. Verzoekster heeft ten laste van verweerster executoriaal beslag gelegd op haar certificaten onder de STAK.

In zowel de statuten van verzoekster als de administratievoorwaarden van de STAK is een aanbiedingsregeling opgenomen. Daarnaast vereisen de administratievoorwaarden voorafgaande goedkeuring van het bestuur van de STAK voor overdracht van de door haar beheerde certificaten.

Verwijzend naar HR 22 juni 2018 (ECLI:NL:HR:2018:429) overweegt de rechtbank dat bij de executie van certificaten artikel 2:195 BW dient te worden toegepast. De rechtbank constateert ook dat de Beheersmaatschappij voorafgaand aan de procedure reeds afstand heeft gedaan van haar rechten onder de statuten en de administratievoorwaarden en dat de medebestuurder van de STAK al haar goedkeuring heeft verleend aan de overdracht van de certificaten.

De rechtbank besluit bij deze stand van zaken, waarin de (indirect) aandeelhouder en bestuurder van verweerster er mogelijk belang bij heeft de overdracht te blokkeren, de blokkeringsregelingen op de voet van artikel 2:195 lid 7 BW buiten toepassing te verklaren.

Voorts verleent de rechtbank verzoekster verlof om de certificaten te verkopen.

T.A. Janse, mei 2020

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 30-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:2467

Zaaknummer: C/01/355358 / EX RK 20-29

Rechters: E. Loesberg

Advocaten: G.T.J. Hoff en J.D. Kleyn

Wetsartikelen: 2:195 BW en 474g Rv

RECHTSPRAAK

**Bestuurder Bureau Cicero B.V./Gepretendeerd
vertrouwenspersoon**

Een bestuurder vordert in kort geding het verbod tot deelneming aan een algemene vergadering waarop zijn ontslag is geagendeerd van een derde, die pretendeert te zijn aangewezen en herbenoemd als vertrouwenspersoon zoals bedoeld in de aandeelhoudersovereenkomst en de statuten om bij staking van de stemmen van de twee 50%-aandeelhouders het besluit te nemen. De rechter oordeelt dat voorshands niet is gebleken dat de derde is (her)benoemd als vertrouwenspersoon in de zin van de statuten van de bv en de aandeelhoudersovereenkomst, verbiedt de derde deel te nemen aan de algemene vergadering en legt een forse dwangsom op als prikkel tot nakoming.

A en X houden beiden afzonderlijk 50% van de aandelen in Bureau Cicero B.V. ('Cicero'). B en Y zijn gezamenlijk bevoegd bestuurder van Cicero. Z is een derde die voornemens is aan een aanstondse algemene vergadering van Cicero deel te nemen als vertrouwenspersoon uit hoofde van een aandeelhoudersovereenkomst tussen A en X en de statuten van Cicero. In het geding staat centraal de vraag of een aandeelhoudersbesluit is genomen waarbij Z tot vertrouwenspersoon is herbenoemd als bedoeld in de aandeelhoudersovereenkomst en de statuten.

In de aandeelhoudersovereenkomst tussen A en X en de statuten van Cicero zijn bepalingen opgenomen waaruit – kort gezegd – voortvloeit dat beide aandeelhouders een derde als vertrouwenspersoon zullen aanwijzen indien ten minste één van de aandeelhouders zulks wenst bij het staken van de stemmen bij het nemen van een besluit in de algemene vergadering. Het voorgenomen besluit wordt alsdan aan deze vertrouwenspersoon voorgelegd en deze dient vervolgens het besluit namens de algemene vergadering al dan niet te nemen.

Voor de aanstondse algemene vergadering is het voorgenomen besluit om B te ontslaan als

statutair bestuurder van Cicero geagendeerd en is Z uitgenodigd om als vertrouwenspersoon aanwezig te zijn. B vordert in kort geding dat Z wordt verboden aan de algemene vergadering deel te nemen, waarbij B stelt dat Z enkel is aangesteld als adviseur van de aandeelhouders en niet als vertrouwenspersoon als bedoeld in de aandeelhoudersovereenkomst en de statuten.

De voorzieningenrechter overweegt dat B een spoedeisend belang heeft bij zijn vordering, omdat de vordering betrekking heeft op de aanstondse algemene vergadering en zijn ontslag als statutair bestuurder een van de agendapunten is.

Vervolgens overweegt de voorzieningenrechter dat uit de overgelegde productie van Z – waaruit volgens Z volgt dat hij in het verleden eerder is benoemd tot vertrouwenspersoon – niet valt op te maken dat Z al eens eerder is benoemd tot vertrouwenspersoon zoals bedoeld in de aandeelhoudersovereenkomst en statuten.

De voorzieningenrechter overweegt verder dat Z hoe dan ook onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij door beide aandeelhouders is herbenoemd zoals voorgeschreven in de aandeelhoudersovereenkomst. Een dergelijk herbenoemingsbesluit is in het geheel niet in het geding gebracht.

De voorzieningenrechter oordeelt dat niet is gebleken dat sprake is van een herbenoemingsbesluit en dat de vordering van B toewijsbaar is. De voorzieningenrechter verbiedt Z om deel te nemen aan, dan wel aanwezig te zijn bij de aanstondse algemene vergadering. Vanwege het feit dat aanzienlijke belangen op het spel staan, bepaalt de voorzieningenrechter daarbij dat Z een dwangsom van € 250.000 verbeurt indien hij dit verbod niet eerbiedigt.

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

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 12-09-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:3382

Zaaknummer: C/08/237045 / KG ZA 19-237

Rechters: M.L.J. Koopmans

Advocaten: M.A.J. Kemps, P.W.H. Stassen en F. Kolkman

Wetsartikelen: 254 Rv

RECHTSPRAAK

Logistance BV/ SCW c.s.

Vordering van investeerder tot medewerking aan aandelenoverdracht. Volgens verkoper is geen overeenkomst tot stand gekomen. Rechtbank oordeelt dat investeerder er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat overeenkomst tot stand is gekomen en verplicht verkoper om mee te werken aan de aandelenoverdracht. Vernietiging van aandeelhoudersbesluiten op grond van art. 2:8 BW.

De heer X is enig bestuurder en (indirect) aandeelhouder van SCW. SCW houdt alle aandelen in ONZE BV ('ONZE'). ONZE fungeert als (tussen)holdingmaatschappij van Vormshop BV ('Vormshop') en is tevens enig aandeelhouder en bestuurder. Vormshop exploiteert een grafisch ontwerpbureau. De heer X exploiteerde eerder een reclamebureau onder de naam JOUW BV dat in 2014 is gefailleerd ('JOUW (oud)'). JOUW (oud) was ook een deelneming van ONZE.

SCW, ONZE, JOUW (oud) en Vormshop worden hierna gezamenlijk 'de Groep' genoemd.

Na het faillissement van JOUW (oud) bleek dat de Groep op korte termijn liquiditeit nodig had. Logistance BV ('Logistance'), met als enig aandeelhouder en bestuurder de heer A, was bereid om in de Groep te investeren. Na het faillissement hebben de heer A en X herhaaldelijk gesproken en onderhandeld over een participatie van Logistance in de Groep en een aan de Groep te verstrekken financiering. De activiteiten van JOUW (oud) zijn vervolgens voortgezet in een door Logistance en SCW nieuw opgerichte BV, JOUW BV ('JOUW'). SCW en Logistance houden ieder 50% van de aandelen in deze nieuwe vennootschap. SCW is enig bestuurder van JOUW. Tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders van JOUW op 7 februari 2019 zijn de jaarrekeningen over 2016 en 2017 vastgesteld. Ook is toestemming verleend aan het bestuur voor het sluiten van een licentieovereenkomst met SCW. De heer A was niet bij deze vergadering aanwezig, maar was wel conform de statuten opgeroepen.

Over de participatie van Logistance in de andere vennootschappen van de Groep is verder gecorrespondeerd via de e-mail. Volgens Logistance was afgesproken dat Logistance 50% van

de aandelen in ONZE zou verkrijgen, tegen een symbolisch bedrag van € 1. Logistance heeft de heer X en SCW bij brief van 29 maart 2019 verzocht binnen twee weken mee te werken aan deze aandelenoverdracht. De heer X en SCW hebben niet aan dit verzoek voldaan.

Logistance dagvaart SCW, ONZE, JOUW en de heer X (gezamenlijk 'SCW c.s.') en vordert primair medewerking van SCW aan de overdracht van 50% van de aandelen in ONZE en een verklaring voor recht dat de heer X en SCW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade van Logistance als gevolg van het niet nakomen van de verplichting tot overdracht. Daarnaast vordert Logistance de besluiten die door de algemene vergadering van JOUW zijn genomen te vernietigen.

De rechtbank overweegt dat een overeenkomst tot stand komt op basis van aanbod en aanvaarding (art. 6:217 BW). De aanvaarding moet inhoudelijk met het aanbod overeenstemmen. Of daarvan sprake is hangt af van wat partijen hebben verklaard en uit elkaars gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daarin in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid (HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241). De persoon van de wederpartij speelt hierbij een rol. Als sprake is van een wederpartij die veel van zijn uitingen baseert op emotie, waarvan in dit geval sprake is volgens de rechtbank, zou minder snel sprake kunnen zijn van een aanvaarding dan in geval van een wederpartij die meer rationeel handelt.

Op basis van de wilsvertrouwensleer kan niet alleen de verklaarde wil maar ook het bij de ander opgewekte vertrouwen de rechtshandeling doen ontstaan (art. 3:33 jo. 3:35 BW). De rechtbank oordeelt dat Logistance er in dit geval gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de heer X namens SCW instemde met een deelname van Logistance in de Groep voor 50% en tegen betaling van € 1 en zodoende een overeenkomst met die strekking tot stand is gekomen. Uit de inhoud van de e-mailcorrespondentie en de opgestelde aandeelhoudersovereenkomst bleek duidelijk dat dit de bedoeling was. Ook heeft de heer X de accountant van SWC c.s. van die bedoeling op de hoogte gebracht en de notaris opdracht gegeven om een leveringsakte op te stellen.

Volgens SWC c.s. was met de betreffende e-mails slechts bedoeld dat de heer X verder wilde onderhandelen over een verdere samenwerking/participatie van Logistance en was vanwege de aard van de transactie ook overeenstemming over alle details noodzakelijk. De rechtbank gaat hier niet in mee en overweegt dat een overeenkomst tot stand komt indien over de essentialia overeenstemming is bereikt. Dat er op detailniveau nog geen overeenstemming bestaat, brengt niet mee dat geen overeenkomst tot stand is gekomen. De rechtbank wijst de gevorderde medewerking van SCW tot levering van de aandelen toe.

Ten aanzien van de gevorderde schadevergoeding oordeelt de rechtbank dat SCW in verzuim is geraakt door geen gehoor te geven aan het verzoek van Logistance om mee te werken aan de aandelenoverdracht. SCW is daarom op grond van artikel 6:74 BW aansprakelijk voor de schade die Logistance als gevolg daarvan heeft geleden. Dit geldt volgens de rechtbank niet voor de heer X, aangezien hij geen partij was bij de overeenkomst en Logistance onvoldoende heeft gesteld voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. De gevorderde verklaring voor recht wordt enkel ten aanzien van SCW toegewezen.

De gevorderde vernietiging van de aandeelhoudersbesluiten wordt toegewezen op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b jo. 2:8 BW. Gelet op de geagendeerde onderwerpen die voor de heer A van groot belang waren en ten aanzien waarvan de heer X een tegenstrijdig belang had, had van de heer X mogen worden verwacht dat hij contact had opgenomen met de heer A nu deze niet op de vergadering aanwezig was. Door dit niet te doen heeft de heer X zich niet gedragen overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid.

D.E. Mandigers, mei 2020

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 07-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:1511

Zaaknummer: C/o8/238359/ HA ZA 19-447

Rechters: M. Aksu

Advocaten: J. Scholtens, A. van der Veen en R.J. van Betten

Wetsartikelen: 6:217 BW, 3:33 BW, 3:35 BW, 2:15 lid 1 sub b BW en 2:8 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder dient medebestuurder toegang tot administratie te geven

Kort geding. Bestuurder wordt geschorst, omdat hij in gebreke blijft met het toegang verlenen tot de administratie aan medebestuurder (tevens mede-aandeelhouder). De rechtbank veroordeelt de bestuurder tot het verschaffen van toegang tot alle administratie, inclusief gebruik van computers en software, op laste van een dwangsom.

Eiseres en Hi Prior B.V. ('Prior') houden beide 50% van de aandelen in Green Energy B.V. ('Green Energy') en zijn beide bestuurder en zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd. Eveneens houden Eiseres en Prior 50% van de aandelen in Dutch Eco Power B.V. ('Eco Power'). Prior was op basis van de onderlinge taakverdeling verantwoordelijk voor het voeren van de administratie van Green Energy en Eco Power. De jaarrekeningen over de boekjaren 2017, 2018 en 2019 van zowel Green Energy als Eco Power waren ten tijde van het aanhangig maken van deze procedure nog niet bekendgemaakt en/of gepubliceerd. Eiseres heeft Prior meerdere malen (schriftelijk en mondeling) verzocht om de gevraagde informatie te verschaffen en alle beschikbare administratie – noodzakelijk voor het opmaken van de jaarrekeningen en het doen van de aangiftes – af te geven. Tot op heden is dat niet (volledig) gebeurd.

Eiseres vordert schorsing met onmiddellijke ingang van Prior als bestuurder van Green Energy en Eco Power op straffe van een dwangsom en schorsing van het stemrecht dat is verbonden aan de aandelen van Prior in Green Energy en Eco Power. Daarnaast vordert Eiseres dat Prior toegang dient te verschaffen tot de administratie van Green Energy en Eco Power, dan wel tot overhandiging van alle tot de administratie van Green Energy en Eco Power behorende bescheiden.

Het spoedeisend belang van Eiseres is niet door Prior betwist en volgt voldoende uit de aard van de vorderingen. De voorzieningenrechter stelt vast dat de jaarrekeningen van Green Energy en Eco Power over de boekjaren 2017, 2018 en 2019 nog niet zijn opgemaakt en dat er (meerdere) dwangbevelen zijn uitgebracht door de Belastingdienst voor het niet tijdig voldoen

aan de (wettelijke) aangifteplicht. Ook stelt de voorzieningenrechter vast dat Prior – gelet op de bestaande taakverdeling binnen het bestuur – beschikt over de administratie van Green Energy en Eco Power en dat zij deze tot op heden (ondanks herhaaldelijke verzoeken van Eiseres en haar adviseurs) niet (volledig) heeft overgedragen. De voorzieningenrechter is voorlopig van oordeel dat Eiseres als medebestuurder recht heeft op (toegang tot) de administratie. Dit wordt ook niet betwist door Prior. Prior dient de administratie binnen een redelijke termijn van veertien dagen beschikbaar te stellen. Daarnaast heeft Prior geen bezwaren tegen de door Eiseres gevorderde schorsingen en worden deze vorderingen door de voorzieningenrechter toegewezen. De schorsingen worden beperkt in duur tot en met 24 november 2020. Er wordt tevens een dwangsom toegewezen, voor die gevallen dat Prior geen toegang tot de administratie verschaft dan wel bestuurshandelingen verricht voor Green Energy of Eco Power.

K. Becker, mei 2020

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 24-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:1622

Zaaknummer: C/o8/245632/KG ZA 20-63

Rechters: K.J. Haarhuis

Advocaten: C.W.I. van Vlokhoven

Wetsartikelen: 6:119 BW en 6:111a BW

RECHTSPRAAK

Zandleverancier/Indirect bestuurder failliete vennootschap

Vordering van een leverancier van zand jegens de bestuurder van een vennootschap op grond van bestuurdersaansprakelijkheid wegens het onbetaald laten van een factuur door de inmiddels gefailleerde vennootschap. De kantonrechter wijst de vordering af, omdat de indirect bestuurder geen ernstig verwijt treft.

Een zandleverancier ('de Leverancier') heeft in 2018 zand verkocht en geleverd aan 'Bedrijf 1'. Bedrijf 1 is bij verstek veroordeeld tot betaling van de koopsom vermeerderd met rente en kosten aan de Leverancier. Bedrijf 1 heeft niet aan de veroordeling voldaan en is op 16 april 2019 failliet verklaard, evenals haar bestuurder 'Bedrijf 2'. 'De Bestuurder' is bestuurder van Bedrijf 2. De Leverancier vordert van de Bestuurder de betaling van haar inmiddels opgelopen vordering. De Leverancier legt aan haar vordering ten grondslag dat Bedrijf 1 in eerste instantie een misleidend en mogelijk foutief betaalbewijs heeft gestuurd, waarmee geen daadwerkelijke betaling correspondeert. Daarnaast zou de Bestuurder geen informatie hebben verstrekt aan de Leverancier, anders dan een dreigtelefoontje op 23 mei 2019. Tot slot stelt de Leverancier dat Bedrijf 1 geen jaarrekening heeft gepubliceerd en dat daarom sprake is van onbehoorlijk bestuur, waardoor de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt is te maken en hij aansprakelijk is.

De kantonrechter stelt voorop dat de Bestuurder tijdig, binnen vier weken na het verstekvonnis, in verzet is gekomen. De kantonrechter neemt als uitgangspunt dat de Leverancier zaken heeft gedaan met Bedrijf 1, een besloten vennootschap en daarmee een rechtspersoon met een eigen vermogen. Als gevolg daarvan heeft de Leverancier een vordering jegens Bedrijf 1. Na het faillissement van Bedrijf 1 heeft de Leverancier zijn vordering kunnen indienen bij de curator. Het risico dat de Leverancier zijn vordering niet kan innen, is volgens de kantonrechter inherent aan zaken doen.

De kantonrechter vervolgt dat het niet past bij het rechtspersonenrecht dat naast de rechtspersoon ook een aandeelhouder of een bestuurder van de rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk is voor de handel en wandel van de rechtspersoon. In de rechtspraak is op dit

uitgangspunt een uitzondering gemaakt in de vorm van bestuurdersaansprakelijkheid voor het geval een bestuurder van de rechtspersoon een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bij de vaststelling of een bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, geldt een hoge drempel voor aansprakelijkheid, die zijn rechtvaardiging vindt in de omstandigheid dat primair wordt gehandeld met een rechtspersoon en het maatschappelijke belang dat wordt voorkomen dat bestuurders in hun handelen in een onwenselijke mate door defensieve overwegingen worden beperkt. Volgens de kantonrechter gaat het er in de kern bij een situatie als in deze casus om of de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.

De kantonrechter is van oordeel dat uit hetgeen de Leverancier naar voren heeft gebracht niet volgt dat de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het doorgestuurde betaalbewijs is niet onrechtmatig, maar betreft in plaats van een betaalbewijs een betaalopdracht, die niet is uitgevoerd door de bank vanwege een gebrek aan positief saldo. Ook het telefoongesprek leidt volgens de kantonrechter tegen de achtergrond van de rechtspraak inzake bestuurdersaansprakelijkheid niet tot een persoonlijk ernstig verwijt. Tot slot oordeelt de kantonrechter dat de door de Leverancier bedoelde aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 2 jo. 2:10 BW niet ziet op de rechtsverhouding tussen de Bestuurder en de Leverancier, maar op de aansprakelijkheid van de Bestuurder jegens de boedel in geval van faillissement van de vennootschap. Het is aan de curator om dit te onderzoeken en hieraan eventueel gevolgen aan te verbinden. De kantonrechter vernietigt het verstekvonnis en wijst de vordering van de Leverancier af.

M.M.H.A. Leurs, mei 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:3067

Zaaknummer: 8109777 CV ECPL 19-6823

Rechters: P.G.J. van den Berg

Advocaten: C.F.M. van den Ekart

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

RECHTSPRAAK

Bestuurders niet aansprakelijk vanwege paulianeuze transactie

Bestuurders zijn niet aansprakelijk vanwege een paulianeuze transactie omdat zij zich hebben laten adviseren door een advocaat. De curator heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat van de handelwijze van de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. De inschakeling van de advocaat weegt voor dit oordeel zwaarder dan de omstandigheid dat naderhand over het paulianeuze karakter van de transactie weinig twijfel bestond.

De heren X en Y zijn statutair bestuurder van NoordWest Schoonmaak B.V. (hierna: 'NoordWest'). Zij zijn al geruime tijd actief binnen de schoonmaakbranche en waren (indirect) betrokken bij het faillissement van Gemini. De curator van Gemini heeft zich destijds op het standpunt gesteld dat de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld door een uitgevoerde activa-passivatransactie en heeft onder meer X en Y namens de boedel aansprakelijk gesteld. Deze zijn op 16 juni 2016 bij verstek veroordeeld tot het doen van betalingen aan de boedel.

In september 2016 heeft Rabobank de informele kredietlimiet van NoordWest teruggebracht tot de overeengekomen kredietlimiet. Mede naar aanleiding van dit besluit hebben X en Y zich beraden over de toekomst van NoordWest. Daarbij is een advocaat ingeschakeld om te adviseren. Op 28 oktober 2016 zijn NoordWest en B.V. I een overeenkomst van koop en verkoop aangegaan (hierna: 'de overeenkomst'), waarbij NoordWest haar orderportefeuille op grond van artikel 6:159 BW heeft overgedragen aan B.V. I. De kopende vennootschap oefent tevens een schoonmaakbedrijf uit en wordt (met ingang van 21 oktober 2016) bestuurd door X en Y. De koopovereenkomst is opgesteld door de ingeschakelde advocaat. Hij heeft geadviseerd dat een verkoop waarbij voor de koopprijs een betalingsregeling werd getroffen niet paulianeus was, zolang er maar een marktconforme koopprijs werd overeengekomen. De deken van de orde van advocaten bij de Rechtbank Den Haag heeft later (op 4 januari 2018) de

tegen deze advocaat ingediende klachten inzake zijn dienstverlening rondom de overeenkomst gegrond verklaard. In de overeenkomst is een koopprijs vastgesteld die in overeenstemming was met een taxatie verricht door een externe adviseur. Een deel van de koopprijs is verrekend met door B.V. I van NoordWest overgenomen betalingsverplichtingen (vakantietoeslag en vakantiedagen) jegens haar werknemers. Ook zouden door NoordWest al gefactureerde maar door B.V. I uit te voeren schoonmaakwerkzaamheden met de koopprijs worden verrekend. Betaling van het restant van de koopprijs zou geschieden in acht gelijke kwartaaltermijnen waarbij de eerste termijn verschuldigd was op 1 maart 2017. Over dit niet betaalde deel van de koopprijs was B.V. I geen rente verschuldigd. Evenmin heeft zij zekerheid gesteld voor de nakoming van de betaling van de restant koopprijs. Na het ondertekenen van de overeenkomst is B.V. I de orderportefeuille van NoordWest gaan exploiteren. Daarnaast zijn de telefoonnummers van NoordWest omgezet op naam van B.V. I, heeft B.V. I de huurovereenkomst van NoordWest overgenomen, heeft NoordWest haar naam gewijzigd en is B.V. I haar diensten gaan aanbieden onder een naam die nagenoeg gelijkluidend is aan de naam waaronder NoordWest tot dan toe handelde.

Bij vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 22 november 2016 is NoordWest op eigen verzoek in staat van faillissement verklaard. Ruim een week na het faillissement heeft de curator in een gesprek met de toenmalige advocaat van B.V. I de overeenkomst met een beroep op de actio pauliana vernietigd. Bij brief van 1 december 2016 heeft die advocaat vervolgens aan de curator geschreven dat B.V. I in de vernietiging berust en dat de overeenkomst met terugwerkende kracht niet zal bestaan. De curator heeft de orderportefeuille vervolgens verkocht aan CSU. In de maand december 2016 heeft B.V. I, zo blijkt uit brieven en e-mails, actief klanten benaderd teneinde hen te bewegen om alsnog schoonmaakdiensten bij B.V. I af te nemen in plaats van bij CSU. De curator is in diezelfde maand een kortgedingprocedure gestart tegen X en Y en B.V. I. Daags voor de zitting hebben partijen een vaststellingsovereenkomst getekend. In deze vaststellingsovereenkomst zijn zij onder meer een non-concurrentiebeding en een relatiebeding overeengekomen voor de periode tot 30 april 2017. Voorts zijn zij overeengekomen dat B.V. I en X en Y rekening en verantwoording dienen af te leggen onder overlegging van alle relevante bescheiden, aan de hand waarvan de betalingsverplichting van B.V. I uit hoofde van artikel 51 Fw zal worden vastgesteld. Ook zijn zij overeengekomen dat X en Y en B.V. I bij overtreding van de gemaakte afspraken een boete verschuldigd zijn. Per 3 februari 2017 zijn de aandelen in en het bestuur over B.V. I overgedragen aan een derde (een vermeende katvanger).

In de onderhavige procedure vordert de curator van NoordWest (onder meer) een verklaring voor recht dat X en Y in strijd met artikel 2:9 BW hebben gehandeld door het overdragen van activa van NoordWest en het concurreren met NoordWest en dat zij tot op heden niet hebben

voldaan aan hun verplichtingen uit hoofde van de vaststellingsovereenkomst ten aanzien van de rekening en verantwoording. Ten aanzien van B.V. I vordert hij (onder meer) een verklaring voor recht dat B.V. I op grond van artikel 51 Fw gehouden is de door haar ontvangen inkomsten die afkomstig zijn van opdrachtgevers van NoordWest te betalen aan de boedel in het faillissement van NoordWest en dat B.V. I in strijd met artikel 6:162 BW heeft gehandeld door het concurreren met NoordWest. Subsidiair baseert de curator zijn vorderingen op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). X en Y hebben de maatschap waartoe de advocaat behoort die hen heeft geadviseerd over de overeenkomst in vrijwaring opgeroepen. In deze vrijwaringszaak vorderen zij (onder meer) tevens een verklaring voor recht dat de maatschap ernstig toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van contractuele verplichtingen althans jegens X en Y onrechtmatig heeft gehandeld en gehouden is de dientengevolge door hen geleden en te lijden schade te vergoeden.

Tegen B.V. I is verstek verleend en daarom worden de vorderingen jegens haar toegewezen. Dit geldt echter niet voor X en Y. De rechtbank overweegt dat tussen partijen niet in geschil is dat de overeenkomst tussen NoordWest en B.V. I een paulianeuze transactie was en dat de curator de overeenkomst om die reden terecht heeft vernietigd. Gelet op de inhoud van en de omstandigheden waaronder de overeenkomst is gesloten lag het voor de hand dat de overeenkomst de toets van de pauliana niet zou doorstaan. Er verdwenen onverplicht (waardevolle) activa uit het in betalingsmoeilijkheden verkerende NoordWest zonder dat er op dat moment enige bate tegenover stond. Die bate zou pas op zijn vroegst in maart 2017 komen. Tegelijkertijd werd een deel van de koopsom verrekend met verplichtingen die op dat moment nog niet bestonden. Gelet op dit alles lijkt het gerechtvaardigd om te concluderen dat ook de bestuurders wisten althans hadden moeten weten dat NoordWest in de aanloop naar haar faillissement niet op deze wijze over haar activa kon beschikken. De eerdere betrokkenheid bij een paulianeuze transactie (ten aanzien van Gemini) heeft X en Y echter doen besluiten om zich te laten adviseren door een advocaat over de (kans van slagen van de) transactie. X en Y hebben aangevoerd dat zij hebben vertrouwd op het advies van deze advocaat. Er is niet van feiten en/of omstandigheden gebleken waaruit volgt dat zij niet op de deskundigheid en daarmee op het advies van de advocaat mochten vertrouwen of aan zijn zorgvuldige taakvervulling moesten twijfelen. Gelet hierop heeft de curator onvoldoende feiten en/of omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat X en Y van hun handelwijze een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. De inschakeling van de advocaat weegt voor dit oordeel zwaarder dan de omstandigheid dat naderhand over het paulianeuze karakter van de transactie weinig twijfel bestond.

Ten aanzien van de concurrerende activiteiten geldt het volgende. X en Y hebben niet weersproken dat ze na de vernietiging van de overeenkomst nog klanten hebben benaderd. De

curator heeft echter, tegenover het gemotiveerde verweer van gedaagden, zijn stellingen dat de boedel van NoordWest als gevolg van dit handelen schade heeft geleden onvoldoende toegelicht. Er is niet gebleken dat CSU vanwege de concurrerende activiteiten een lagere koopprijs heeft voldaan. De stelling dat X en Y geen rekening en verantwoording hebben afgelegd slaagt ook niet, omdat de curator niet nader heeft gespecificeerd welke stukken volgens hem nog ontbreken. Nu X en Y niet zijn veroordeeld, komt de rechtbank niet toe aan de vrijwaring. De zelfstandige vordering tegen de maatschap waartoe hun voormalige advocaat behoort, wordt voorts afgewezen, omdat X en Y niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij door het handelen van de advocaat schade hebben geleden.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, mei 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 19-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:1464

Zaaknummer: C/09/527969 / HA ZA 17-250 en C/09/548201 / HA ZA 18-198

Rechters: A.C. Bordes

Advocaten: D.J.M. Kulk, P. Quist en P.J. de Jong Schouwenburg

Wetsartikelen: 51 FW, 42 FW, 51 FW, 6:159 FW en 6:162 FW

RECHTSPRAAK

Verduidelijking bevoegdheden curator en bestuurder in faillissement

De Hoge Raad verduidelijkt de precieze bevoegdheid en taak van de curator afgezet tegen de bevoegdheid van de bestuurder om de failliete vennootschap te vertegenwoordigen. Ook wordt de vraag beantwoord wanneer een faillissement eindigt. De taak van een curator eindigt wanneer een curator alle geverifieerde schuldeisers 100% van hun vorderingen kan uitbetalen. Het staat de curator dan niet vrij zijn werkzaamheden voort te zetten ten behoeve van aandeelhouders of niet-geverifieerde schuldeisers. Een failliete bestuurder van een rechtspersoon blijft vertegenwoordigingsbevoegd.

Een curator van een failliete boedel beschikt over voldoende actief om alle vorderingen van de geverifieerde schuldeisers te kunnen voldoen. Nog niet alle activa zijn echter uitgewonnen: er zijn nog vorderingen op debiteuren, waaronder vorderingen op twee bestuurders en aandeelhouders. De curator wenst de incasso voort te zetten.

De twee bestuurders en aandeelhouders hebben op de voet van artikel 69 Fw de rechter-commissaris verzocht de curator te bevelen tot beëindiging van het faillissement over te gaan. De curator en een derde hebben zich hiertegen verzet. De rechter-commissaris heeft de twee verzoekers niet-ontvankelijk verklaard.

In hoger beroep bij de rechtbank is één bestuurder niet-ontvankelijk verklaard, omdat hij in privé failliet is verklaard. Volgens de rechtbank had zijn curator het beroep moeten instellen. De tweede bestuurder is volgens de rechtbank wel ontvankelijk, omdat een bestuurder van een vennootschap bevoegd is een verzoek ex artikel 69 Fw in te stellen. De rechtbank wees het beroep echter af, omdat het verzoek ertoe zou leiden dat de incasso van de vorderingen op de verzoekers zou worden gestaakt, waardoor sprake zou zijn van een selectieve inning van debiteuren. Voorts zou de curator ook rekening dienen te houden met de belangen van niet-geverifieerde schuldeisers en met de positie van aandeelhouders.

De verzoekers komen in cassatie. In cassatie klagen zij allereerst dat de ene bestuurder onterecht niet-ontvankelijk is verklaard; daarnaast stellen zij dat het verzoek tot beëindiging van het faillissement ten onrechte is afgewezen. Beide klachten slagen.

Allereerst oordeelt de Hoge Raad dat een faillissement uitsluitend de goederen van een schuldenaar betreft, niet de persoon. De persoon blijft dan ook in het genot van zijn burgerlijke rechten en bevoegdheden. Daartoe behoort ook de bevoegdheid om als bestuurder een rechtspersoon te vertegenwoordigen. Aldus kon de failliete bestuurder een artikel 69-verzoek indienen. Dat het verzoek mogelijk vermogensrechtelijke consequenties heeft voor de failliete persoon, maakt dit niet anders.

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de tweede klacht. De Hoge Raad overweegt dat het faillissement ten doel heeft het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers. Het faillissement eindigt ex artikel 193 lid 1 Fw van rechtswege zodra aan de geverifieerde schuldeisers het volle bedrag van hun vorderingen is uitgekeerd. De ratio daarvan is dat het doel van het faillissement is bereikt, zodra de curator voldoende opbrengst heeft gerealiseerd om (na voldoening van de boedelkosten) de geverifieerde vorderingen te voldoen.

Wanneer moet dan tot uitkering worden overgegaan? Op grond van artikel 179 Fw dient de rechter-commissaris een uitkering te bevelen, zodra er voldoende gereede penningen aanwezig zijn. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat wanneer 100% kan worden uitbetaald, de rechter-commissaris daarvan de uitdeling zal bevelen, waarna het faillissement ten einde zal zijn. Alhoewel artikel 179 Fw geen termijn bepaalt, volgt volgens de Hoge Raad uit de tekst van de bepaling, alsmede uit de wetsgeschiedenis en het doel van het faillissement, dat de uitdeling moet worden bevolen zodra blijkt dat er voldoende gelden aanwezig zijn om de geverifieerde schuldeisers te voldoen.

Dit betekent dat het de curator niet meer vrijstaat de vereffening voort te zetten en overige activa te gelde te maken ten behoeve van niet-geverifieerde schuldeisers of aandeelhouders. Zijn taak komt ten einde zodra de vereffening voldoende heeft opgeleverd om alle geverifieerde schuldeisers te voldoen. Hij heeft aldus slechts een taak zolang het faillissement voortduurt. Na het einde van het faillissement zijn, indien er geen andere vereffenaars worden benoemd en de statuten geen andere vereffenaars aanwijzen, de bestuurders van de rechtspersoon met de vereffening van het resterende vermogen belast.

A.D. van Dalen, mei 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 24-04-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:801

Zaaknummer: 19/02475

Rechters: C.A. Streefkerk, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en F.J.P. Lock

Advocaten: T.T. van Zanten, I.M.A. Lintel, R.R. Verkerk en A. Stortelder

Wetsartikelen: 69 Fw, 179 Fw en 193 Fw

RECHTSPRAAK

Daniëls q.q./PSH c.s.

Bestuurders weten bewijsvermoedens te weerleggen door andere belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken. Geen aansprakelijkheid voor de bestuurders van thuiszorgorganisatie Solace. De rechtbank acht voldoende aannemelijk dat zware bezuinigingen als gevolg van de invoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning het gespecialiseerde Solace onevenredig zwaar hebben getroffen en de daarmee gepaard gaande omzetverliezen een belangrijke oorzaak van het faillissement vormen.

Solace Algemene Thuiszorg Combinatie BV ('Solace') was actief in de thuiszorg. Op 19 juli 2016 is zij failliet verklaard met aanstelling van Daniëls q.q. als curator. Aandeelhouder en bestuurder van Solace is PSH B.V. Gedaagde is op haar beurt aandeelhouder en bestuurder van PSH. De curator stelt deze bestuurders aansprakelijk op grond van artikel 2:248, 2:9 en 6:162 jo. 2:11 BW. Gedaagde is ook door het bedrijfstakpensioenfonds waarbij Solace was aangesloten aansprakelijk gesteld voor achterstallige pensioenpremies omdat er geen (tijdige) betalingsonmacht is gemeld. Gedaagde is in deze zaak zowel door de rechtbank als het hof aansprakelijk gehouden.

De curator verwijt de bestuurders kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak van het faillissement van Solace is geweest. Daarbij stelt de curator ook dat artikel 2:10 BW is geschonden en doet hij een beroep op de vermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW. In de kern maakt de curator de bestuurders drie verwijten. Ten eerste zouden zij niet de opgevraagde informatie correct en volledig aan het pensioenfonds hebben afgedragen en zijn verschuldigde pensioenpremies over een periode van vijf jaar niet (tijdig) voldaan. Ten tweede zou sprake zijn van onbehoorlijk bestuur omdat namens Solace aanzienlijke premiekortingen zijn geclaimd bij de Belastingdienst terwijl daarop geen recht bestond. Ten derde verwijt de curator de bestuurders dat in de periode voorafgaand aan het faillissement personeel om niet is overgegaan van Solace naar een andere bv van gedaagde. Volgens de curator geven de voortdurende problemen met het pensioenfonds en de Belastingdienst blijk van

bestuursonmacht.

Gedaagde voert gemotiveerd verweer tegen de stellingen van de curator. De rechtbank richt zich vervolgens vooral op het verweer dat sprake is geweest van een andere belangrijke oorzaak van het faillissement. De bestuurders stellen zich op het standpunt dat het faillissement van Solace is veroorzaakt door de invoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning (WMO) in 2015 en de daaruit voortvloeiende bezuinigingen door de gemeenten in de regio waar Solace werkzaam was. Zij werd in het bijzonder getroffen, omdat zij zich op speciale, zware gevallen toelagde. Solace kreeg met aanzienlijke omzetsdalingen te maken. Om diezelfde reden heeft er sinds 2015 een golf van faillissementen plaatsgevonden in de thuiszorgwereld. Die ingrijpende omzetsdaling in combinatie met vrijwel gelijkblijvende kosten leidend tot liquiditeitskrapte is de rechtstreekse oorzaak van het faillissement van Solace.

De curator erkent de negatieve gevolgen van de invoering van de WMO voor Solace, maar blijft erbij dat de bestuursonmacht die blijkt uit de voortdurende problemen met het pensioenfonds en de Belastingdienst tot het faillissement hebben geleid. De invoering van de WMO zou slechts de nekslag voor Solace zijn geweest.

De rechtbank stelt vast dat de invoering van de WMO vrijwel direct tot bezuinigingen in de thuiszorg hebben geleid. Gemeenten hebben bovendien meteen aanpassing van de contracten afgedwongen, waardoor de vergoedingen werden gehalveerd en het voordeel van kostenvermindering voor Solace niet kon worden genoten. Bovendien zijn verschillende gemeenten in meerdere zaken door de CRvB teruggefloten en hebben veel gemeenten nadien hun beleid aangepast. De vele faillissementen van thuiszorgorganisaties zijn de rechtbank amtsshalve bekend. Om deze redenen heeft de rechtbank geen reden om te twijfelen aan de door Solace gestelde omzetverliezen en haar onmogelijkheid om haar kosten op korte termijn te beperken.

De rechtbank concludeert dat Solace met de misgelopen omzet de problematiek van de vorderingen van de Belastingdienst en van het pensioenfonds ongetwijfeld hanteerbaar had kunnen maken. De voortvarende aanpak van de gemeenten bij de invoering van de WMO en de daarmee gepaard gaande financiële risico's stelden Solace daartoe echter niet in staat. De invoering van de WMO wordt dan ook aangemerkt als een belangrijke, andere oorzaak van het faillissement. De rechtbank acht daarbij nog relevant dat de Belastingdienst en het pensioenfonds feitelijk de enige schuldeisers in het faillissement zijn. Het bestaan van een andere belangrijke oorzaak van het faillissement brengt volgens de rechtbank ten slotte mee dat ook de vorderingen op grond van artikel 2:9 en 6:162 BW stranden, zodat alle vorderingen van de curator worden afgewezen.

J.E. van Nuland, mei 2020

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 29-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:1672

Zaaknummer: C/o8/217093 / HA ZA 18-198 en C/o8/217093 / HA ZA 18-198

Rechters: M.L.J. Koopmans

Advocaten: C.L.P.J. Crombag en J.G.M. Stassen

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:248 BW, 6:162 BW, 2:11 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Borsboom q.q./Bestuurder SkyDec

(Indirect) bestuurders van een gefailleerde vennootschap zijn aansprakelijk wegens selectieve betalingen en het in strijd met de statuten (zonder het benodigde aandeelhoudersbesluit) verhogen van de managementvergoeding van de (direct) bestuurder.

SkyDec Holding B.V. (SkyDec) produceert en installeert navigatiesystemen naar militaire standaard. Heartlight Holding B.V. (Heartlight) en Sulis Holding B.V. (Sulis) houden ieder 47,6% van de aandelen in SkyDec, natuurlijk persoon A houdt 4,8% van de aandelen. Personen B en C, gedaagden in deze zaak, waren in de periode 19 december 2012 tot 19 juni 2018 bestuurder van Heartlight, dat op zijn beurt van 1 februari 2014 tot 30 juni 2016 bestuurder was van SkyDec. Wisselend zijn ook anderen bestuurders van SkyDec geweest, waaronder gedurende enige tijd Sulis en natuurlijk persoon D. Voor de werkzaamheden ontving Heartlight een managementvergoeding, die per 1 januari 2016 is verhoogd met € 1565,74 tot een maandbedrag van € 13.681,47. Voorts heeft SkyDec begin 2016 in een bedrag van € 26.361,74 aan Heartlight betaald en in de periode van 2 mei 2016 tot 25 juli 2016 nog eens een bedrag van € 82.245,07.

Op 30 juni 2016 heeft een algemene vergadering van aandeelhouders van SkyDec plaatsgevonden. In de notulen staat onder meer vermeld: "(...) Het orderboek is leeg, het 1e kwartaal heeft de vennootschap nog een winst geboekt van 50K, het 2e kwartaal stevent af op een verlies van 150K en het 3e kwartaal zal naar verwachting geen verschil vertonen met het 2e kwartaal. Binnen afzienbare tijd zal het eigen vermogen negatief zijn. In dit kader is het onmogelijk te herfinancieren met vreemd vermogen. De voorzitter heeft de vraag voor een kredietfaciliteit aan onze huisbankier voorgelegd, welke hiertoe niet bereid was. De voorzitter vraagt, gezien de huidige stand van zaken, de aandeelhouders 250K af te storten. (...) Vooruitlopend op een eventueel negatief scenario stelt de voorzitter voor of het bestuur faillissement op eigen aangifte kan doen. (...)." In een directieverslag van 8 september 2016 heeft natuurlijk persoon D, op dat moment bestuurder van SkyDec, aan de aandeelhouders van SkyDec geschreven dat geadviseerd wordt zo snel mogelijk aan te sturen op een faillissement.

Op 9 september 2016 heeft D eigen aangifte tot faillietverklaring van SkyDec gedaan. Op 20 september 2016 is SkyDec failliet verklaard. De curator in dit faillissement vordert B en C te veroordelen tot betaling van onder andere € 82.245,07. De curator legt hieraan ten grondslag dat Heartlight als bestuurder van SkyDec onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldeisers van SkyDec door het doen van selectieve betalingen vanaf 1 mei 2016 ter hoogte van € 82.245,07 aan Heartlight terwijl zij – mede gelet op de slechte financiële situatie en financiële vooruitzichten – wist of behoorde te weten dat andere schuldeisers onbetaald zouden blijven. Bovendien is de verhoging van de managementvergoeding van Heartlight vanaf 1 januari 2016 met € 1.565,74 in strijd met de statuten van de vennootschap. Volgens de curator zijn ingevolge artikel 2:11 BW B en C (als voormalig bestuurders van Heartlight) hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de schuldeisers van SkyDec dientengevolge hebben geleden.

De rechtbank overweegt dat SkyDec op 1 mei 2016 vorderingen van diverse schuldeisers onbetaald liet, waaronder preferente schuldeisers als de Belastingdienst en het pensioenfonds. Wel werden, zoals hierboven vermeld, de vorderingen van Heartlight betaald. De rechtbank overweegt dat daarmee selectief is betaald. Op basis van een groot aantal omstandigheden (zie de r.o. 4.8-4.15) concludeert de rechtbank dat de financiële situatie van SkyDec op 1 mei 2016 verre van rooskleurig was zonder reëel zicht op verbetering. In die situatie stond het Heartlight niet vrij om zichzelf met voorrang boven andere schuldeisers te voldoen. Nu Heartlight dit wel heeft gedaan, treft haar een persoonlijk ernstig verwijt, hetgeen tevens met zich brengt dat B en C als bestuurders van Heartlight hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Ten aanzien van de verhoging van de managementvergoeding overweegt de rechtbank dat daaraan kennelijk geen besluit van de aandeelhoudersvergadering ten grondslag ligt, welk besluit wel vereist wordt door de statuten van SkyDec. Daarmee is in strijd gehandeld met de statuten van SkyDec. Heartlight kan daarvan een ernstig verwijt worden gemaakt, aldus nog steeds de rechtbank, hetgeen wederom via artikel 2:11 BW betekent dat B en C hoofdelijk aansprakelijk zijn.

O. Oost, mei 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:3902

Zaaknummer: C/10/580783 / HA ZA 19-768

Rechters: J. van den Bos

Advocaten: J.P.M. Borsboom en E. Hoogendam

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Vernietiging aandeelhoudersbesluiten met betrekking tot gefailleerde vennootschap

Op basis van een integrale toets van alle omstandigheden oordeelt de rechtbank dat de totstandkoming van aandeelhoudersbesluiten in strijd is met de krachtens artikel 2:8 BW jegens de medeaandeelhouder in acht te nemen redelijkheid en billijkheid.

Rotendo Invest B.V. ('Rotendo') is een joint venture tussen de Duitse vennootschap Riamo Holding GmbH ('Riamo') en eiseres, een Nederlandse dochtermaatschappij van de Zwitserse vennootschap DP Holding S.A. ('DPH'). Riamo en eiseres houden elk 50% van de aandelen in Rotendo. Bij aanvang van de joint venture zijn Riamo en DPH benoemd als bestuurders.

Tussen de aandeelhouders is op enig moment een conflict ontstaan over het beleid en de zeggenschap bij Rotendo. Dit heeft geresulteerd in talrijke procedures en het ontslag van Riamo als bestuurder. De Ondernemingskamer heeft dat ontslagbesluit (bij wijze van voorlopige voorziening) in stand gelaten.

In 2015 is Rotendo gefailleerd. Riamo heeft vervolgens in 2018 eiseres en DPH opgeroepen voor meerdere buitengewone ava's. Eiseres en DPH zijn op geen van deze bava's verschenen. Riamo kon daarom op basis van een statutaire voorziening feitelijk alleen besluiten tot het ontslag van DPH als bestuurder en tot benoeming van haar eigen bestuurder tot bestuurder van Rotendo ('de Aandeelhoudersbesluiten').

Eiseres komt in deze zaak met succes op tegen de Aandeelhoudersbesluiten. Volgens de rechtbank is de totstandkoming ervan in strijd met de door aandeelhouders jegens elkaar in acht te nemen zorgvuldigheid. Daartoe overweegt de rechtbank het volgende.

Artikel 2:8 BW brengt mee dat de vennootschap een zorgvuldigheidsplicht heeft met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders. De rechter mag slechts marginaal toetsen of het besluit van een vennootschapsorgaan aan die zorgvuldigheidsnorm voldoet (HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145). Een besluit kan echter ook door haar wijze van totstandkoming in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Onder verwijzing naar de

literatuur en HR 30 oktober 1964, NJ 1965/107 gaat de rechtbank ervan uit dat de toetsing dan niet marginaal is.

De rechtbank toetst de totstandkoming van de Aandeelhoudersbesluiten dus integraal en weegt een reeks van omstandigheden mee. Zij wijst er ten eerste op dat Rotendo ten tijde van de Aandeelhoudersbesluiten al jaren in staat van faillissement verkeerde, waardoor aandeelhouders in het algemeen niet bedacht hoeven te zijn op de wens tot besluitvorming, en dat bestuurder DPH op dat moment op het punt stond om failliet te gaan. Ook acht de rechtbank relevant dat feitelijk slechts een van de aandeelhouders gebruik heeft gemaakt van zijn stemrecht, en dat dit gebeurde tijdens de voortdurende juridische strijd tussen de aandeelhouders. De Aandeelhoudersbesluiten kwamen neer op een machtswisseling bij Rotendo, nota bene door een bestuurder te benoemen die eerder was ontslagen. Het belang van Riamo bij de Aandeelhoudersbesluiten is voorts gering, gelet op het faillissement en het gegeven dat zij als schuldeiser van Rotendo meer bevoegdheden heeft dan zij tijdens het faillissement als bestuurder van Rotendo zou kunnen uitoefenen. De rechtbank vermoedt dan ook dat het achterliggende, niet rechtens te respecteren, belang moet worden gezocht in de juridische strijd tussen partijen. Riamo zou Rotendo als claimvehikel kunnen gebruiken nadat het faillissement is afgewikkeld, aldus de rechtbank. Het (spiegelbeeldig) belang van eiseres is dat zij niet met nieuwe procedures en kosten wordt geconfronteerd.

Op basis van al deze omstandigheden komt de rechtbank tot het oordeel dat, hoewel de oproeping van eiseres en DPH voor de bava's conform de statuten was, het desalniettemin in strijd was met artikel 2:8 BW om in afwezigheid van eiseres en DPH tot het nemen van de Aandeelhoudersbesluiten over te gaan zónder na te gaan of de oproepingen hen wel hadden bereikt. De rechtbank vernietigt op die grond de Aandeelhoudersbesluiten.

J.H.M. van de Wiel, mei 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 18-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:2349

Zaaknummer: C/13/660101 / HA ZA 19-53

Rechters: S.P. Pompe

Advocaten: N.A. van Loon, M. Goorts en E.W.M. Verkooijen

Wetsartikelen: 2:8 BW

RECHTSPRAAK

X/Spindler c.s.

In hoger beroep voert de in eerste aanleg veroordeelde bestuurder met succes verweer. Geen bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van de Beklamelnorm, noch wegens verhaalfrustratie of selectieve betaling.

HKL Bouw heeft een opdracht voor de bouw van een appartementencomplex in Rotterdam ('Project IJselmonde'). Appellant was destijds indirect bestuurder/enig aandeelhouder van HKL Bouw via HKL Beheer. Spindler en Roos en Doorn ('Spindler c.s.') waren onderaannemers van HKL Bouw. In juni 2011 ontstonden betalingsproblemen bij de opdrachtgever van het project, DCIJ. HKL heeft de facturen van Spindler c.s. vanaf november 2011 onbetaald gelaten. In maart 2012 is het project opgeleverd. Nadien hebben Spindler c.s. nog meerwerkzaamheden verricht. Vanwege de betalingsachterstand hebben partijen overleg gevoerd en is overeengekomen dat HKL Bouw nog een bedrag van € 700.000 in plaats van € 807.590 moest voldoen. HKL Beheer hield destijds ook de helft van de aandelen in HKL Vastgoed, dat een ander project in Rotterdam ('Project Domus') ontwikkelde. HKL Beheer stelde voor Spindler c.s. te voldoen uit de opbrengst van het project Domus.

De bestuurder wordt verweten dat hij bij het aangaan van de overeenkomsten met Spindler c.s. namens HKL Bouw wist of behoorde te weten dat HKL Bouw haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de door Spindler c.s. geleden schade. Bovendien zou hij Spindler c.s. de werkzaamheden hebben laten voortzetten, terwijl hij wist van de betalingsproblemen van DCIJ. Vervolgens heeft de bestuurder daarvan geen mededeling gedaan en de gelden die wel van DCIJ werden ontvangen niet aangewend om de facturen van Spindler c.s. te voldoen. Ten slotte zou nog geld aan de vennootschap zijn onttrokken.

Het hof neemt tot uitgangspunt dat de betalingen van DCIJ in 2011 begonnen te haperen, terwijl HKL in november 2011 niet meer aan Spindler c.s. betaalde. In de tussenliggende periode werd op reserves ingeteerd om Spindler c.s. te voldoen. De openstaande facturen zien op periodes vanaf eind november 2011. DCIJ heeft in januari en maart 2012 nog een bedrag van

ruim € 1,3 miljoen aan HKL Bouw betaald. Het project IJselmonde is in maart 2012 opgeleverd.

Ten aanzien van de Beklamel-aansprakelijkheid geldt het moment waarop de overeenkomsten zijn aangegaan als peilmoment. Dit was in 2009 en op dat moment bestond bij de bestuurder niet de vereiste wetenschap. De stelling van Spindler c.s. dat de bestuurder hen heeft laten doorwerken toen de betalingsproblemen ontstonden, kan volgens het hof niet worden meegenomen in de beoordeling van deze aansprakelijkheidsgrond. Spindler c.s. hebben nog toegevoegd dat de in 2009 gesloten overeenkomsten een soort raamovereenkomsten betroffen, op basis waarvan steeds afzonderlijke deelopdrachten werden verstrekt en waarbij dus telkens een nieuw peilmoment ontstond. Bij gebrek aan onderbouwing passeert het hof deze stelling.

Het beroep op verhaal frustratie bestaat uit drie elementen. Ten eerste heeft HKL Bouw het project Domus voorgefinancierd en daarmee zouden gelden aan de vennootschap zijn onttrokken. Het hof stelt vast dat de voorfinanciering plaatsvond voordat de betalingsproblemen bij DCIJ bekend waren en de betalingen aan Spindler c.s. stokten, zodat de bestuurder ter zake geen ernstig verwijt treft.

Ten tweede zou de bestuurder Spindler c.s. bewust hebben laten doorwerken in de wetenschap dat daarvoor niet zou worden betaald. Volgens het hof mocht de bestuurder er in ieder geval tot en met maart 2012 van uitgaan dat DCIJ haar verplichtingen zou nakomen, zodat ook Spindler c.s. kon worden voldaan. Ook voor het meerwerk dat na maart 2012 plaatsvond, heeft de bestuurder voldoende onderbouwd dat er genoeg cashflow werd verwacht om HKL Bouw overeind te houden, terwijl bovendien nog twee andere projecten liepen. Wederom concludeert het hof dat van een persoonlijk ernstig verwijt niet is gebleken.

Ten slotte verwijt Spindler c.s. de bestuurder dat de betalingen van DCIJ van € 1,3 miljoen zijn aangewend om andere schuldeisers te betalen. Tegen dit beroep op selectieve betaling heeft de bestuurder aangevoerd dat zzp'ers en leveranciers zijn betaald om te voorkomen dat het project stil zou komen te liggen. Het hof voegt daaraan toe dat de bestuurder in januari 2012 nog niet behoefde te verwachten dat HKL Bouw het niet zou gaan redden, zodat het de bestuurder vrijstond om schuldeisers te betalen op basis van een eigen afweging.

Nu de bestuurder in hoger beroep erin slaagt de verwijten van Spindler c.s. te weerleggen en Spindler c.s. onvoldoende aan haar stelplicht heeft voldaan, oordeelt het hof dat er geen grond voor bestuurdersaansprakelijkheid aanwezig is en wordt het vonnis van de rechtbank vernietigd.

J.E. van Nuland, mei 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:3679

Zaaknummer: 200.237.611/01

Rechters: I.F. Clement, M. Willemse en S.E. Vlaanderen-Schüttenheim

Advocaten: N. Overeem en Z.B. Gyömörei

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing Peeters/Gatzen-vordering tegen Deloitte, bestuurders en aandeelhouders

Peeters/Gatzen-vordering tegen Deloitte, bestuurders en aandeelhouders wordt afgewezen. Uitkeringen ten laste van het vermogen van twee (inmiddels failliete) vennootschappen was niet in strijd met het wettelijk kader.

HRGH B.V. (tot 2010 Hooge Raedt Groep B.V.) hield alle aandelen in BV 2, een houdstervennootschap van een tiental werkmaatschappijen die aannemingsactiviteiten verrichtten. In 2008 zijn vrijwel alle aandelen in BV 2 verkocht aan BV 1, een vennootschap die voor deze acquisitie is opgericht. De overname is onder meer gefinancierd met een lening die BV 2 in rekening-courant heeft verstrekt aan BV 1.

De aandelen in BV 1 werden gehouden door HRGH, BB Captital Investments I (hierna: BB) en de managementvennootschappen van een bestuurder en een belangrijke manager. BB was een joint venture van HRGB en Hoog Zeeland B.V. HRGH hield 20% van de aandelen in BV 1, BB hield 52% en de overige aandelen werden gehouden door de managers. Daarnaast hielden HRGH en BB een cumulatief preferent aandeel ('cumpref').

In de periode van 2008 tot en met 2010 zijn forse dividenduitkeringen gedaan door BV 2 aan BV 1. In totaal gaat het om ongeveer € 6 miljoen. Daarvan heeft BV 1 een deel, ongeveer € 3,75 miljoen, uitgekeerd aan haar aandeelhouders. Daarnaast is in 2011 € 1 miljoen agio teruggestort op de cumprefs. In datzelfde jaar zijn ook de aandelen die de managementvennootschappen hielden in BV 1 ingekocht voor respectievelijk € 1,15 miljoen en € 0,6 miljoen.

Door de financiële crisis liep het resultaat van BV 2 terug. Desondanks werd tot en met 2010 winst gemaakt. Ook BV 1 maakte tot en met 2010 winst. Dat in 2010 winst werd gemaakt door BV 1, was mede te danken aan het verlengen van de afschrijvingstermijn van aan BV 2 gerelateerde goodwill van 5 naar 10 jaar. Vanwege het teruglopende resultaat is de dividenduitkering uit 2009 op de gewone aandelen in 2011 teruggedraaid. Daarnaast is in 2012

een reorganisatie doorgevoerd. In 2012 was het eigen vermogen van BV 1 ongeveer € 3,4 miljoen negatief, maar werd wel een positief operationeel resultaat behaald. Om het tijt te keren hebben HRGH en BB in 2013 agiostortingen gedaan van ongeveer € 6,5 miljoen. Omdat de prestaties van BV 2 niet (snel) genoeg verbeterden, is in maart 2014 het faillissement van BV 1 en BV 2 uitgesproken.

In deze procedure stelt de curator van BV 1 en BV 2 Deloitte, de (voormalig) bestuurders en de (voormalig) aandeelhouders van BV 1 en BV 2 aansprakelijk. Aan de vordering jegens Deloitte legt de curator onder meer ten grondslag dat ten onrechte geen reserve is aangehouden voor de acquisitielening die BV 2 aan BV 1 heeft verstrekt en dat de aan BV 2 gerelateerde goodwill voor een te hoog bedrag is gewaardeerd. Hierdoor zijn dividenduitkeringen gedaan ten laste van het vermogen van BV 1 en BV 2, terwijl dat niet had gemogen. De gezamenlijke schuldeisers hebben hierdoor schade geleden. Aan de vordering jegens de (voormalig) bestuurders en aandeelhouders legt de curator onder meer ten grondslag dat ten onrechte is overgegaan tot het uitkeren van dividend in 2009 en 2010, dat ten onrechte een terugstorting van agio is gedaan in 2011 en dat de aandelen van de managementvennootschappen niet ingekocht hadden mogen worden. Daarnaast zou de rekening-courantschuld van BV 1 aan BV 2 tot een te hoog bedrag zijn opgelopen.

De rechtbank wijst de vorderingen van de curator jegens Deloitte af. Redengevend hiervoor is dat uit een door Deloitte ingebracht deskundigenrapport naar het oordeel van de rechtbank overtuigend blijkt dat de verweten uitkeringen, terugstorting en inkoop niet in strijd was met de destijds geldende regeling van onder meer artikel 2:216 BW (oud). BV 2 had naar het oordeel van de rechtbank op grond van artikel 2:207c BW (oud) een reserve moeten aanhouden voor de acquisitielening die is verstrekt aan BV 1, maar ook met een dergelijke reserve zouden de verweten uitkeringen niet in strijd zijn met de wet. De aan BV 2 gerelateerde goodwill is, vanwege de winstgevendheid tot en met 2010 en de behaalde omzet, niet te hoog gewaardeerd. Weliswaar heeft de curator een rapport van een bij Visser & Visser Accountants B.V. werkzame accountant overgelegd waaruit anders zou blijken, maar de rechtbank hecht geen waarde aan dit rapport. Niet is gebleken dat de curator toestemming heeft gekregen van de accountant om dit rapport in te brengen in de procedure, het rapport is opgesteld op basis van onvolledige gegevens en er is geen hoor en wederhoor toegepast. De accountant heeft het rapport inmiddels ook ingetrokken.

Omdat de uitkeringen niet onrechtmatig waren, wijst de rechtbank ook de vordering tegen de bestuurders en aandeelhouders af. Daarnaast overweegt de rechtbank dat de bestuurders niet verwijtbaar hebben gehandeld met betrekking tot de rekening-courantschuld. Gelet op de ontwikkelingen van de winst en omzet had BV 2 toekomstperspectief. Met de verwachte dividenduitkeringen zou de schuld aan BV 2 afbetaald kunnen worden. Ook was er

commitment bij de aandeelhouders en heeft dit commitment zich vertaald in forse agiostortingen in 2013. In dat licht is het oplopen van de rekening-courantschuld niet verwijtbaar.

De curator krijgt nog een veeg uit de pan van de rechtbank door de ingenomen stelling dat hij geen andere oorzaak kent van het faillissement van BV 1 dan kennelijk onbehoorlijk bestuur. De rechtbank acht deze stelling ‘verbazingwekkend’. De rechtbank ziet de financiële crisis als een evidente andere oorzaak ‘die ook voor de curator kenbaar moet zijn geweest’.

H.J. de Kloe, mei 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:4400

Zaaknummer: C/10/502484 / HA ZA 16-522 en C/10/503456 / HA ZA 16-559

Rechters: C. Bouwman, P. Volker en J.W. Langelier

Advocaten: J.F. Garvelink, E. Poelenije, I.J.A. Tax, B.A. de Ruijter en L.M. Graal

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:216 BW (oud) en 2:207c BW (oud)

RECHTSPRAAK

Oud-werknemer/Z Taxi

Geturboliquideerde vennootschap wordt failliet verklaard. Er rijden nog taxi's rond die van de vennootschap waren en mogelijk is er sprake van een bate in de vorm van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering.

Het bestuur van Z Taxi B.V. heeft bij de Kamer van Koophandel opgegeven dat de vennootschap is ontbonden en geen baten meer heeft (art. 2:19 lid 4 BW). In deze procedure verzoekt een oud-werknemer de faillietverklaring van Z Taxi. De (middellijk) bestuurder erkent de vordering van de oud-werknemer en ook de aangevoerde steunvordering. De bestuurder heeft ter zitting verklaard dat hij boos is op de oud-werknemer, omdat deze het taxibedrijf zou overnemen maar zich op het laatste moment heeft teruggetrokken. Omdat de vennootschap geen btw-nummer kreeg van de Belastingdienst, heeft hij de activiteiten van de vennootschap voortgezet in een andere vennootschap.

De rechtbank spreekt het faillissement uit van Z Taxi. Indien een vennootschap is geturboliquideerd, kan het faillissement uitgesproken worden indien voldoende aannemelijk is dat de vennootschap baten heeft. Dat is hier aan de orde: de taxi's (die Z Taxi kennelijk in eigendom had) rijden nog rond. Ook is er mogelijk een bate in de vorm van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering. Nu summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoeker en Z Taxi in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen, wijst de rechtbank het verzoek toe.

H.J. de Kloe, mei 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:4257

Zaaknummer: FT RK 20-190

Rechters: J.C.A.T. Frima

Advocaten: P.A. Visser

Wetsartikelen: 6 Fw

RECHTSPRAAK

Onderzoekers/SNS

De onderzoekers in het enquêteonderzoek inzake SNS stellen in hun cassatieberoep dat de doelstellingen van de enquête en de taak en de positie van de onderzoekers ertoe moeten leiden dat SNS aan de onderzoekers zonder voorbehoud inzage moet geven in alle stukken die zij nodig achten. De Hoge Raad oordeelt dat de vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie voor de rechtspersoon een gegronde reden kan opleveren om niet te voldoen aan de verplichting om inzage te geven aan de onderzoekers. De vennootschappen van SNS mogen onderzoekers dan ook inzage weigeren in notulen, bestuurdersbesluiten en correspondentie in het kader van het lopende enquêteonderzoek met een beroep op het afgeleide verschoningsrecht. De klachten van de onderzoekers rusten aldus op een onjuiste rechtsopvatting en de Hoge Raad wijst het cassatieberoep af.

De OK heeft een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal N.V., inmiddels SRH N.V., en SNS Bank N.V., inmiddels De Volksbank N.V. (hierna gezamenlijk 'SNS Reaal c.s.'), over de periode vanaf 1 juli 2006 tot 1 februari 2013 met benoeming van een raadsheer-commissaris. De onderzoekers hebben een lijst met documenten aangeleverd die zij willen inzien, waaronder de notulen van de vergaderingen van het bestuur en raad van commissarissen van SNS Reaal c.s. en Propertize B.V., voorheen SNS Property Finance B.V. SNS Reaal c.s. hebben zich op standpunt gesteld dat hen met betrekking tot gedeeltes van de opgevraagde documenten een beroep toekomt op een van advocaten en notarissen afgeleid verschoningsrecht.

De onderzoekers verzoeken de raadsheer-commissaris primair te bepalen dat SNS Reaal c.s. zich met betrekking tot de opgevraagde documenten niet kunnen beroepen op een (afgeleid) verschoningsrecht en subsidiair SNS Reaal c.s. te bevelen de stukken waarvan na controle

vaststaat dat er geen (afgeleid) verschoningsrecht op rust, ter beschikking te stellen en gemotiveerd te kennen te geven voor welke stukken een beroep op het verschoningsrecht wordt gehonoreerd. De raadsheer-commissaris stelt SNS Reaal c.s. in het gelijk en beveelt hen gespecificeerd en gemotiveerd opgave te doen van de passages uit de documenten ten aanzien waarvan zij een beroep doen op een afgeleid verschoningsrecht en de raadsheer-commissaris heeft de onderzoekers verboden in hun onderzoek op enigerlei wijze gebruik te maken van deze informatie. De onderzoekers hebben cassatieberoep ingesteld tegen het oordeel van de raadsheer-commissaris. Hun klachten komen erop neer dat, gelet op de doelstellingen van de enquête en de taak en de positie van de onderzoekers, SNS Reaal c.s. aan de onderzoekers zonder voorbehoud inzage moeten geven in alle stukken die zij nodig achten.

De Hoge Raad overweegt dat de raadsheer-commissaris aanwijzingen kan geven over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd (art. 2:350 lid 4 BW) en dat de onderzoekers het recht tot raadpleging van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers hebben (art. 2:351 lid 1 BW). Advocaten en notarissen behoren tot de beperkte groep personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hen in hun hoedanigheid wordt toevertrouwd. In verband daarmee komt hen tevens het verschoningsrecht toe, waarvan de grondslag is gelegen in het algemene rechtsbeginsel dat bij een vertrouwenspersoon als een advocaat of notaris het maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijke belang dat ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden. Dit algemene rechtsbeginsel geldt volgens de Hoge Raad ook in een enquêteonderzoek. Het oordeel of bescheiden onder het verschoningsrecht van de advocaat of notaris vallen, komt volgens de Hoge Raad aan de advocaat of notaris zelf toe. Bij deze beoordeling komt het aan op de vraag of deze informatie aan de advocaat of notaris in zijn hoedanigheid is toevertrouwd. Zolang er redelijke twijfel bestaat of de verstrekking zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven, mag inzage worden geweigerd.

Ten aanzien van de rechtspersoon die zich om advies of bijstand tot een advocaat of notaris heeft gewend, stelt de Hoge Raad voorop dat deze rechtspersoon zelf geen afgeleid verschoningsrecht heeft. Desalniettemin kan de rechtspersoon volgens vaste rechtspraak een gerechtvaardigd belang hebben om te weigeren mee te werken aan het onderzoek, voor zover door de onderzoekers inzage wordt verlangd in informatie die de rechtspersoon met zijn advocaat of notaris in diens hoedanigheid heeft uitgewisseld, en waarvan de raadpleging of verstrekking niet kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat, gelet op de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon en zijn advocaat of notaris, verborgen dient te blijven. Het belang dat iedereen de vrijheid heeft om een vertrouwenspersoon te raadplegen

zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan die vertrouwenspersoon in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, zou anders onaanvaardbaar worden geschaad indien degene die een geheimhouder wil raadplegen, niet vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking zou kunnen vastleggen en bewaren hetgeen hij zelf aan de geheimhouder heeft toevertrouwd en hetgeen de geheimhouder hem heeft meegedeeld (HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9105).

De Hoge Raad oordeelt dat de vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie voor de rechtspersoon een gegronde reden kan opleveren om niet te voldoen aan de verplichting om inzage te geven aan de onderzoekers. De klachten van de onderzoekers rusten aldus op een onjuiste rechtsopvatting en de Hoge Raad wijst het cassatieberoep af.

M.M.H.A. Leurs, mei 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 03-04-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:600

Zaaknummer: 19/01958

Rechters: C.A. Streefkerk, M.V. Polak, C.E. du Perron, M.J. Kroeze en F.J.P. Lock

Advocaten: D.M. de Knijff, M.S. van der Keur, J. de Bie Leuveling Tjeenk, J.W.M.K. Meijer, R.P.J.L. Tjittes, P. Tanja en W. de Jong

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:350 lid 4 BW, 2:351 lid 1 BW en 2:352 BW

RECHTSPRAAK

Koper aandelen/Verkoper aandelen

Een koper van aandelen in een vennootschap vordert vernietiging van de koopovereenkomst en schadevergoeding vanwege dwaling over de juistheid van de overnamebalans. Het hof stelt vast dat de overnamebalans een onjuiste voorstelling van zaken geeft en oordeelt dat de koper de koopovereenkomst op goede gronden heeft vernietigd wegens dwaling. De gevolgen van vernietiging kunnen bezwaarlijk ongedaan worden gemaakt. De verkoper wordt in de gelegenheid gesteld bewijs te leveren dat hij aanspraak kan maken op uitkering in geld dan wel schadevergoeding, omdat koper door de vernietiging onbillijk wordt bevoordeeld. De indirect bestuurder van de vennootschap is aansprakelijk voor schade van de koper vanwege de misleidende voorstelling van zaken in de overnamebalans.

Tussen appellant ('de Koper') en geïntimeerde sub 1 ('de Verkoper') komt een aandelenkoopovereenkomst tot stand. De Koper verkrijgt van de Verkoper de aandelen in Promis Security Systems BV ('de Vennootschap'). In de koopovereenkomst is ten gunste van de Koper een balansgarantie opgenomen. De Verkoper garandeert dat de overnamebalans een getrouw en stelselmatig beeld geeft over het vermogen en resultaat van de Vennootschap.

Een paar maanden na de levering ontstaat een geschil tussen de Verkoper en de Koper. De Koper stelt dat er een fout zit in de overnamebalans ten aanzien van de post onderhanden projecten. De Vennootschap leidt over 2012 een aanzienlijk verlies, terwijl uit de overnamebalans per 31 november 2012 nog een positief resultaat bleek. De Vennootschap is later in staat van faillissement verklaard.

De Koper start daarop een procedure tegen de Verkoper, waarin hij in de kern vordert (primair) vernietiging van de koopovereenkomst op grond van dwaling en (subsidiair en meer subsidiair) te verklaren voor recht dat de koopovereenkomst is ontbonden dan wel de Verkoper is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichting uit de koopovereenkomst.

De Koper maakt aanspraak op terugbetaling van de koopprijs en (aanvullende) schadevergoeding. In reconventie vordert de Verkoper de Koper te veroordelen tot betaling van rente over de koopsom en een overeengekomen *earn-out*.

Na een deskundigenonderzoek oordeelt de rechtbank dat de Verkoper toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst door schending van de balansgarantie. De rechtbank veroordeelt de Verkoper tot betaling van een bedrag aan schadevergoeding en veroordeelt geïntimeerde sub 2 op grond van artikel 2:249 BW jo. artikel 2:11 BW als indirect bestuurder van de Vennootschap hoofdelijk tot betaling van de schade van de Koper wegens de misleidende voorstelling van zaken door de overnamebalans. De vordering van de Verkoper in reconventie wordt eveneens toegewezen. De primaire vordering van de Koper wordt aldus afgewezen.

De Koper komt in hoger beroep op tegen dit vonnis. De Verkoper stelt op zijn beurt incidenteel beroep in.

In hoger beroep buigt het hof zich allereerst over de vraag of sprake is van een fout in de overnamebalans en of de Koper zich terecht op dwaling heeft beroepen. Het hof oordeelt dat de post onderhanden projecten in de overnamebalans onjuist is gewaardeerd, waardoor de overnamebalans een fout van substantiële en omvangrijke omvang bevat. Bij de begroting van de waarde van de fout sluit het hof (anders dan de rechtbank) aan bij de bevindingen van de deskundige in eerste aanleg.

Het hof stelt vast dat de Koper door de onjuiste waardering van de post onderhanden werk is uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken, onder andere ten aanzien van de betreffende balansposten, het eigen vermogen en het resultaat van de Vennootschap. De onjuiste voorstelling van zaken is volgens het hof te wijten aan de inlichtingen van de Verkoper dan wel het verzuim van de Verkoper om de Koper in te lichten. De Koper heeft voldoende toegelicht en aannemelijk gemaakt, dat hij bij een juiste voorstelling van zaken de koopovereenkomst niet (onder dezelfde voorwaarden) was aangaan. Het hof verwerpt de stelling van de Verkoper dat de dwaling voor rekening en risico van de Koper behoort te blijven, omdat hij de onjuiste waardering van de post onderhanden projecten had kunnen en moeten ontdekken bij zijn *due diligence*-onderzoek. De Verkoper heeft volgens het hof in onmiskenbare bewoordingen onjuiste mededelingen gedaan over de waardering van de post onderhanden projecten. De Koper mocht zonder meer vertrouwen op de juistheid van deze mededelingen, gezien de kennelijke aard en strekking ervan. Bovendien heeft de Koper onvoldoende weersproken gesteld dat de onjuistheid pas kon worden ontdekt bij een onderzoek ter plaatse. Een dergelijk onderzoek kon redelijkerwijs niet van de Koper worden verlangd.

Het hof komt daarom, anders dan de rechtbank, tot het oordeel dat de Koper de koopovereenkomst met recht buitengerechtelijk heeft vernietigd.

Als gevolg van de vernietiging zou de Verkoper in beginsel de koopsom moeten terugbetalen aan de Koper en zou de Koper de aandelen van de Vennootschap moeten teruggeven aan de Verkoper. De Verkoper beroept zich echter met recht op artikel 3:53 lid 2 BW. Het hof stelt vast dat de aandelenoverdracht bezwaarlijk ongedaan kan worden gemaakt, omdat de Koper niet in staat is om de aandelen materieel in exact dezelfde staat terug te geven. De transactie vond namelijk jaren geleden plaats, de Vennootschap is in staat van faillissement verklaard en de onderneming is door de curator verkocht aan een doorstarter. De Verkoper maakt daarom aanspraak op een uitkering in geld wegens onbillijke bevoordeling van de Koper en (daarmee samenhangend) vergoeding van de schade die de Verkoper lijdt doordat de Koper de aandelen niet terug kan geven. In dat verband maakt de Verkoper de Koper het verwijt dat hij debet is geweest aan het faillissement van de Vennootschap. Het hof laat de Verkoper toe tot bewijslevering.

De Koper heeft naar het oordeel van het hof voldoende aangevoerd om naast vernietiging van de koopovereenkomst en terugbetaling van de koopprijs tevens aanspraak te maken op schadevergoeding (vgl. HR 11 oktober 2013:ECLI:HR:2013:CA3765). De Koper zal in een later stadium worden toegelaten tot bewijslevering. In het belang van een goede procesorde wordt eerst de Verkoper tot bewijslevering toegelaten.

Het hof stelt tot slot vast dat geïntimeerde sub 2 als indirect bestuurder van de Vennootschap op grond van artikel 2:249 BW hoofdelijk aansprakelijk is voor de schade van de Koper als gevolg van de misleidende voorstelling van zaken in de overnamebalans, omdat geen grief is gericht tegen dit oordeel van de rechtbank.

Het hof verwijst de zaak naar de rol voor een akte over de bewijslevering door de Verkoper.

M.C.J. Peeters, mei 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1440

Zaaknummer: 200.236.723/01

Rechters: R.R.M. De Moor, M. van Ham en L.S. Frakes

Advocaten: N.H.A. Kampschreur en G. de Gelder

Wetsartikelen: 6:228 BW, 3:53 lid 2 BW en 2:249 BW

RECHTSPRAAK

Vereniging Nederlandse Bond van Dansleraren/Penningmeester

De penningmeester van een vereniging wordt aansprakelijk gehouden voor frauduleuze c.q. niet te verantwoorden kasopnames en betalingen. Een beroep op decharge faalt. De bevindingen van een door de rechtbank aangewezen deskundige worden onvoldoende gemotiveerd betwist door de penningmeester. Zowel rechtbank als hof wijzen de gevorderde schadevergoeding (gedeeltelijk) toe.

De vereniging Nederlandse Bond van Dansleraren ('NBD') vordert in deze procedure schadevergoeding van een voormalig bestuurslid ('de bestuurder'). De bestuurder wordt specifiek in zijn hoedanigheid als penningmeester verweten kasopnames en betalingen te hebben gedaan zonder deugdelijke (administratieve) verantwoording achteraf.

De rechtbank gelast een deskundigenonderzoek door een registeraccountant. De – niet in het voordeel van de bestuurder – sprekende bevindingen van de accountant worden door de bestuurder onvoldoende gemotiveerd betwist. Een beroep op decharge wordt van de hand gewezen. Decharge strekt zich niet uit tot frauduleuze onttrekkingen die door manipulatie van de boeken niet uit de jaarrekening en verslaglegging kenbaar zijn (ECLI:NL:HR:2010:BM2332). De rechtbank wees in eerste aanleg de gevorderde schadevergoeding door de NBD (gedeeltelijk) toe. Het oordeel van de rechtbank blijft in hoger beroep, na verzet door de NBD tegen een verstekarrest, in stand. Het hof overweegt ten aanzien van het beroep op decharge, in aanvulling op de rechtbank, dat kennis van een individueel lid, de accountant of de kascommissie niet aan de algemene vergadering kan worden toegerekend (onder verwijzing naar de conclusie van A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2010:BM2332) bij het eerder aangehaalde arrest). De verwijzing door de bestuurder naar een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2013:8) acht het hof niet relevant. In de betreffende zaak was – in tegenstelling tot deze zaak – de algemene vergadering later geïnformeerd over gewraakte uitbetalingen.

Ten aanzien van de bevindingen van de deskundige overweegt het hof nog dat (i) de bestuurder in reactie op deze bevindingen niet kan volstaan met enkel, zonder nadere uitleg, een verwijzing naar producties (ECLI:NL:HR:2017:404) en (ii) de rechtbank de bevindingen van een deskundige kan overnemen wanneer deze onvoldoende gemotiveerd worden betwist (ECLI:NL:HR:2017:279).

B.J. Hermans, mei 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1433

Zaaknummer: 200.221.626/02

Rechters: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, W.J.J. Beurskens en P.W.A. van Geloven

Advocaten: G.W. Boogaard en D.M. Lamers

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Ecolamp

Geschil tussen bestuurder van een stichting en oud-bestuurders. In het kader van de bestuurswisseling zijn afspraken gemaakt omtrent leningen en een huurovereenkomst. Kern van het geschil is de vraag of die afspraken al dan niet door bedrog tot stand zijn gekomen. Het hof oordeelt dat de bestuurder onvoldoende heeft gesteld om te concluderen dat sprake is geweest van bedrog en dus dat de oud-bestuurders niet onrechtmatig jegens de bestuurder hebben gehandeld en vernietigt het vonnis van de kantonrechter.

Bij overeenkomst is de volledige intellectuele eigendom van de merknaam Ecolamp, alsmede de volledige voorraad Ecolampen en Ecolamp Servicekits door een bv ('de BV') overgedragen aan een stichting die het ontwikkelen en ondersteunen van activiteiten op het gebied van energie en beveiliging tot doel heeft ('de Stichting'). Partijen komen overeen dat een deel van de koopprijs later en in onderling overleg in termijnen zal worden voldaan, afhankelijk van de verkoop van de Ecolampen. De Stichting heeft de BTW voor de eerste factuur van de BV voor levering van een deel van de voorraad Ecolampen als voorbelasting in aftrek gebracht en ontvangen van de Belastingdienst. Een groot deel daarvan is doorbetaald aan een stichting ('Stichting Beheer') waarvan de Stichting een pand huurt. De levering van de Ecolampen door de BV stuitte echter op problemen, waardoor niet alle lampen zijn geleverd. De verhuurder van het pand waar de lampen waren opgeslagen, maakte in verband met een huurachterstand van de BV namelijk gebruik van zijn retentierecht. Niet veel later wordt de BV ontbonden en is door de Belastingdienst een boekenonderzoek bij de Stichting uitgevoerd.

Na deze gebeurtenissen is tijdens een bestuursvergadering afgesproken dat de vrijwilliger die de administratie van de Stichting beheerde samen met zijn zoon het bestuur van de Stichting zou opvolgen ('de nieuwe bestuurder'), geïntimeerde in hoger beroep. Ook werden afspraken gemaakt over onder meer de huurovereenkomst en werden overeenkomsten gesloten met betrekking tot aflossing van leningen, afgegeven door de oud-bestuurders ('de oud-bestuurders'), appellanten in hoger beroep, aan de Stichting. Verder is gesproken over een

gesprek met de Belastingdienst omtrent de omzetbelasting, dat in de nabije toekomst zal plaatsvinden. Kort na de bestuursvergadering legt de Belastingdienst een naheffingsaanslag aan de Stichting op; uit het boekenonderzoek door de Belastingdienst blijkt dat een factuur van de BV nog openstaat, waardoor op grond van artikel 15 Wet op de omzetbelasting 1968 de afgetrokken BTW na twee jaar na opeisbaarheid van de factuur weer verschuldigd is geraakt. De nieuwe bestuurder heeft hierop de huurovereenkomst met Stichting Beheer opgezegd en terugbetaling van de lening gestaakt met als reden dat hij misleid is.

De kantonrechter heeft in conventie onder meer voor recht verklaard dat afspraken over de huurovereenkomst en de leningsovereenkomsten buitenrechtelijk zijn vernietigd en dat de oud-bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld jegens de nieuwe bestuurder bij de totstandkoming van deze afspraken.

Het hof acht de kern van het geschil de vraag of de oud-bestuurders opzettelijk hebben verzwegen – met het oogmerk om de nieuwe bestuurder de afspraken en overeenkomsten te laten aangaan – dat de overeenkomst tussen de Stichting en de ontbonden BV niet is doorgegaan en de Belastingdienst als gevolg daarvan een naheffingsaanslag zou opleggen. Het hof overweegt dat het aan de nieuwe bestuurder is om feiten en omstandigheden te stellen die de conclusie rechtvaardigen dat sprake is van bedrog. Volgens de nieuwe bestuurder wisten, althans behoorden de oud-bestuurders tijdens de bestuursvergadering te weten, dat binnenkort een verplichting op de Stichting zou komen te rusten om alsnog het afgetrokken bedrag aan BTW te voldoen. Zij hebben nagelaten de nieuwe bestuurder te informeren dat de levering van de Ecolampen nooit had plaatsgevonden. Hierdoor zijn de afspraken tot stand gekomen door toedoen van bedrog.

Volgens het hof bevestigen de feiten echter dat de nieuwe bestuurder op de hoogte was van de situatie rondom de BTW. De nieuwe bestuurder beheerde de administratie van de Stichting en was tevens aanwezig bij een verhoor in het kader van het boekenonderzoek, uitgevoerd door de Belastingdienst. Hierdoor had de nieuwe bestuurder moeten begrijpen dat het tot problemen zou gaan leiden met de Belastingdienst dat de rekening van de ontbonden BV nog niet was betaald en de levering van een groot aantal lampen nog niet had plaatsgevonden, terwijl daar al wel een groot bedrag aan omzetbelasting in vooraftek voor was genomen en gedeclareerd. Volgens het hof volgt uit verschillende omstandigheden dat de nieuwe bestuurder dit ook zonder aanwezigheid van een creditnota en kennis van de liquidatie van de BV had moeten begrijpen. Die omstandigheden zijn dat de door de Belastingdienst uitgekeerde BTW-gelden van de Stichting naar de door de nieuwe bestuurder bestuurd Stichting Beheer zijn doorgesluisd, de nieuwe bestuurder aanwezig was bij een verhoor van de Belastingdienst en de nieuwe bestuurder tijdens de bestuursvergadering heeft vernomen van een bespreking die zou gaan plaatsvinden met de Belastingdienst over de omzetbelasting, bij

welke bespreking de nieuwe bestuurder ook aanwezig is geweest.

In het licht van het voorgaande is volgens het hof onvoldoende gesteld om te concluderen dat de afspraken en overeenkomsten door bedrog tot stand zijn gekomen. Het hof vernietigt het vonnis van de kantonrechter waarin voor recht is verklaard dat de oud-bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld bij de totstandkoming van de genoemde afspraken en overeenkomsten met de nieuwe bestuurder.

NB: Zie ECLI:NL:RBZWB:2016:2388 voor de procedure over aansprakelijkstelling door de Belastingdienst van een van de oud-bestuurders vanwege onder meer bovengenoemde onbetaald gebleven naheffingsaanslag van de Stichting.

O.R.J.C. Freens, mei 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 21-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1364

Zaaknummer: 200.238.352/01

Rechters: M.A.M. Vaessen, E.J. van Sandick en J.G.A. Struycken

Advocaten: J.A.N. Lap en M.F.J.M. Tijssen

Wetsartikelen: 3:44 lid 2 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Kapitaalbehoefte startup leidt tot onenigheid, enquêteverzoek afgewezen

OK, enquête. Startup Dynasource heeft op enig moment extra financiering nodig. In de algemene vergadering komt men niet tot overeenstemming over het investeringsvoorstel. Een van de oprichters van Dynasource start daarop een enquêteprocedure. Van de aangevoerde klachten is slechts de klacht omtrent de gang van zaken rondom de kapitaalbehoefte van Dynasource gegrond, aldus de OK. Aangezien de investeringsplannen nooit doorgang hebben gevonden en Dynasource inmiddels failliet is verklaard, acht de OK een onderzoek echter niet meer opportuun. Het verzoek wordt afgewezen.

Startup Dynasource is in 2013 opgericht door drie personen, welke samen het bestuur vormden. Gelijktijdig werd een STAK opgericht waarbij C en D het bestuur vormden van de STAK.

Dynasource ontwikkelde een platform waarmee werd beoogd vraag en aanbod van IT-professionals en ondernemingen te koppelen. Het aandelenkapitaal in Dynasource was in 2017 grofweg als volgt verdeeld: 65% werd gehouden door de STAK, 15% door Walvis en 20% door Kangaroo.

Op enig moment was extra financiering nodig bij Dynasource. Het investeringsvoorstel dat hiertoe wordt gedaan heeft de vorm van een *convertible loan agreement* (de 'CLA'). De STAK heeft zich in de AVA, waarin over het investeringsvoorstel werd gestemd, onthouden van stemming. Onder andere de gang van zaken rond de kapitaalbehoefte brengt McKinley, een van de oprichters van Dynasource, ertoe een enquêteverzoek in te dienen. McKinley voert aan:

In het bestuur van de STAK is sprake van een impasse, ten gevolge waarvan de STAK niet in staat is haar stemrecht op de door partijen overeengekomen wijze in de vergadering van

aandeelhouders uit te oefenen.

De aandeelhoudersovereenkomst wordt geschonden doordat A is benoemd tot bestuurder van de STAK en die benoeming is om meerdere redenen vernietigbaar.

Het bestuur, de RvC en de AVA van Dynasource nemen stelselmatig nietige, dan wel vernietigbare besluiten en de governance van de vennootschap wordt stelselmatig veronachtzaamd.

De informatievoorziening aan C, eerst in zijn hoedanigheid van indirect bestuurder van Dynasource, vervolgens als bestuurder van de STAK, schiet ernstig tekort.

Dynasource voert een ondoordacht en ongemotiveerd financierings- en ondernemingsbeleid, uitmondend in de CLA, zonder dat daartoe een rechtsgeldig besluit is genomen, met als gevolg dat het belang van de certificaathouders die niet participeren onredelijk zal verwateren.

McKinley verzoekt de OK om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Dynasource over de periode vanaf medio 2017. Als onmiddellijke voorzieningen wordt gevraagd: (i) de conversie van leningen (verstrekt onder de CLA) in aandelen te verbieden, (ii) de voorzitter van de RvC te schorsen en een nader aan te wijzen persoon tot commissaris met doorslaggevende stem te benoemen, (iii) A als bestuurder van de STAK te schorsen en een nader aan te wijzen persoon tot bestuurder van de STAK met doorslaggevende stem te benoemen, dan wel de aandelen van de STAK ten titel van beheer over te dragen, en (iv) de door anderen dan de STAK gehouden aandelen ten titel van beheer over te dragen.

Daags na de zitting van de OK is Dynasource surseance van betaling verleend. Tien dagen later is zij in staat van faillissement verklaard. De omstandigheid dat bij faillissement sanering of herstel van gezonde verhoudingen niet meer tot de mogelijkheden behoort, is echter, anders dan Dynasource heeft betoogd, op zichzelf onvoldoende grond voor afwijzing van het enquêteverzoek (HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5516 (KPNQwest)). Het verkrijgen van openheid van zaken en het vaststellen van de verantwoordelijkheid voor mogelijk wanbeleid zijn zelfstandige doeleinden van het enquêterecht. Gezien de toezegging van mr. Guldemonnd dat McKinley zal overwegen de kosten van een onderzoek voor te schieten indien de curator niet bereid is die kosten ten laste van de boedel te brengen, kan het verzoek ook niet op voorhand worden afgewezen op grond van de afwezigheid van financiële middelen.

De OK oordeelt dat geen sprake is van een impasse binnen het bestuur van de STAK, aangezien de STAK er sinds begin 2019 een derde bestuurslid bij heeft gekregen. Dit betekent dat een eventuele impasse tussen [D] en [C] is doorbroken, de STAK kan immers worden vertegenwoordigd door twee bestuursleden gezamenlijk. De overige aangevoerde zaken leveren ofwel geen gegronde reden op om te twijfelen aan een juiste gang van zaken, ofwel zijn onvoldoende aannemelijk gemaakt, ofwel kunnen niet leiden tot het gelasten van een onderzoek.

Uitzondering vormt de wijze waarop het bestuur van Dynasource heeft gehandeld met betrekking tot de kapitaalbehoefte. Dit vormt wel een gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Het had op de weg van Dynasource gelegen om voorafgaand aan de agendering van het investeringsvoorstel een deugdelijke waardering van de aandelen te laten uitvoeren. Gegeven het feit dat de CLA en daarmee ook de emissie uiteindelijk niet zijn doorgegaan, en voorgoed van de baan zijn nu de vennootschap inmiddels failliet is verklaard, acht de OK een onderzoek naar het voorgaande echter niet meer opportuun.

K. Becker, mei 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:982

Zaaknummer: 200.266.319/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, C.C. Meijer, A.J. Wolfs, P.G. Boumeester en S. ten Have

Advocaten: K.S. Guldemon, O.L.M. Heuts, C.R.B. Jonker en R.Q. Potter

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Lamaro/Priogen c.s.

OK; enquête. De OK gelast een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Priogen Holding vanwege verstoorde verhoudingen. Beide partijen hadden een verzoek tot onderzoek bij de OK ingediend. Het verzoek van aandeelhouder tevens bestuurder Priogen c.s. wordt afgewezen. Priogen c.s. meenden dat de mede-aandeelhouder te vergaande rechten had verkregen ten koste van de onderneming. De OK wijst dit verzoek af, omdat Priogen de betreffende overeenkomst welbewust is aangegaan. Het verzoek van aandeelhouder Lamaro wordt wel toegewezen, onder andere omdat geen dividend op haar cumprefs wordt uitgekeerd zonder dat daarvoor een goede reden aanwezig is, en omdat niet op haar verzoeken om informatievoorziening wordt gereageerd. Ook de Raad van Advies, die is ingesteld ter bescherming van de positie van Lamaro, wordt buiten de besluitvorming van de vennootschap gehouden.

Lamaro Holding B.V. ('Lamaro') houdt 51% van de aandelen in Priogen Holding B.V. ('Priogen'), Enerfund B.V. ('Enerfund') houdt de overige 49% van de aandelen. Lamaro houdt tevens tien cumulatief preferente aandelen in Priogen (de 'Cumprefs'). Enerfund is enig bestuurder van Priogen. Priogen is enig bestuurder en enig aandeelhouder van Priogen Energy B.V. (tezamen met Priogen: 'Priogen c.s.'). Priogen houdt zich bezig met de wereldwijde handel in energieproducten. Door Lamaro, Enerfund en Priogen zijn een aandeelhoudersovereenkomst en een 'Call Optie en Preferent Dividend Overeenkomst' ('CPD Overeenkomst') gesloten. Om te voorkomen dat de rechten van Lamaro zouden kunnen worden uitgehold door Enerfund als enig bestuurder van Priogen Holding, hebben partijen aan Lamaro vergaande informatie- en inspectierechten toegekend en is een raad van advies ingesteld. De verhoudingen tussen partijen zijn op enig moment verstoord geraakt. Zowel Priogen c.s. als Lamaro hebben de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Priogen c.s. en verschillende onmiddellijke voorzieningen gevraagd.

Priogen c.s. verwijten Lamaro dat zij ten koste van de onderneming te vergaande rechten heeft verkregen. De OK gaat hier niet in mee, en oordeelt dat Priogen c.s. een onjuist beeld hebben geschilderd van de wijze waarop de afspraken tussen Enerfund en Lamaro tot stand zijn gekomen. De OK acht het in strijd met artikel 21 Rv dat Enerfund als bestuurder van Priogen c.s. Lamaro verwijt dat zij ten koste van de onderneming te vergaande rechten zou hebben verkregen, zonder dat daar een investering tegenover stond, maar daarbij de eigen rol van Enerfund en de door haar gemaakte keuzes achterwege laat. Zo is Enerfund wel degelijk bijgestaan door een gespecialiseerde advocaat bij de totstandkoming van de overeenkomst, en de gekozen financieringsstructuur is door Enerfund zelf voorgesteld.

Voorop staat volgens de OK dat Priogen in beginsel gebonden is aan de afspraken uit de aandeelhoudersovereenkomst en de CPD Overeenkomst. Niet is gebleken dat de daarin gemaakte afspraken op zichzelf onredelijk bezwarend zijn jegens Priogen c.s. Tevens is niet gebleken dat Priogen c.s. in zwaar weer zullen komen te verkeren of schade zullen lijden als gevolg van naleving van die afspraken. Niet kan worden aangenomen dat sprake is van een dringende behoefte aan kapitaal bij Priogen c.s., waarbij Lamaro zichzelf te veel rechten heeft toegekend en ten koste van Priogen c.s. terugbetaling van haar investering verlangt. Ook de andere verwijten van Priogen c.s. (de introductie van een raad van advies en blokkering van verhoging van de managementvergoeding) leveren geen gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen op.

Het verzoek van Lamaro wordt wel toegewezen. Tussen partijen staat vast dat de verhoudingen tussen Lamaro en Enerfund verstoord zijn. Het verwijt van Lamaro komt er in de kern op neer dat zij geen dividend krijgt uitgekeerd op de Cumprefs, zonder dat daar een goede verklaring voor wordt gegeven. De OK stelt vast dat partijen slechts in uitzonderlijke gevallen de dividenduitkering op de Cumprefs hebben willen opschorten. Daarvan kan slechts sprake zijn indien voorzienbaar is dat Priogen in betalingsonmacht komt te verkeren. Het ligt op de weg van Enerfund als bestuurder om onderbouwd toe te lichten waarom dat in dit geval aan de orde is. Ondanks herhaalde verzoeken daartoe heeft zij die toelichting niet gegeven. Dit levert naar het oordeel van de OK gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Priogen.

Daarnaast is volgens de OK voldoende aannemelijk dat de informatievoorziening aan Lamaro door Enerfund gebrekkig is en dat Priogen de op haar rustende informatieverplichtingen niet nakomt. Ook dat levert een gegronde reden op.

Als laatste roept het volgens de OK vragen op dat de raad van advies niet in de gelegenheid is gesteld om te kunnen adviseren over een herziene versie van het budget voor de investeringen, zoals zij had verzocht. Volgens de OK lijkt het er op dat Enerfund, in weerwil

van het verzoek van de raad tot het uitstellen van verdere investeringen in de Verenigde Staten en zonder haar in de gelegenheid te stellen een adviesbesluit te nemen, eigenmachtig tot het doen van de investeringen in de Verenigde Staten heeft besloten. Ook dat levert gegronde reden op.

Het OK wijst het verzoek tot het gelasten van een onderzoek toe en zal naast Enerfund een nader aan te wijzen persoon tot bestuurder met doorslaggevende stem bij Priogen benoemen, die zelfstandig bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen en zonder wie de vennootschap niet vertegenwoordigd kan worden.

M.F. van Schendel, mei 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:610

Zaaknummer: 200.268.745/01 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, A.W.H. Vink, M.P. Nieuwe Weme, M.A. Scheltema en S. ten Have

Advocaten: R.Q. Potter, J.A.G.M. Vriens, C.R.B. Jonker, D.R. de Breij en G.R.G. Driessen

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Belangen minderheidsaandeelhouder stelselmatig veronachtzaamd

OK: enquête. De OK overweegt dat in de onderzochte periode sprake is geweest van wanbeleid bij Clifden c.s. nu de bestuurders stelselmatig het vennootschappelijk belang van Clifden c.s. en de belangen van de minderheidsaandeelhouder veronachtzaamd hebben. Eveneens een grond voor het wanbeleidoordeel is dat het bestuur van Clifden c.s. jarenlang de wettelijke verplichtingen omtrent het houden van aandeelhoudersvergaderingen en het tijdig vaststellen en publiceren van de jaarrekening hebben veronachtzaamd. De onduidelijkheid die is blijven bestaan op het punt van de juridische kosten die ten laste van Clifden zijn gebracht, draagt bij aan het oordeel van wanbeleid.

Clifden B.V. ('Clifden') is (indirect) enig aandeelhouder van de twee vennootschappen Rand en Tuindorp (tezamen 'Clifden c.s.'). B en C waren vanaf het begin van de reeds door de OK bevolen onderzoeksperiode bestuurders van Clifden c.s. C is per oktober 2012 afgetreden als bestuurder van Clifden c.s. De aandelen in Clifden worden gehouden door A (20%), B (40%) en Maam Cross Holding B.V. ('Maam Cross') (40%). De thans door Maam Cross gehouden aandelen zijn in januari 2013 verkregen van C. B is enig aandeelhouder en bestuurder van Maam Cross, waardoor B in feite 80% van de zeggenschap in Clifden heeft. Maam Cross houdt alle aandelen in Goudsesingel BV ('Goudsesingel'). B is enig bestuurder van Goudsesingel (tot 2011 vormde B tezamen met C het bestuur). Goudsesingel is op haar beurt enig aandeelhouder en bestuurder van een groot aantal apotheek-bv's, de Spanhoff Groep.

In 2005 heeft Tuindorp de door haar geëxploiteerde apotheek aan Farmassist B.V. ('Farmassist') overgedragen. Op datzelfde moment hebben ook de v.o.f. Apotheek Boomgaardshoek – met B en C als enige vennoten – en Apotheek Overmaessche B.V. – met B en C als enig bestuurders en indirect aandeelhouders – ook elk een apotheek aan Farmassist overgedragen. De met die transactie gerealiseerde koopsom is geïncasseerd door een

vennootschap binnen de Spanhoff Groep.

In 2007 is de rekening-courantverhouding van Tuindorp op Goudsesingel van ca. 4,5 miljoen euro overgedragen aan Clifden. In 2011 wordt een buitengewone aandeelhoudersvergadering van Clifden gehouden, waarbij de jaarrekeningen over de boekjaren 2003 tot en met 2010 zijn vastgesteld. A heeft zich daarbij telkens van stemming onthouden. Over de genoemde boekjaren is ook decharge aan het bestuur verleend, waarbij A telkens tegen heeft gestemd.

A heeft in de jaren die daarop volgden steeds bezwaar gemaakt tegen het beleid en de gang van zaken van Clifden c.s., kort gezegd vanwege het verstrekken van gelden aan of het kwijtschelden van schulden van het insolvable Goudsesingel, zonder daar voldoende zekerheden tegenover te stellen of een redelijk rentepercentage te vragen. Op verzoeken om informatieverstrekking van A, bijvoorbeeld om een specificatie van zogenaamd gemaakte juridische kosten, wordt bovendien niet adequaat gereageerd. A is ook van mening dat B een tegenstrijdig belang heeft bij het verstrekken van gelden aan Goudsesingel. Ondanks het tegenstemmen van A worden echter steeds jaarrekeningen vastgesteld en wordt decharge aan het bestuur verleend.

De OK heeft in een eerder stadium overwogen dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen bij Clifden c.s. en heeft een onderzoek bevolen. Op basis van het onderzoeksverslag heeft A geconcludeerd dat gedurende de onderzochte periode sprake is geweest van wanbeleid van Clifden c.s. en dat B en C daar verantwoordelijk voor zijn. Tevens verzocht A de OK een aantal voorzieningen te treffen, waaronder het vernietigen van een aantal bestuurs- en aandeelhoudersbesluiten, de schorsing van B als bestuurder en het benoemen van een tijdelijk bestuurder van Clifden c.s.

De OK stelt, onder verwijzing naar de inhoud van het onderzoeksverslag en naar hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd, dat in de onderzochte periode sprake is geweest van wanbeleid van Clifden c.s., nu zowel B als C (laatste: tot oktober 2012) als bestuurders stelselmatig het vennootschappelijk belang van Clifden c.s. en de belangen van A als minderheidsaandeelhouder veronachtzaamd hebben. In dat kader wijst de OK op het persoonlijke tegenstrijdige belang van zowel B als C bij het alloceren van de totale koopsom. Op hen rustte een bijzondere zorgplicht jegens minderheidsaandeelhouder A, op zijn minst volledige openheid inhoudend. Ditzelfde geldt voor het besluit om de gehele opbrengst van de verkoop van de apotheek van Tuindorp – feitelijk het enige actief van Clifden c.s. – aan Goudsesingel te laten toekomen en in rekening-courant te boeken zonder daarbij enige zekerheidsrechten te vestigen, terwijl Goudsesingel een aanzienlijk negatief eigen vermogen had. De OK wijst erop dat de te onderscheiden belangen daarbij niet (op zorgvuldige) wijze gescheiden zijn gehouden en er evenmin transparantie is betracht. Ook bij het besluit om de

vordering in rekening-courant op Goudsesingel gedeeltelijk kwijt te schelden en om de rente op de ongesecureerde rekening-courantschuld (tweemaal) te verlagen, was sprake van een tegenstrijdig belang, waarbij het bestuur haar persoonlijke belangen bij Goudsesingel heeft laten prevaleren boven het belang van Clifden. Daarbij is niet gebleken dat het bestuur bij deze besluiten aan A openheid van zaken heeft gegeven.

De OK wijst er verder op dat de onduidelijkheid die is blijven bestaan op het punt van de juridische kosten die ten laste van Clifden zijn gebracht, bijdraagt aan het oordeel van wanbeleid. Eveneens een grond voor wanbeleid van Clifden c.s. is het jarenlang door het bestuur veronachtzamen van de wettelijke verplichtingen om aandeelhoudersvergaderingen te houden en tijdig jaarrekeningen vast te stellen en te publiceren.

De OK acht het bestuur van Clifden c.s. verantwoordelijk voor het geconstateerde wanbeleid. Een interne taakverdeling binnen het bestuur doet daaraan niet af, aldus de OK. Dat geldt ook voor de stelling van C dat hij ruim voor zijn uitschrijving als bestuurder al afscheid had genomen, nu de gesignaleerde kwesties het bestuur collectief aangaan en hij tot die datum bestuurder is gebleven.

Naast de vaststelling van wanbeleid treft de OK een aantal voorzieningen die zien op de schorsing van B als bestuurder van Clifden c.s, de benoeming van een tijdelijke bestuurder bij Clifden c.s. en de vernietiging van twee aandeelhoudersbesluiten waarin over de jaren 2007 en 2012 aan het bestuur decharge is verleend. De verzochte vernietiging van de overige besluiten acht de OK disproportioneel en niet opportuun.

M.J. van de Graaf, mei 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3791

Zaaknummer: 200.253.643/01 OK

Rechters: A.J. Wolfs, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema, P.M. Verboom en C. Smits-Nusteling

Advocaten: D. Engelen, R.J.R.M. de Bok en J.P.R.C. de Jonge

Wetsartikelen: 2:355 BW en 2:356 BW

RECHTSPRAAK

Poging vernietiging bestuursbesluiten mislukt

Aandeelhouder vordert vernietiging van bestuursbesluiten op grond waarvan medeaandeelhouder kosten vergoed heeft gekregen door de vennootschap. Beide aandeelhouders vormen tevens het bestuur, aangevuld met een OK-bestuurder met beslissende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid. Hof wijst vorderingen af omdat appellant daarbij geen belang heeft. Omdat de OK-bestuurder de vennootschap rechtsgeldig heeft vertegenwoordigd en de betalingen aan de medeaandeelhouder daarop gebaseerd zijn, kan appellant zijn doel – laten terugvloeien van de gelden naar de vennootschap – niet bereiken met vernietiging. Geen direct externe werking van besluiten. Geen vernietiging vanwege tegenstrijdig belang of strijd met artikel 2:8 BW.

De joint venture-vennootschap ('de vennootschap', geïntimeerde) heeft twee gezamenlijk bevoegde bestuurders: appellant en Metals. Zij zijn tevens ieder 50%-aandeelhouder van de vennootschap. Op enig moment schakelt Metals juridisch adviseurs in om vorderingen van de vennootschap op partijen in Hong Kong in rechte te incasseren. Appellant stelt dat Metals daartoe niet bevoegd is. Metals start vervolgens een enquêteprocedure. De OK benoemt een tijdelijk bestuurder met beslissende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Het bestuur, inclusief OK-bestuurder, besluit vervolgens (unaniem) in twee vergaderingen dat de adviseurskosten in verband met de procedures in Hong Kong – die nu deels zijn betaald door Metals – voor rekening van de vennootschap komen. Uit een daarop volgend extern onderzoek blijkt echter sprake te zijn van 'excessief' declaratiegedrag van de juridische adviseurs. De OK-bestuurder (namens de vennootschap) doorloopt met deze adviseurs een mediationtraject, waarna de laatsten hun declaraties met 51% corrigeren. Metals doet een finaal voorstel voor de afwikkeling van de nog niet door de vennootschap aan haar vergoede juridische kosten. Appellant wijst dat voorstel af en start de onderhavige procedure (in eerste

aanleg). De OK-bestuurder accepteert het voorstel wel. Ook dat besluit betreft appellant in zijn vordering, waarmee hij kort gezegd beoogd voornoemde bestuursbesluiten te laten vernietigen, met als doel Metals de ontvangen bedragen te laten retourneren aan de vennootschap.

De rechtbank wijst de vorderingen af bij gebrek aan belang: een eventuele vernietiging kan niet aan Metals worden tegengeworpen en de OK-bestuurder zou de besluiten weer opnieuw (wederom rechtsgeldig) kunnen – en vermoedelijk: zullen – nemen.

Het hof wijst de vorderingen ook af. Allereerst hebben de besluiten geen direct externe werking, noch zijn zij constitutief vereist voor de betalingen aan Metals (art. 2:16 lid 2 BW), zodat vernietiging niet tot terugbetaling zal leiden (en appellant derhalve geen belang heeft).

Voorts kunnen besluiten, anders dan appellant stelt, niet buitengerechtelijk worden vernietigd. Zijn beroep op dwaling heeft hij verder onvoldoende onderbouwd (daargelaten de vraag of een beroep op dwaling bij het uitbrengen van een stem kan leiden tot vernietiging van het besluit).

Met een beroep op artikel 2:15 lid 1 sub a BW jo. artikel 2:239 lid 6 BW beargumenteert appellant dat Metals een tegenstrijdig belang had – hij is zowel bestuurder van de vennootschap als aandeelhouder en ontvanger van de vergoede adviseurskosten – en had zich dientengevolge dienen te onthouden van de beraadslaging en besluitvorming hieromtrent. Dat heeft hij niet gedaan, zodat de besluiten vernietigd moeten worden. Het hof stelt vast dat appellant niet verder is gekomen dan de enkele constatering dat Metals meerdere petten draagt, maar niet heeft toegelicht waarom het belang van Metals strijdig zou zijn met het belang van de vennootschap. Dit onderdeel faalt. Ook het beroep op artikel 2:15 lid 1 sub b BW jo. artikel 2:8 BW wordt afgewezen. Appellant stelt dat de besluiten overhaast en onzorgvuldig zijn genomen, zodat een zorgvuldigheidsnorm jegens hem is geschonden. Het hof ziet daarvoor geen aanleiding en oordeelt dat de besluiten juist zorgvuldig zijn genomen. De opbrengst van de procedures in Hong Kong komt bovendien de vennootschap ten goede, waarvan appellant – evenals Metals – 50%-aandeelhouder is en dus evengoed profiteert. Niet valt in te zien hoe appellant onredelijk is benadeeld.

E.A. Buziau, mei 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 21-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1369

Zaaknummer: 200.242.496_01

Rechters: J.C.J. van Craaikamp, E.A.M. van Oorschot en J.M.W. Werker

Advocaten: W.H.A.M. van den Muijsenbergh en D.J.F.F.M. Duynstee

Wetsartikelen: 2:15 BW, 2:239 BW en 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Kors BV

OK; enquête. De OK wijst het primaire verzoek tot wijziging van het enquêteonderzoek af vanwege onvoldoende samenhang met het in 2017 toegewezen enquêteverzoek. De OK wijst het subsidiaire verzoek tot beëindiging van de enquête toe, nu de vennootschap door de verkoop van haar onderneming geen activa meer heeft en het onderzoek niet meer aan de doelstellingen van de enquête kan beantwoorden. De OK bepaalt voorts dat de OK-bestuurder bevoegd is een bedrag in escrow te nemen, om daaruit de kosten van verweer te voldoen bij een eventuele toekomstige aansprakelijkstelling.

Het betreft hier de enquêteprocedure van Kors BV ('Kors') en haar dochtervennootschappen, onderdeel van de Pervasco-groep die zich bezighoudt met de productie van onder andere suikerwaren. Binnen de groep hebben diverse geschillen gespeeld die al de nodige jurisprudentie hebben opgeleverd. Bij beschikking van 4 mei 2017 (OR 2017-0179) heeft de OK een enquête toegewezen met betrekking tot Kors. De reden hiervoor was tweeledig. Aan de ene kant speelde een ruzie binnen het bestuur; bestuurders gaven tegenstrijdige instructies aan de bank en waren niet langer bij machte besluiten te nemen. Aan de andere kant had de indirect aandeelhouder tevens indirect bestuurder van Kors ('A'), grote bedragen aan de vennootschap onttrokken. De OK had diverse voorlopige voorzieningen getroffen, waaronder dat A als bestuurder werd geschorst en een OK-bestuurder werd benoemd die zou opereren naast de nog aanblijvende bestuurder.

Lopende het onderzoek draagt Kors haar onderneming (via verkoop van haar dochtervennootschappen) aan een derde over. De enige *asset* die zij dan nog heeft, is een recht op een jaarlijks bedrag als onderdeel van de koopprijs (*earn-out fee*).

Aandeelhouder Boegbeeld BV verzoekt de OK aanvankelijk om de lopende enquête op te heffen, maar ter zitting heeft zij haar verzoek zodanig gewijzigd dat zij primair verzoekt te bepalen dat het onderzoek alsnog plaatsvindt, mits daarin onder meer het proces rondom de

verkoop van de onderneming wordt betrokken. De OK wijst dit wijzigingsverzoek af. De vraag of een onderzoek moet worden gelast, kan slechts worden beantwoord naar aanleiding van het verzoekschrift waarin wordt toegelicht dat er gegronde redenen zijn om aan juist beleid te twijfelen. Het enquêteverzoek (dat is toegewezen) zag op een niet-functionerend bestuur en zorgen over de continuïteit van de onderneming (mede in verband met de onttrekkingen door A). Er bestaat zodoende onvoldoende samenhang tussen dit verzoek en de gang van zaken rondom de verkoop van de dochtermaatschappijen.

Het thans subsidiaire verzoek van Boegbeeld BV tot beëindiging van de enquête wordt wel toegewezen. Omdat Kors na verkoop van haar onderneming geen activa meer heeft (anders dan de *earn out fee*) kan het onderzoek niet meer aan het verder bereiken van de doelstellingen van de enquête bijdragen.

Door het stoppen van de enquête eindigen ook per direct de voorlopige voorzieningen, als gevolg waarvan de schorsing van A als bestuurder wordt opgeheven en de OK-bestuurder ophoudt bestuurder te zijn. Met het oog op zijn ontslag vraagt de OK-bestuurder of hij een bedrag uit de vennootschap in *escrow* mag nemen ten behoeve van in redelijkheid te maken kosten van verweer tegen mogelijke aansprakelijkheid. De OK overweegt dat functionarissen die door de OK worden benoemd in toenemende mate worden geconfronteerd met aansprakelijkstelling en dat zij besluiten moeten kunnen nemen in het belang van de rechtspersoon, zonder bevreesd te zijn dat zij later de kosten van verweer in geval van aansprakelijkstelling zelf moeten dragen. Op grond van artikel 2:349a lid 2 en 2:357 lid 2 en 6 BW kan de OK de gevolgen van de getroffen voorzieningen regelen door te bepalen dat de kosten van verweer voor rekening van de vennootschap komen en de mogelijkheid te bieden daartoe een bedrag te separeren uit het vermogen van de vennootschap. De OK bepaalt dat de OK-bestuurder bevoegd is een bedrag in *escrow* te nemen om daaruit de kosten van verweer te voldoen bij een eventuele toekomstige aansprakelijkstelling.

S.L. Haanschoten, mei 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1159

Zaaknummer: 200.214.235/01 OK en 200.214.235/04 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, M.A. Scheltema en V.G. Moolenaar

Advocaten: J.P.M. Borsboom en A.J. van der Duijn Schouten

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:349a lid 2 BW en 2:357 lid 2 en 6 BW

RECHTSPRAAK

Jantje van Leyden/bestuurders A4 Bodyfit

Een verhuurder stelt de bestuurders, tevens oprichters, van een besloten vennootschap aansprakelijk op grond van bekrachtiging van een huurovereenkomst die was gesloten namens de vennootschap in oprichting, omdat de bekrachtigde overeenkomst niet is nagekomen en de bestuurders wisten of redelijkerwijs konden weten dat de vennootschap haar verplichtingen uit de huurovereenkomst niet zou kunnen nakomen. In eerste aanleg heeft de rechtbank de vordering van de verhuurder afgewezen. Het gerechtshof acht de bestuurders echter wel aansprakelijk ex artikel 2:203 BW vanwege onvoldoende startkapitaal en veroordeelt hen tot vergoeding van de schade van verhuurder.

Deze zaak gaat over een geschil tussen de verhuurder Jantje van Leyden B.V. ('verhuurder') als appellant en twee bestuurders tevens oprichters ('bestuurders') van de hurende vennootschap A4 Bodyfit B.V. ('huurder') als geïntimeerden. Verhuurder en huurder, destijds een vennootschap in oprichting, hebben een huurovereenkomst gesloten voor een bedrijfsruimte waarin de huurder een fitnessruimte wilde exploiteren. Na oprichting van de vennootschap, bekrachtigen de bestuurders namens de huurder de huurovereenkomst. Er zijn problemen met het verkrijgen van een bouwvergunning en er wordt een negatief brandveiligheidsadvies afgegeven, waarna de huurder de huurovereenkomst in rechte probeert te ontbinden. Daarin slaagt de huurder niet, maar de huurder voldoet evenmin de huurpenningen.

De verhuurder vordert in eerste aanleg schadevergoeding van de bestuurders. De bestuurders zouden hoofdelijk aansprakelijk zijn ex artikel 2:203 BW, omdat de huurder de bekrachtigde huurovereenkomst niet nakomt en de bestuurders wisten of redelijkerwijs behoorden te weten dat de huurder de overeenkomst niet zou kunnen nakomen. De rechtbank wijst deze vordering af, omdat naar haar oordeel voldoende financiële middelen beschikbaar waren en omdat door de bestuurders niet kon worden voorzien dat vergunningverlening zo lang op zich

zou laten wachten.

De verhuurder handhaaft zijn vordering in hoger beroep. Bij tussenarrest spreekt het hof het voorlopige oordeel uit dat de bestuurders ten tijde van de bekrachtiging van de huurovereenkomst wisten of redelijkerwijs konden weten dat de huurder haar verplichtingen uit de huurovereenkomst niet zou kunnen (blijven) nakomen. Uit de feiten en omstandigheden blijkt volgens het hof dat de huurder zonder externe financiering niet beschikte over voldoende startkapitaal om het fitnesscentrum van de grond te krijgen en zo omzet te generen om aan haar verplichtingen te kunnen blijven voldoen. De bestuurders krijgen de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren tegen dit bewijsvermoeden, maar slagen niet in dit bewijs.

Het hof uit in het eindarrest twijfels over de juiste datering van de overgelegde bewijsstukken en overweegt dat de gestelde financieringsbehoefte – gebaseerd op een sobere inrichting van het fitnesscentrum – niet strookt met het ondernemingsplan waarin een trendy en luxe fitnesscentrum wordt beschreven. Het hof schat de financieringsbehoefte, oordeelt dat onvoldoende eigen liquide middelen beschikbaar waren om in die behoefte te voorzien, en dat niet gesteld of gebleken is dat andere middelen beschikbaar zouden komen. Het tegenbewijs tegen het bewijsvermoeden dat onvoldoende startkapitaal beschikbaar was, is dus niet geleverd. De bestuurders zijn daarom hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de verhuurder heeft geleden doordat de huurder haar verplichtingen uit de bekrachtigde huurovereenkomst niet is nagekomen.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en veroordeelt de bestuurders tot betaling van de door verhuurder geleden schade.

C.W. Kuipers, mei 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 28-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:861

Zaaknummer: 200.217.749/01

Rechters: P. Glazener, D. Aarts en J.W. Frieling

Advocaten: P.B.J. van den Oord en A.G. Moeijes

Wetsartikelen: 2:203 BW

RECHTSPRAAK

Impromex Technics en Ergoshop/Nam Beheer

OK; enquête. Een vennootschap en diens 50%-aandeelhouder dienen een enquêteverzoek in tegen de medeaandeelhouder/-bestuurder en verzoeken daarbij als onmiddellijke voorziening de medebestuurder te schorsen. De OK schorst de medebestuurder niet, maar legt – onder verbeurte van een dwangsom – het verbod op om bestuurshandelingen te verrichten, naar het bedrijf te komen en zich toegang te verschaffen tot bankrekeningen. Verdere beslissingen worden aangehouden.

A is enig aandeelhouder en bestuurder van De Ergoshop Holding BV ('Ergoshop'). B is enig aandeelhouder en bestuurder van Nam beheer BV ('Nam beheer'). Ergoshop en Nam Beheer houden elk 50% van de aandelen in en zijn beide bestuurder van Impromex Technics Holding BV ('Impromex Holding'). Impromex Holding houdt alle aandelen in het kapitaal van Impromex Technics BV ('Impromex Technics') en is daarvan bestuurder. A en B zijn dus indirect bestuurders van Impromex Technics.

De samenwerking tussen A en B dateert van maart 2017, maar in de loop van de tijd is de verhouding tussen beide aandeelhouders verslechterd. In april 2019 hebben A en B een document genaamd 'Directiestatuut' getekend waarin is opgenomen dat bij het staken van de stemmen gebruik wordt gemaakt van een extern adviseur D met doorslaggevende stem, die benoemd is door A en B. Omdat de verhouding tussen A en B verder verslechterde, is in juli 2019 afgesproken dat zij beiden een plan van aanpak zouden opstellen. Door D zijn de plannen samengevoegd tot één plan van aanpak. Nadat het conflict tussen A en B weer is opgelaaaid, heeft B het vertrouwen in D opgezegd.

A heeft Nam Beheer vervolgens verzocht terug te treden als bestuurder van Impromex Holding. Voorts heeft A namens Impromex Technics de managementovereenkomst met Nam Beheer met onmiddellijke ingang opgezegd. B heeft deze opzegging niet aanvaard.

Op 15 november 2019 heeft een aandeelhoudersvergadering plaatsgevonden. Volgens de notulen heeft A als voorzitter vastgesteld dat A en D vóór en B tegen het ontslag van Nam

Beheer hebben gestemd, waardoor het voorstel tot ontslag van Nam Beheer is aangenomen. Door A is het ontslag ingeschreven bij de KvK. B heeft daartegen bezwaar gemaakt op grond van het feit dat het ontslagbesluit niet rechtsgeldig zou zijn. De KvK heeft de inschrijving vervolgens weer aangepast. A is hiertegen in beroep gegaan bij het CBB. Op 14 maart 2020 heeft B zich toegang verschaft tot de bedrijfsruimten van Impromex Holding en Impromex Technics en een deel van de administratie onder zich genomen. Deze is vervolgens weer achtergelaten voor de deur van het bedrijfspand.

Impromex Holding en de Ergoshop hebben een verzoekschrift ingediend bij de OK met het verzoek een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Impromex Holding en Impromex Technics. Hierbij is als voorlopige voorziening voor de duur van het geding primair verzocht Nam Beheer te schorsen als bestuurder van Impromex Holding en subsidiair een derde persoon te benoemen tot bestuurder van Impromex Holding met doorslaggevende stem, dan wel een andere voorziening te treffen die de OK juist acht.

Volgens Impromex Holding en de Ergoshop staan beide bestuurders lijnrecht tegenover elkaar en is er sprake van een bestuurlijke impasse. Volgens Impromex Holding en de Ergoshop functioneren de organen van de vennootschappen ook niet meer. Zij zijn van mening dat de escalaties in september en maart 2019 te verwijten zijn aan B. Zowel A, als het personeel, de leveranciers en de klanten zouden geen vertrouwen meer hebben in B.

Nam Beheer verzoekt in haar verweerschrift Impromex Holding en de Ergoshop niet ontvankelijk te verklaren in hun verzoeken voor zover die zien op het treffen van een onmiddellijke voorziening, althans die af te wijzen. B erkent dat de situatie tussen A en B niet bijdraagt aan de onderneming, maar volgens B heeft A de onenigheid veroorzaakt omdat B werd buitengesloten. B heeft zich daardoor toegang moeten verschaffen tot het pand, maar dat kwam omdat A de sloten en codes had vervangen. Omdat B de administratie die hij had meegenomen niet kon afgeven, heeft hij die voor de deur achtergelaten. Volgens B is er geen reden voor een onmiddellijke voorziening, omdat B heeft toegezegd zich niet te bemoeien met de dagelijkse gang van zaken onder de voorwaarde dat hij toegang krijgt tot de digitale Exact-administratie. A zou hebben toegezegd de toegang tot de Exact-administratie te verlenen, waardoor verdere escalaties volgens B niet hoeft te worden voorkomen.

Bij repliek hebben Impromex Holding en de Ergoshop gesteld dat B wederom getracht heeft om toegang te krijgen tot het bedrijfsterrein en zich autorisaties te verschaffen voor toegang tot banktegoeden. Impromex Holding en de Ergoshop hebben echter ook laten weten dat wat hen betreft geen onmiddellijke voorziening hoeft te worden getroffen als B zijn toezegging herhaalt dat hij niet op het bedrijfsterrein zal komen anders dan op uitnodiging van A, zich niet zal bemoeien met de dagelijkse gang van zaken en die aan A zal overlaten tot aan de

mondelinge behandeling, en in aanvulling op zijn toezeggingen zal toezeggen dat hij zijn pogingen om toegang te krijgen tot de banktegoeden staakt.

Bij dupliek heeft B zijn toezegging herhaald, maar niet toegezegd dat hij geen poging zal ondernemen om toegang te verkrijgen tot de banktegoeden.

De OK is van oordeel dat uit het ontslag van Nam Beheer, de uitschrijving in de KvK, het bezwaar en de beroepsprocedure dienaangaande, in combinatie met het zich toegang verschaffen tot het bedrijfspand door B en het meenemen van de administratie om die vervolgens weer achter te laten voor de deur, voldoende duidelijk blijkt dat de verhouding tussen A en B grondig is verstoord en de organen van Impromex Holding niet meer functioneren, hetgeen ook doorwerkt naar het niveau van Impromex Technics. Hetgeen is voorgevallen levert naar het oordeel van de OK reeds gegronde redenen op om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij Impromex Holding en Impromex Technics.

De OK acht het in het belang van Impromex Holding en Impromex Technics om een onmiddellijke voorziening te treffen die in ieder geval tot de mondelinge behandeling de rust binnen de onderneming herstelt. Volgens de OK is daarvoor nodig dat Nam Beheer zich onthoudt van actieve bemoeienis met de onderneming van Impromex Holding en Impromex Technics. De toezegging die Nam Beheer in de processtukken heeft gedaan, is niet voldoende, omdat ondanks het uitdrukkelijke verzoek daartoe Nam Beheer niet heeft toegezegd zich te onthouden van pogingen om toegang te krijgen tot de bankrekeningen.

De OK besluit Nam Beheer voorlopig niet te schorsen, maar verbiedt Nam Beheer totdat door de OK anders zal worden beslist – onder verbeurte van een dwangsom van € 10.000 per overtreding met een maximum van € 50.000 om: (i) handelingen als (indirect) bestuurder van Impromex Holding en Impromex Technics te verrichten; (ii) zich op het bedrijfsterrein of in het bedrijfspand van Impromex Holding en Impromex Technics te begeven anders dan op uitnodiging van de Ergoshop; en (iii) pogingen te doen zich autorisaties te verschaffen die leiden tot toegang tot de banktegoeden van Impromex Holding en Impromex Technics.

J.W.P. Tulfer, mei 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1088

Zaaknummer: 200.275.755/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, P.R. Baart en W. Wind

Advocaten: B.A. Bendel en T.M. Schraven

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:346 BW en 2:349a lid 2 BW