

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 10, 2020

Nummer 10, 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:2020:984](#) 29-05-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid, frustratie van betaling en verhaal, devolutieve werking van het hoger beroep

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:4045](#) 26-05-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:4040](#) 26-05-2020

Curatoren Hakenbergconcern/Rabobank

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:985](#) 26-05-2020

Unicum Moerdijk/Moerdijk Paint & Services

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1600](#) 19-05-2020

Pay for People/Bestuurders Smart B4B

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1597](#) 19-05-2020

Nigiami 2

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1588](#) 19-05-2020

DGA Keukenmanagement/Local Online Marketing

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1539](#) 12-05-2020

Y/Payments

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:3732](#) 12-05-2020

Sanitech Holding/Montarlot Beheer

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:3677](#) 12-05-2020

Verkopers/Commanditaire vennoot en bestuurder van de beherend vennoot van Grootlandbouwbedrijf De Sjalón C.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1219](#) 14-04-2020

Haarsma Beleggingen/Orthocenter

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1127](#) 14-04-2020

Mosadex/Apotheek Schiemond

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1207](#) 07-04-2020

Caceis Bank/Stichting Administratiekantoor Aandelen Kas Bank c.s.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:2494](#) 24-03-2020

Nexmar/SIT

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:578](#) 25-02-2020

Divino Beheer/Y Beheer en X Beheer

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:576](#) 25-02-2020

Divino Beheer/Denim International Holding

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:533](#) 21-01-2020

Auto Service Arnhem/Eigenaar auto

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3080](#) 20-08-2019

Jabeli/Maxmart

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:4674](#) 20-05-2020

Aansprakelijkheid huidig en voormalig bestuurder vanwege schending administratieplicht

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:4382](#) 15-05-2020

AA Schroefpalen/bestuurder van na turboliquidatie ontbonden bouwbedrijf

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:1835](#) 13-05-2020

DWSV/KNVB

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:4201](#) 08-05-2020

Aanvechting benoeming bestuurders politieke partij

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:2049](#) 07-05-2020

Werkgeefster/werknemer

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:2048](#) 07-05-2020

Werknemer/werkgeefster

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:3920](#) 29-04-2020

Niet-ontvankelijkheid wegens instellen eis namens een niet-vorderingsgerechtigde vennootschap

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:3832](#) 22-04-2020

Vesteda Investment Management/Bestuurder At Home

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:2336](#) 22-04-2020

Arkelhof Investments/DLA Piper

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:3510](#) 01-04-2020

Geschil omtrent variabele koopsom bedrijfsovername

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2020:1661](#) 25-03-2020

Werknemer/Invent Business Software

RECHTSPRAAK

Divino Beheer/Denim International Holding

Een aandeelhouder en ex-bestuurder vordert in hoger beroep vernietiging van bestuursbesluiten en AvA-besluiten. Het hof oordeelt dat de bestuursbesluiten niet zien op rechtsgevolg binnen de vennootschapsorde. Het betreft beslissingen van het bestuur die een externe (rechts)handeling van de vennootschap voorbereiden. Er is daarom geen sprake van besluiten als bedoeld in artikel 2:14 en 2:15 BW. Voor vernietiging van de AvA-besluiten bestaat geen grond. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Denim International Holding B.V. ('Denim') is een projectvennootschap en zou een pand aankopen en ontwikkelen. Denim heeft drie aandeelhouders en bestuurders: Divino Beheer B.V. ('Divino'), X Beheer en (later) Y Beheer. Denim koopt het pand en Y Beheer schiet een gedeelte voor, aangezien financiering door de bank uitblijft.

Tijdens een AvA van Denim wordt Divino ontslagen als bestuurder van Denim. Daarna wordt het pand verkocht. Kort na de verkoop van het pand beslist het bestuur van Denim om (i) Y Beheer te vergoeden voor risico vreemd vermogen en verrichte arbeid en (ii) X Beheer commissie te betalen voor het sluiten van de overeenkomst tot verkoop (gezamenlijk: 'het Bestuursbesluit'). (Zie hierover ook ECLI:NL:GHAMS:2020:578, OR 2020-0195.)

Divino is het hiermee niet eens en vindt dat zij recht heeft op 1/3 van de gerealiseerde overwaarde van het pand. In een procedure vordert Divino meerdere bedragen, waaronder haar inleg. Deze bedragen krijgt zij terugbetaald, behalve een gevorderde winstuitkering. Daartoe ontbrak een besluit van de AvA van Denim, aldus de rechtbank.

De AvA van Denim besluit hierna (i) tot goedkeuring van de jaarrekening van Denim en (ii) om de dividenduitkering op nul te zetten (samen: 'de AvA-Besluiten'). Divino vordert vernietiging van de AvA-Besluiten, maar de rechtbank wijst dit af en stelt dat Divino miskent dat aan de gewraakte betalingen (op grond van het Bestuursbesluit) een bestuursbeslissing ten grondslag ligt waarvan Divino niet meer de vernietiging kan vorderen, waardoor

vernietiging van de Besluiten niet meer aan de orde is. Hiertegen komt Divino in hoger beroep op.

Divino stelt dat de AvA-Besluiten vernietigbaar zijn, omdat zij niet overeenkomstig de statutaire bepalingen over de oproeping tot de AvA zijn genomen. Het hof wijst dit argument af: Divino en haar advocaat waren aanwezig op de AvA, dus Divino heeft geen redelijk belang bij de naleving van deze verplichtingen. Daarnaast stelt Divino dat de rechtbank geen acht geslagen heeft op alle bij de AvA-Besluiten betrokken belangen. Zo zouden alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben gehad. Ook geeft de goedgekeurde jaarrekening volgens Divino geen getrouw beeld van de financiële situatie van Denim, omdat deze geen rekening zou houden met toegezegde betalingen aan Divino, waaronder dividend en arbeidsbeloning en de onregelmatigheid van betalingen op grond van de AvA-Besluiten.

Het hof oordeelt dat het Bestuursbesluit niet ziet op rechtsgevolg binnen de vennootschapsorde. Het betreft een beslissing van het bestuur die een externe (rechts)handeling van Denim voorbereidt. Er is daarom geen sprake van een besluit als bedoeld in artikel 2:14 en 2:15 BW. De jaarrekening houdt terecht met bepaalde aanspraken en betalingen rekening. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien dat de AvA-Besluiten strijdig zijn met de redelijkheid en billijkheid. Afweging van alle betrokken belangen of een extra motivering ervan is niet aan de orde. Deze afweging had plaats moeten vinden bij het nemen van het Bestuursbesluit, niet bij de AvA-Besluiten. Het hof bekrachtigt op grond van deze overwegingen het vonnis van de rechtbank.

J.M. Schepel, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:576

Zaaknummer: 200.253.338/01

Rechters: J.W.M. Tromp, W.A.H. Melissen en H. Struik

Advocaten: B.S. Friedberg en H.C. Koops

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

RECHTSPRAAK

Divino Beheer/Y Beheer en X Beheer

Gedupeerde aandeelhouder vordert in hoger beroep schadevergoeding door bestuurders vanwege gesteld onrechtmatig handelen jegens de vennootschap. Evenals eerder de rechtbank oordeelt het hof dat de aandeelhouder geen eigen vordering heeft en dat de vorderingen van de aandeelhouder dan ook worden afgewezen.

Denim International Holding B.V. ('Denim') is een projectvennootschap en zou een pand aankopen en ontwikkelen. Denim heeft drie aandeelhouders en bestuurders: Divino Beheer B.V. ('Divino'), X Beheer en (later) Y Beheer. Denim koopt het pand en Y Beheer schiet een gedeelte voor, aangezien financiering door de bank uitblijft.

Tijdens een AvA wordt Divino ontslagen als bestuurder van Denim. Daarna wordt het pand verkocht. Kort na de verkoop van het pand beslist het bestuur van Denim om (i) Y Beheer te vergoeden voor risico vreemd vermogen en verrichte arbeid en (ii) X Beheer commissie te betalen voor het sluiten van de overeenkomst tot verkoop (samen: 'het Bestuursbesluit'). De AvA van Denim besluit later (i) tot goedkeuring van de jaarrekening van Denim en (ii) om de dividenduitkering op nul te zetten (samen: 'de AVA-Besluiten'). (Zie hierover ook ECLI:NL:GHAMS:2020:576, OR 2020-0194.)

Divino is het hiermee niet eens en betreft X Beheer en Y Beheer in een procedure. De rechtbank overweegt daarin het volgende. Ervan uitgaande dat X Beheer en Y Beheer met (het Bestuursbesluit en) de betalingen een onrechtmatige daad jegens Divino hebben gepleegd, kan Divino schadevergoeding vorderen, maar die is niet gevorderd, terwijl geen beroep is gedaan op artikel 6:103 BW. De rechtbank wijst de vorderingen van Divino op grond daarvan af.

Tegen dit oordeel komt Divino in hoger beroep op. Divino stelt daarin dat Y Beheer en X Beheer hun positie als bestuurders van Denim niet hebben gebruikt om te handelen in het belang van de vennootschap, maar primair om hun eigen financieel belang te behartigen. Zij hebben volgens Divino nagenoeg de gehele opbrengst van de verkoop van het pand aan

zichzelf uitgekeerd en vervolgens de resterende liquiditeit zonder enige grondslag gebruikt om betalingen aan zichzelf te verrichten.

Samengevat vordert Divino vergoeding van de schade die Denim heeft geleden door het gestelde onrechtmatig handelen van onder andere Y Beheer en X Beheer jegens Denim. Divino kan deze vordering alleen instellen indien de vordering door Denim aan Divino zou zijn gecedeerd, al dan niet ter incasso, aldus het hof. Niet is gesteld of gebleken dat sprake is van overdracht van de vordering. Het hof oordeelt dat de gevorderde schadevergoeding niet toewijsbaar is. Artikel 6:103 BW kan Divino niet baten, aangezien dit artikel ziet op vergoeding, anders dan in geld, van schade die de benadeelde (zelf) heeft geleden, welke situatie hier niet aan de orde is. Aan beantwoording van de vraag of Y Beheer en X Beheer onrechtmatig jegens Divino hebben gehandeld, komt het hof derhalve niet toe. Het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep.

J.M. Schepel, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:578

Zaaknummer: 200.253.352/01

Rechters: J.W.M. Tromp, W.A.H. Melissen en H. Struik

Advocaten: B.S. Friedberg en L.J.P.E. Donckers-Corten

Wetsartikelen: 6:162 BW en 6:103 BW

RECHTSPRAAK

Mosadex/Apotheek Schiemon

OK; enquête. De grootste crediteur van een inmiddels failliete vennootschap verzoekt een enquête. Ondanks de verplichting tot het doen van mededeling omtrent vervreemdingen verkocht de vennootschap activa waarop de crediteur een pandrecht heeft. Nu onduidelijk is hoe de schulden van de vennootschap zo hebben kunnen oplopen, beveelt de OK een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken. Daarbij wegen voorts mee het jarenlang niet publiceren van de jaarrekeningen en het persoonlijk tegenstrijdige belang bij de verkoop. De enquête verzoekende crediteur heeft vanwege het pandrecht stemrecht en is daarom ontvankelijk.

Mosadex C.V. ('Mosadex'), verzoekster, heeft een groothandel in farmaceutische producten en is houdstermaatschappij van diverse dochterondernemingen. Apotheek Schiemon B.V. ('Apotheek Schiemon'), verweerster, dreef een apotheek in Rotterdam tot zij begin maart 2020 failliet werd verklaard. Handelsonderneming Goudsesingel B.V. ('Goudsesingel'), belanghebbende, is enig bestuurder en indirect enig aandeelhouder van Apotheek Schiemon en een aantal andere apotheken. Natuurlijk persoon A is enig bestuurder en indirect aandeelhouder van Goudsesingel en onderhandelt in 2016 met Mosadex over het aangaan van een handelsrelatie ('A').

Vanaf februari 2017 levert Mosadex geneesmiddelen aan de groep apotheken onder Goudsesingel. Voorafgaand hieraan, nog tijdens de onderhandelingen met Mosadex, laat Goudsesingel op verzoek van Mosadex een accountantsonderzoek verrichten naar de financiële situatie van de groep apotheken. De uitkomst van het onderzoek, dat onder andere ziet op door Goudsesingel voor de groep geleverde prognoses, is positief. Ook verpanden verschillende apotheken hun (toekomstige) vorderingen op zorgverzekeraars aan Mosadex ten behoeve van diens vorderingen. Ondanks het onderzoek en de gevestigde zekerheden ontstaan al snel betalingsachterstanden. In november 2018 zijn deze opgelopen tot ruim € 800.000. Hierop wil Mosadex de handelsrelatie alleen voortzetten als er extra zekerheden

komen. Zij verkrijgt een eerste pandrecht op de aandelen die Goudsesingel houdt in Apotheek Schiemonnd. In de pandakte is onder meer opgenomen dat het stemrecht op de aandelen zal overgaan bij tekortkomingen in de nakoming van (betalings)verplichtingen en dat beide partijen zich zullen onthouden van enige vervreemding van vermogen van Apotheek Schiemonnd. Als wel vervreemding plaatsvindt, zal Goudsesingel Mosadex hiervan direct op de hoogte stellen.

Omdat de betalingsachterstand verder oploopt gaat Goudsesingel vanaf april 2019 op zoek naar kopers voor Apotheek Schiemonnd en sommige van de andere apotheken. Enerzijds praat de groep apotheken met verschillende kopers en anderzijds blijft zij in onderhandeling met Mosadex over leveringen, de almaar oplopende betalingsachterstand en extra zekerheden. Resultaat van de gesprekken met Mosadex is een aanvullende pandakte met een eerste pandrecht op – onder meer – de opbrengst van de eventuele verkoop van de aandelen of (een deel van) de activa van een van de apotheken van de groep. Verder stelt A zich, ware het tot een maximum van 2,2 miljoen euro, borg voor alle vorderingen van Mosadex op de groep apotheken.

Ondanks de verplichting om Mosadex op de hoogte te brengen van belangrijke veranderingen in de groep, wordt Apotheek Schiemonnd zonder mededeling daarvan aan Mosadex verkocht aan Apotheek Schiemonnd Rotterdam B.V. ('Apotheek Schiemonnd Rotterdam'). Apotheek Schiemonnd Rotterdam wordt hierbij vertegenwoordigd door de zoon van A. A houdt middels een bv een meerderheidsbelang in Apotheek Schiemonnd Rotterdam. Sinds de verkoop heeft Apotheek Schiemonnd geen activiteiten meer.

Ondertussen blijft betaling van de vorderingen van Mosadex, die zijn opgelopen tot meer dan 2,5 miljoen euro, uit. Als Mosadex verneemt dat de activa van verschillende apotheken zijn verkocht, vernietigt zij deze transactie buitengerechtelijk vanwege het paulianeuze karakter en vraagt zij om opheldering en extra informatie, waaronder informatie over de prijs en het aan de verkoop ten grondslag liggende aandeelhoudersbesluit. Nu hieraan geen gehoor wordt gegeven, wendt Mosadex zich tot de OK en verzoekt om een onderzoek naar de gang van zaken vanaf januari 2017, althans vanaf november 2018 tot januari 2020, en Goudsesingel bij wijze van onmiddellijke voorziening te schorsen als bestuurder van Apotheek Schiemonnd en een ander aan te wijzen als bestuurder. Dit laatste verzoek heeft Mosadex ingetrokken nadat zij erachter kwam, overigens na de zitting, dat Apotheek Schiemonnd op 3 maart 2020 failliet is verklaard.

Mosadex legt aan haar enquêteverzoek ten grondslag dat: (i) Apotheek Schiemonnd voor een te lage prijs is verkocht aan een aan A gelieerde entiteit en A hierbij onzorgvuldig en met een persoonlijk tegenstrijdig belang handelde, hetgeen in strijd is met artikel 3:45 BW, de statuten

en de pandaktes; (ii) de jaarrekeningen van Mosadex vanaf 2015 niet zijn gedeponneerd; (iii) aan Mosadex als pandhouder en, na het ingaan van de opschortende voorwaarde, als aandeelhouder onvoldoende informatie is verstrekt; en (iv) de algemene gang van zaken gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken oplevert, omdat Apotheek Schiemonde in eerste instantie winstgevend was. Toen de winstgevendheid in het geding kwam, heeft het bestuur geen orde op zaken gesteld, maar Mosadex bewust misleid. Hier komt nog bij dat Apotheek Schiemonde zonder medeweten van Mosadex geneesmiddelen doorverkocht aan Apotheek Schiemonde Rotterdam, hetgeen in strijd is met de Geneesmiddelenwet.

De OK overweegt dat, anders dan Goudsesingel betoogt, Mosadex ontvankelijk is in haar verzoek. Mosadex is namelijk, zij het vertegenwoordigd door Mosadex Holding B.V., partij bij de pandakte. Vanaf het moment van intreden van de opschortende voorwaarde in december 2019 is Mosadex op grond van artikel 2:198 lid 4 BW bevoegd een enquête te verzoeken. De OK vervolgt dat tussen partijen vaststaat dat een apotheek in beginsel vrij eenvoudig winstgevend te exploiteren is, onder andere omdat pas wordt ingekocht op het moment dat de patiënt het geneesmiddel bestelt. Daarnaast kan op de verkoop aan de patiënt een redelijke marge worden gemaakt. Desondanks heeft Apotheek Schiemonde niet alleen een schuld bij Mosadex, maar ook bij de Belastingdienst, hetgeen de vraag oproept wat het beleid van het bestuur is geweest. Uit de stukken blijkt, zo overweegt de OK, dat Goudsesingel Apotheek Schiemonde bewust buiten Mosadex om heeft verkocht. Dit komt – gezien het feit dat met de grootste crediteur, Mosadex, overeenstemming was bereikt – neer op een onnodige materiële liquidatie van de vennootschap, waarbij A bovendien onzorgvuldig, met een persoonlijk tegenstrijdig belang en zonder hierover mededeling te doen handelde. Daar komt het feit bij dat jarenlang de voorschriften van artikel 2:394 BW niet zijn nageleefd, in combinatie met het uiteindelijk bij publicatie in strijd met de werkelijkheid vermelden dat de jaarrekeningen zijn vastgesteld. Een en ander levert gegronde reden op om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Nu Mosadex gezien de financiële situatie van de groep bereid is het onderzoek (deels) te financieren, is er volgens de OK geen vennootschappelijk belang dat zich tegen het onderzoek verzet. Tot slot doet het feit dat Mosadex haar belang ook in andere door haar aanhangig gemaakte procedures veilig kan stellen, niet af aan haar recht een enquête te verzoeken.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van januari 2017 tot 3 maart 2020, waarvan de kosten ten laste van Apotheek Schiemonde komen. De beschikking is uitvoerbaar bij voorraad en Apotheek Schiemonde en Goudsesingel worden veroordeeld in de kosten van de procedure.

F.C.W. Wijffels, juni 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1127

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

Rechters: G.C. Makkink, A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, F. van der Wel en W. Wind

Advocaten: C.J. Jager, R. Wijn en R.J.R.M. de Bok

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:198 lid 4 BW, 2:345 BW, 2:346 BW, 2:350 BW, 2:394 BW en 3:45 BW

RECHTSPRAAK

Caceis Bank/Stichting Administratiekantoor Aandelen Kas Bank c.s.

OK; uitkoop minderheidsaandeelhouders Kas Bank; eindarrest. Uit de nadere verklaring van de notaris blijkt dat is voldaan aan de 95%-drempel van artikel 2:359c lid 1 BW. De OK veroordeelt gedaagden tot overdracht van de aandelen aan eiser.

Dit eindarrest betreft het vervolg in de procedure tussen Caceis Bank ('Caceis') en STAK Kas Bank ('STAK') c.s. Voor het eerdere verloop en de feiten in deze procedure wordt verwezen naar de samenvatting van het tussenarrest van 11 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:480, zie OR 2020-0112.

De OK heeft Caceis in de gelegenheid gesteld om bij akte een (notariële) verklaring te overleggen waaruit blijkt dat Caceis op de dag van dagvaarding voor eigen rekening ten minste 95% van de geplaatste Gewone Aandelen in het kapitaal van Kas Bank verschaft en ten minste 95% van de stemrechten van Kas Bank vertegenwoordigde.

Caceis heeft bij akte een verklaring van de notaris ingebracht, waaruit blijkt dat Caceis op de dag van dagvaarding voldeed aan het 95%-vereiste van artikel 2:359c lid 1 BW. Daarbij is in aanmerking genomen dat op de door Kas Bank in haar eigen kapitaal gehouden Eigen Aandelen geen stem kon worden uitgebracht in de algemene vergadering van Kas Bank.

De OK veroordeelt STAK c.s. op grond van artikel 2:359c BW om de Gewone Aandelen waarvan zij houder zijn aan Caceis over te dragen.

D.E. Mandigers, juni 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1207

Zaaknummer: 200.269.245/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, C.C. Meijer, A.J. Wolfs, F. van der Wel en E. Eeftink

Advocaten: D.J.F.F.M. Duynstee, C.C.M. de Smet en A.F.J.A. Leijten

Wetsartikelen: 2:359c BW

RECHTSPRAAK

Haarsma Beleggingen/Orthocenter

Het hof geeft uitgangspunten voor de schadebegroting als gevolg van een onrechtmatige aandelenemissie, die een minderheidsaandeelhouder heeft benadeeld. De deskundigen die de berekening zullen uitvoeren, dienen een minimaal redelijke uitgifteprijs vast te stellen, uitgaande van een willige koper, een willige verkoper, een competitieve markt en de kennis die ten tijde van de uitgifte aanwezig was bij het bestuur. Zij mogen geen rekening houden met een korting vanwege het minderheidsbelang en de slechte verhandelbaarheid van de aandelen. Het met de onrechtmatige emissie opgehaalde bedrag dient gedeeld te worden door de minimaal redelijke uitgifteprijs om het belang van de minderheidsaandeelhouder vast te stellen. De peildatum voor de vermogensvergelijking dient volgens het hof zo dicht mogelijk bij de datum van het te wijzen eindvonnis te liggen.

Een onrechtmatige aandelenemissie van Orthocenter N.V. ('Orthocenter') vormt de opmaat voor deze schadestaatprocedure waarin Gerechtshof Amsterdam uitgangspunten geeft voor de begroting van de schade die minderheidsaandeelhouder Haarsma Beleggingen B.V. ('Haarsma Beleggingen') leed.

Orthocenter heeft drie aandeelhouders. Tot de aandelenemissie hield Dezet P en M Houdster B.V. ('Dezet') 45,29%, Haarsma Beleggingen 17,23% en Stichting administratiekantoor Orthocenter N.V. ('de STAK') 37,48%. Haarsma hield voorts 5% van de certificaten van aandelen, uitgegeven door de STAK.

Op 11 november 2013 besloot het bestuur van Orthocenter tot een aandelenemissie. Haarsma Beleggingen oefende haar statutaire voorkeursrecht op een evenredig deel van de uit te geven aandelen niet uit. Als gevolg daarvan verwaterde het belang van Haarsma Beleggingen tot

circa 3%. Dezet houdt sinds de emissie circa 57% van de aandelen in het geplaatst kapitaal en de STAK circa 40%.

Bij arrest van 20 december 2016 (OR 2017-0073) oordeelde het Gerechtshof Amsterdam op vordering van Haarsma Beleggingen dat het emissiebesluit van Orthocenter onrechtmatig was. Het hof verwees de zaak vervolgens naar deze schadestaatprocedure, waarin Haarsma Beleggingen ruim € 5,6 miljoen aan schadevergoeding vordert.

In de schadestaatprocedure heeft Rechtbank Noord-Holland in een tussenvonnis van 28 november 2018 de uitgangspunten geformuleerd aan de hand waarvan de door Haarsma Beleggingen geleden schade door drie nog te benoemen deskundigen zal moeten worden vastgesteld. Tegen dit tussenvonnis stelde Haarsma Beleggingen het hoger beroep in waarop dit arrest ziet.

Het hof stelt voorop dat ingevolge artikel 6:97 BW de schade dient te worden begroot op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. De schadevergoeding dient Haarsma Beleggingen zo veel mogelijk in de toestand te brengen waarin zij zou verkeren indien de onrechtmatige emissie niet had plaatsgevonden. In dit geval dient een vermogensvergelijking plaats te vinden tussen de werkelijke situatie en de hypothetische situatie zonder de onrechtmatige daad.

Aangezien het hof in de hoofdzaak overwoog dat de onrechtmatige daad er onder meer in bestaat dat Orthocenter besloot tot een emissie tegen een uitgifteprijs waarvan zij had moeten weten dat deze niet in redelijke verhouding stond tot de werkelijke waarde, stelt het hof met de rechtbank dat voor de berekening van de schade een minimaal redelijke uitgifteprijs bepaald moet worden. De vaststelling hiervan laat het hof aan de deskundigen over, waarbij zij, mede gelet op het bepaalde in HR 30 augustus 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1291) uit moeten gaan van de feiten en omstandigheden waarvan het bestuur van Orthocenter zich ten tijde van de emissie rekenschap had behoren te geven.

Voor de begroting van de schade dient voorts te worden vastgesteld hoeveel aandelen in het hypothetische scenario zouden zijn uitgegeven, zodat het belang van Haarsma Beleggingen in dat scenario kan worden vastgesteld. Hierbij gaat het hof er met de rechtbank van uit dat in het hypothetische scenario hetzelfde bedrag zou zijn opgehaald als in werkelijkheid. Dat bedrag dient gedeeld te worden door de nog vast te stellen minimaal redelijke uitgifteprijs, waarna het belang van Haarsma Beleggingen in het hypothetische scenario kan worden bepaald.

Het hof overweegt, anders dan de rechtbank, dat de peildatum waarop de vermogensvergelijking dient plaats te vinden zo dicht mogelijk bij de datum van het te wijzen

eindvonnis in deze schadestaatprocedure dient te liggen, zodat zo veel mogelijk recht wordt gedaan aan de werkelijkheid. Beide door Haarsma Beleggingen geleden schadeposten, namelijk misgelopen (dividend)uitkeringen en de afgenomen waarde van haar (certificaten van) aandelen, worden begroot op de verschillen tussen de hypothetische en de werkelijke situatie, berekend per voornoemde peildatum.

Bij de waardering van de aandelen dienen de deskundigen voorts uit te gaan van een willige koper, een willige verkoper en een competitieve markt. Met verwijzing naar de rechtspraak van de OK inzake de geschillenregeling, overweegt het hof in dit verband nog dat de deskundigen bij de waardering geen korting wegens het minderheidsbelang en de geringe verhandelbaarheid dienen toe te passen.

Tot slot verwijst het hof de zaak terug naar de rechtbank ter verdere behandeling en beoordeling met inachtneming van hetgeen in dit arrest is overwogen en beslist.

J. Tromp, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1219

Zaaknummer: 200.255.569/01

Rechters: D.J. Oranje, J.M. de Jongh en M.M. Korsten-Krijnen

Advocaten: M.W.J. Ariëns en E.P. Groenewegen-Caris

Wetsartikelen: 6:162 BW en 6:97 BW

RECHTSPRAAK

Nexmar/SIT

Nexmar BV stelt de Nederlandse bestuurders van de buitenlandse vennootschap SIT Groupe Europe Limited ('SIT') persoonlijk aansprakelijk voor onbetaald gebleven facturen. Het hof oordeelt dat geen sprake is van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders. Het niet (opnieuw) inschrijven van de Engelse en Nederlandse handelsnamen in de handelsregisters leidt niet zonder verdere motivering tot aansprakelijkheid. Het ontbreken van eigen vermogen bij SIT ten tijde van aangaan van de overeenkomst leidt niet tot schending van de Beklamelnorm, noch tot de conclusie dat de bestuurders hebben bewerkstelligd of toegelaten dat SIT haar contractuele verplichtingen niet is nagekomen.

SIT Groupe Europe Limited ('SIT') is een Engelse rechtspersoon met een vestiging in Nederland. B en geïntimeerde ('de bestuurder') zijn (middellijk) bestuurder en aandeelhouder van SIT. SIT heeft een opdracht tot de bouw van een nieuwbouwwoning toebedeeld gekregen. Sit en Nexmar B.V. ('Nexmar') zijn vervolgens een overeenkomst met elkaar aangegaan op basis waarvan Nexmar voor SIT werkzaamheden uitvoert in het kader van het nieuwbouwproject. SIT heeft nadien een aantal facturen van Nexmar onbetaald gelaten, en wordt later ontbonden.

In eerste aanleg vordert Nexmar dit onbetaald gebleven bedrag primair van de bestuurder en B (als bestuurders van SIT) en subsidiair van SIT. De rechtbank wijst de vordering van Nexmar op SIT toe, voor iets meer dan de helft van het gevorderde bedrag. Nexmar is het niet eens met het vonnis van de rechtbank en gaat in hoger beroep met nagenoeg dezelfde vordering als in eerste aanleg.

Nexmar stelt allereerst dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is, omdat zij samen met B heeft nagelaten SIT opnieuw in te schrijven in het Nederlandse handelsregister en daarbij SIT heeft uitgeschreven of niet opnieuw heeft ingeschreven in het register van het Engelse

‘Companies House’. Volgens Nexmar levert deze manier van handelen een economisch delict op en heeft de handelswijze rondom het Engelse register geresulteerd in de ontbinding van SIT als rechtspersoon. Dit zou zonder meer de aansprakelijkheid van de bestuurder met zich brengen.

De grondslag waarop de Nederlandse rechter rechtsmacht baseert, komt in de uitspraak niet aan bod. Het hof begint direct met een inhoudelijke behandeling van de eerste grief van Nexmar en een uiteenzetting van het juridisch kader omtrent bestuurdersaansprakelijkheid, zoals volgt uit het arrest van de HR *Ontvanger/Roelofsen* (inclusief de Beklamelnorm die daarin vervat is). Het hof is van oordeel dat het aan de bestuurder verweten handelen (het nalaten van de herinschrijvingen) niet direct en zonder meer aansprakelijkheid jegens Nexmar oplevert. Nexmar heeft nagelaten te motiveren waarom dit handelen een grond voor bestuurdersaansprakelijkheid oplevert. Bovendien is onvoldoende duidelijk gemaakt waarom dit tot schade bij Nexmar heeft geleid.

De tweede grief van Nexmar is gegrond op schending van de Beklamelnorm. Oftewel, de bestuurder zou op het moment van het in naam van SIT sluiten van de overeenkomst met Nexmar weten of behoorde redelijkerwijs te begrijpen dat SIT niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de daaruit voor Nexmar voortvloeiende schade. Deze stelling baseert Nexmar op verklaringen van B uit het proces-verbaal van comparitie in eerste aanleg, waaruit volgens Nexmar blijkt dat SIT puur voor het project rondom de nieuwbouwwoning is opgericht. Op basis van deze en een andere verklaring zou volgens Nexmar naar voren komen dat de bestuurders SIT alleen maar hebben opgericht om aan persoonlijke aansprakelijkheid te ontkomen en niet om serieus zaken te doen. De bestuurder betwist deze stelling en voert aan dat SIT niet alleen voor de nieuwbouwwoning is opgericht, maar dat dit slechts het eerste van vele projecten was. Bovendien stelt de bestuurder dat SIT geen lege vennootschap is. De eerste zes betaaltermijnen zijn door SIT immers wel betaald.

Tot slot brengt Nexmar een verklaring van SIT naar voren, waarin SIT verklaart dat de vennootschap nog geen eigen vermogen had bij het aangaan van de overeenkomst met Nexmar. Alleen al deze omstandigheid is volgens Nexmar voldoende om te concluderen dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat SIT haar verplichtingen uit de met Nexmar gesloten overeenkomst niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de daaruit voortvloeiende schade. Het hof gaat hier niet in mee en overweegt dat het niet hebben van eigen vermogen, of het hebben van een negatief eigen vermogen, nog niet betekent dat het punt is bereikt waarop het onverantwoord is de onderneming te continueren en nog verplichtingen aan te gaan met derden. Het hof wijst Nexmar erop dat het handelen van bestuurders niet met kennis achteraf moet worden beoordeeld, maar dat het gaat om de

situatie op het moment dat de overeenkomst werd aangegaan. Daarbij dienen ook de ontwikkelingen van de onderneming en de markt waarin de onderneming zich begeeft in aanmerking te worden genomen. Ook is het sluiten van een overeenkomst terwijl de vennootschap geen eigen vermogen heeft, volgens het hof op zichzelf niet voldoende om aan te nemen dat de bestuurder zou hebben bewerkstelligd of toegelaten dat SIT haar contractuele verplichtingen uit de overeenkomst met Nexmar niet is nagekomen.

De grieven van Nexmar slagen niet en het vonnis van de rechtbank wordt bekrachtigd.

J. Wareman, mei 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:2494

Zaaknummer: 200.241.039/01

Rechters: P.S. Bakker, R.E. Weening en I.F. Clement

Advocaten: D.J. Rijnbout en M.A.J. Kamps

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:11 BW en 3:296 BW

RECHTSPRAAK

Auto Service Arnhem/Eigenaar auto

Een besloten vennootschap die niet meer bestaat, kan in verzet komen tegen een verstekarrest. Een besloten vennootschap die een garagebedrijf exploiteerde, is bij verstek veroordeeld tot teruggave van een auto en tot betaling van schadevergoeding. De besloten vennootschap is na het verstekarrest door de Kamer van Koophandel ontbonden en is opgehouden te bestaan. Nadat de vennootschap is opgehouden te bestaan, stelt zij verzet in tegen het verstekarrest. De eigenaar van de auto stelt dat de besloten vennootschap niet meer bestaat en dat zij daarom geen verzet kan instellen. Het hof constateert dat de besloten vennootschap nog bestond toen de procedure aanving, en dat het instellen van verzet niet het aanvangen van een procedure, maar het voorzetten daarvan betreft. Het hof oordeelt – onder verwijzing naar Unidek/HDI Holding (HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9762) – dat verzet kan worden ingesteld door de besloten vennootschap die niet meer bestaat.

Auto Service Arnhem B.V. ('ASA') heeft werkzaamheden verricht aan de auto van geopposeerde ('de eigenaar'). Als de auto gebreken blijft vertonen, ontstaat er een geschil tussen partijen. De eigenaar betreft ASA in een procedure en ASA wordt in hoger beroep bij verstek veroordeeld tot teruggave van de auto en tot betaling van schadevergoeding. Nadat het verstekarrest is gewezen, wordt ASA door de Kamer van Koophandel ontbonden en houdt ASA op te bestaan. Nadat ASA niet meer bestaat, stelt zij verzet in tegen het verstekarrest. De eigenaar stelt dat het verzet niet is ingesteld, of dat ASA niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat ASA niet meer bestaat.

Het hof betreft in zijn oordeel het door de Hoge Raad gewezen arrest van 11 januari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BX9762, *Unidek/HDI Holding*). De Hoge Raad oordeelde daarin dat uit de strekking van artikel 2:23c lid 1 BW blijkt dat een procedure tegen een ontbonden

rechtspersoon kan worden voortgezet, als de procedure is aangevangen vóór het tijdstip van de ontbinding van de vennootschap en de vereffening van haar vermogen.

Het hof constateert dat in dit geval de appeldagvaarding aan ASA is betekend voordat zij was ontbonden. Het hof oordeelt dat ASA door verzet in te stellen geen procedure heeft aangevangen, maar dat zij daarmee als oorspronkelijke verwerende partij alsnog in hoger beroep is verschenen en van antwoord heeft gediend. ASA heeft daarmee een reeds aangevangen procedure voortgezet. Dat ASA al is opgehouden te bestaan, staat aan de voortzetting van de procedure niet in de weg.

C.W. Kuipers, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:533

Zaaknummer: 200.197.631

Rechters: H.L. Wattel, I. Brand en B.J. Engberts

Advocaten: M. de Boorder en C. de Jong

Wetsartikelen: 2:19a BW, 2:23c BW en 143 Rv

RECHTSPRAAK

Verkopers/Commanditaire vennoot en bestuurder van de beherend vennoot van Grootlandbouwbedrijf De Sjalon C.V.

De verkopers van een boerderij stellen een vordering in tegen een commanditaire vennoot wegens overtreding van het beheersverbod van een (reeds ontbonden) commanditaire vennootschap. Deze vordering wordt afgewezen met toepassing van de rechtsregel uit het Katterug-arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1413). Net als de rechtbank, oordeelt het hof dat de commanditaire vennoot geen daden van beheer heeft verricht die de sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 21 WvK rechtvaardigen. Een vordering op de bestuurder van de beherend vennoot van de commanditaire vennootschap wordt eveneens afgewezen. Net als de rechtbank, oordeelt het hof dat er geen grond voor bestuurdersaansprakelijkheid is.

Appellanten ('verkopers') hebben hun boerderij verkocht aan de commanditaire vennootschap Grootlandbouwbedrijf De Sjalon C.V. ('de CV'). De Sjalon Beheer B.V. ('de beherend vennoot') is de enige beherend vennoot van de CV. Er ontstaat gesteggel over de koopovereenkomst, waarna de verkopers de overeenkomst ontbinden en – in een andere gerechtelijke procedure dan de onderhavige – de CV en de beherend vennoot aanspreken tot betaling van een contractuele boete. In eerste aanleg wordt die vordering afgewezen, waarna de CV wordt ontbonden. Vervolgens stellen verkopers hoger beroep in tegen het afwijzende vonnis van de rechtbank en worden ze alsnog in het gelijk gesteld. De CV is dan al ontbonden, en de CV en de beherend vennoot bieden geen verhaal.

De verkopers starten daarom de onderhavige procedure, waarin zij een commanditaire vennoot van de CV ('commanditaire vennoot') aanspreken wegens schending van het beheersverbod, en de bestuurder van de beherend vennoot aanspreken uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtbank wijst in eerste aanleg de vorderingen van de

verkopers af.

Aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot

Beheersverbod

Het hof herhaalt de rechtsregel uit het *Katterug*-arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1413) en past deze toe op de casus. Het hof stelt vast dat de commanditaire vennoot interesse heeft getoond in de boerderij, een aantal besprekingen heeft bijgewoond en daarin het woord heeft gevoerd en intensief betrokken was bij het aankoopproces. Dit betreft volgens het hof echter geen beheershandelingen. Het hof constateert dat het beheersverbod eenmaal is overtreden, namelijk toen de commanditaire vennoot telefonisch contact opnam met de verkopers om de koopovereenkomst te wijzigen. Maar het hof acht de verstreckende sanctie van schending van het beheersverbod ex artikel 21 WvK, waarbij de beperkte interne aansprakelijkheid wordt omgezet naar een hoofdelijke externe aansprakelijkheid voor de schulden van de CV, niet op zijn plaats, omdat de verkopers vanaf het begin van de onderhandelingen op de hoogte waren van de hoedanigheid van de commanditaire vennoot.

Voortzetting van de (onderneming van de) CV

De verkopers stellen voorts dat de commanditaire vennoot aansprakelijk is voor de schuld van de CV aan de verkopers, omdat hij (de onderneming van) de CV na de ontbinding heeft voortgezet. Het hof gaat hier niet in mee. In de ontbindingsovereenkomst zijn duidelijke afspraken gemaakt over de toedeling van de schulden, waaronder de eventuele schuld uit de toen nog lopende procedure. Het hof stelt vast dat de commanditaire vennoot de (latente) vordering van de verkopers op de CV niet heeft overgenomen, en oordeelt dat de commanditaire vennoot dus niet gehouden is die te voldoen.

Aansprakelijkheid van de bestuurder van de beherend vennoot

Schending Beklamel- of Ontvanger/Roelofsen-norm

De aanspraak van de verkopers op de bestuurder van de beherend vennoot slaagt evenmin, omdat volgens het hof niet is gebleken dat de bestuurder namens de beherend vennoot of de CV verplichtingen is aangegaan, terwijl hij wist of behoorde te weten dat die vennootschappen niet of niet binnen een redelijke termijn aan hun verplichtingen zou kunnen voldoen, dan wel heeft bewerkstelligd dat deze hun verplichtingen niet zijn nagekomen. Niet is gebleken dat te weinig inspanningen zijn verricht om de financiering rond te krijgen. Bovendien was het volgens het hof van het begin af aan voor de verkopers duidelijk dat de CV niet over voldoende financiële middelen beschikte en dat financiering van derden noodzakelijk was. Dit blijkt

onder andere uit het opnemen van een financieringsvoorbehoud.

Schending Air Holland-norm

Ten slotte beroepen de verkopers zich op het *Air Holland*-arrest van de Hoge Raad van 4 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:829) en stellen dat de bestuurder van de beherend vennoot bij de ontbinding van de CV ernstig rekening had moeten houden met een schuld van de CV aan de verkopers, en daarvoor een voorziening had moeten treffen of gelden had moeten reserveren. Het hof gaat ook hier niet in mee: alle vorderingen van de verkopers waren door de rechtbank afgewezen en werden door de CV betwist. Er hoefde daarom bij de ontbinding en vereffening van de CV geen rekening te worden gehouden met een schuld aan de verkopers. Dit uitgangspunt geldt volgens het hof ook als de bestuurder van de beherend vennoot ten tijde van de ontbinding wist van het voornemen van verkopers om hoger beroep in te stellen.

Het hof wijst alle vorderingen van verkopers af en bekrachtigt het bestreden vonnis.

C.W. Kuipers, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:3677

Zaaknummer: 200.235.542/01

Rechters: I. Tubben, M.M.A. Wind en I.F. Clement

Advocaten: M.M. Arts en R.G. Holtz

Wetsartikelen: 20 Wvk, 21 Wvk en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Sanitech Holding/Montarlot Beheer

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens het na vernietiging in hoger beroep van voor vennootschap gunstig vonnis niet (kunnen) terugbetalen van het eerder toegewezen bedrag. Anders dan de rechtbank oordeelt het hof dat de bestuurders het van de wederpartij ontvangen bedrag vanwege een veroordeling tot schadevergoeding in een eerdere procedure, hadden moeten reserveren, temeer nu het door de wederpartij betaalde bedrag is besteed aan onverplichte betalingen.

Sanitech Holding BV ('Sanitech') en Montarlot Beheer BV ('Montarlot') waren ooit joint-venturepartners. In 2008 is de samenwerking echter beëindigd. Daartoe is een beëindigingsovereenkomst gesloten, die echter door Montarlot buitengerechtelijk is ontbonden. Dit leidt tot een aantal procedures, waarbij de rechtbank in 2014 onder andere beslist dat de buitengerechtelijke ontbinding geldig is en dat Sanitech aan Montarlot schadevergoeding moet betalen. Enkele maanden na het vonnis betaalt Sanitech vrijwillig (dus zonder daartoe gesommeerd te zijn) aan Montarlot een bedrag van € 235.000. In hoger beroep wordt het vonnis echter vernietigd en wordt Montarlot veroordeeld om het ontvangen bedrag weer aan Sanitech terug te betalen.

Dat gaat echter niet, omdat Montarlot het bedrag reeds heeft uitgegeven. Zo heeft Montarlot rekening-courantvorderingen van haar bestuurders voldaan en betalingen verricht aan een dochtervennootschap van Montarlot, waarin zij de minderheid van de aandelen houdt. De meerderheid van de aandelen in die dochtervennootschap worden (indirect) gehouden door de broer van een van de bestuurders van Montarlot.

Sanitech stelt een vordering in tegen de bestuurders van Montarlot op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtbank wijst die vordering af onder verwijzing naar het *Air-Holland*-arrest (ECLI:NL:HR:2014:829). Daarin overwoog de Hoge Raad (samengevat) dat bestuurders aansprakelijk zijn als zij *ernstig* rekening moesten houden met een vordering tegen de vennootschap, terwijl zij hebben bewerkstelligd dat de vennootschap die vordering niet zou kunnen betalen. De rechtbank overweegt dat de bestuurders wel rekening moesten

houden met vernietiging van het vonnis (en terugbetaling van het bedrag), maar dat zij daar niet *ernstig* rekening mee hoefden te houden. Het vonnis bevat bijvoorbeeld geen duidelijke misslag en in het hoger beroep zijn geen nieuwe feiten en omstandigheden naar voren gebracht.

Het hof overweegt dat de rechtbank met deze opvatting een ‘premie’ heeft gezet op het lichtvaardig en doelbewust onmogelijk maken van verhaal, voor het geval een hoger beroep ongunstig uitpakt. Het hof overweegt dat de bestuurders van Montarlot, juist gelet op de lange juridische strijd met Sanitech, voorzichtig hadden moeten handelen en het door Sanitech betaalde bedrag hadden moeten reserveren. Dat was wellicht anders geweest als de betalingen noodzakelijk waren om de bedrijfsvoering van Montarlot voort te kunnen zetten, maar dat hebben de bestuurders niet hard kunnen maken. Het feit dat Sanitech het bedrag vrijwillig betaalde, doet volgens het hof in dit verband niet ter zake.

Het hof komt tot de slotsom dat de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt dat zij het door Sanitech betaalde bedrag hebben besteed aan onverplichte betalingen, met verwaarlozing van het belang van Sanitech.

S.L. Haanschoten, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:3732

Zaaknummer: 200.245.880

Rechters: C.G. te Veer, L.M. Croes en A.S. Gratama

Advocaten: J.W.B. van Till en M.D. Kalmijn

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Unicum Moerdijk/Moerdijk Paint & Services

De koper van de activa van een vennootschap ontbindt de koopovereenkomst partieel met betrekking tot de component goodwill en betaalt een gedeelte van de koopprijs niet. De rechtbank veroordeelt de koper tot betaling van het restant van de koopprijs. In het door koper ingestelde hoger beroep gaat het hof in op de uitleg van het begrip goodwill, de vraag of de geleverde goodwill niet aan de koopovereenkomst beantwoordt (non-conformiteit) en de schending van contractuele garanties. Het hof oordeelt dat de partiële ontbinding gerechtvaardigd was en vernietigt het vonnis in eerste aanleg.

Moerdijk Paint & Services B.V. ('MP&S') huurt een bedrijfsruimte van Ritchie Bros. Auctioneers ('Ritchie Bros') en is diens *preferred vendor*. Schilders- en Straalbedrijf Schalekamp B.V. ('Unicum Moerdijk') heeft interesse in de overname van de activiteiten van MP&S. Na een beperkt *due diligence* onderzoek tekenen MP&S en Unicum Moerdijk een koopovereenkomst. Onderdeel daarvan is een splitsing van de koopprijs voor de componenten inventaris en goodwill. Het goodwill-gedeelte van de koopprijs is afhankelijk van continuering van de huurovereenkomst met Ritchie Bros en de verwerving van de positie als *preferred vendor* door Unicum Moerdijk. Daarnaast bevat de koopovereenkomst garanties dat de verstrekte informatie en cijfers juist en volledig zijn, alsmede de ontbindende voorwaarden: (i) het niet kunnen continueren van de huurovereenkomst onder dezelfde voorwaarden en (ii) het niet correct blijken te zijn van de verstrekte informatie en cijfers. Unicum Moerdijk betaalt alleen de koopprijs voor de inventaris en ontbindt de koopovereenkomst partieel ten aanzien van de goodwill.

In eerste aanleg heeft de rechtbank Unicum Moerdijk veroordeeld tot betaling van het restant van de koopprijs. Unicum Moerdijk komt tegen deze veroordeling op. In de kern betoogt Unicum Moerdijk dat de overeengekomen goodwill niet is geleverd, althans niet aan de koopovereenkomst beantwoordt, nu de overgenomen activiteiten van MP&S niet of nauwelijks winstgevend zijn en dit juist een essentieel aspect van de koopovereenkomst was.

Unicum Moerdijk voert aan dat de door MP&S verstrekte cijfers onjuist en onvolledig waren en MP&S daarmee haar mededelingsplicht heeft geschonden. MP&S voert gemotiveerd verweer dat erop neerkomt dat de goodwill wel is geleverd, omdat de huurovereenkomst onder dezelfde voorwaarden kon worden voortgezet en Unicum Moerdijk als *preferred vendor* is aangewezen. Daarbij zijn volgens MP&S de garantiebepalingen met betrekking tot de cijfers niet geschonden en rustte op Unicum Moerdijk een onderzoeksplicht, die boven de mededelingsplicht van MP&S gaat.

Allereerst gaat het hof in op de uitleg van het begrip goodwill. Het hof stelt bij die beoordeling voorop dat het gaat om de verkoop van bedrijfsactiviteiten van een onderneming, waarbij partijen in de koopovereenkomst expliciet rekening hebben gehouden met de aan de onderneming verbonden goodwill. Onder verwijzing naar het arrest HR 8 juli 2011, ECLI:NL:2011:BQ5068 en artikel 7:17 BW, oordeelt het hof dat het daarbij gaat om de vraag of de verkochte onderneming, bestaande uit het geheel van activa en passiva, een bepaalde kwaliteit of eigenschap mist die door partijen tot uitdrukking was gebracht in de goodwill van de onderneming. Wat onder goodwill moet worden verstaan, dient te worden uitgelegd aan de hand van het *Haviltex*-criterium. Daarbij oordeelt het hof dat uit de koopovereenkomst volgt dat de goodwill niet enkel is beperkt tot het voortzetten van de huurovereenkomst en het *preferred vendor*-schap, omdat de expliciete garantie over de juistheid van de verstrekte cijfers dan zonder betekenis zou zijn. Voor dit oordeel is met name ontbindende voorwaarde (ii) in de koopovereenkomst van belang (onjuistheid van de versterkte informatie en cijfers). Het hof oordeelt dat Unicum Moerdijk redelijkerwijs mocht verwachten dat onder goodwill ook viel de omzet en winstgevendheid die verbonden was aan de positie als *preferred vendor*.

Het hof gaat vervolgens in op de vraag of de goodwill niet aan de koopovereenkomst beantwoordt (non-conformiteit). Het hof oordeelt dat op grond van artikel 7:17 lid 2 BW het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van Unicum Moerdijk als koper centraal staat, waarbij de verwachtingen worden gevormd door de inhoud van de koopovereenkomst, waaronder de garanties die MP&S heeft gegeven en de omstandigheden van het geval zoals de aard van de transactie. Het hof oordeelt dat partijen door het opnemen van de garanties contractuele invulling hebben gegeven aan de bijzondere eigenschappen die Unicum Moerdijk als koper mocht verwachten ten aanzien van de goodwill. De onjuistheid van de gegarandeerde informatie dient voor rekening en risico van MP&S te komen, zonder dat haar daarbij een verweer toekomt met een beroep op schending van enige onderzoeksplicht door Unicum Moerdijk.

Tot slot komt het hof toe aan de vraag of de financiële garantie zoals opgenomen in de koopovereenkomst is geschonden. Uit overgelegde (credit)facturen blijkt dat deze facturen niet tijdig door MP&S zijn geboekt, terwijl zij wel bekend was met deze facturen, dan wel dat

MP&S onvoldoende duidelijk heeft gemaakt dat in de verstrekte cijfers nog te verwachte facturen ontbraken. Als gevolg daarvan waren de aan Unicum Moerdijk verstrekte cijfers onjuist, waardoor sprake is van een schending van de garantie.

Het hof komt tot de slotsom dat de partiële ontbinding van de koopovereenkomst met betrekking tot de goodwill component door Unicum Moerdijk gerechtvaardigd was en vernietigt het vonnis in eerste aanleg.

M.M.H.A. Leurs, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 26-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:985

Zaaknummer: 200.246.515/01

Rechters: M.J. van Cleef-Metsaars, J.W. Frieling en G.C. de Heer

Advocaten: G.P. Lobé en J.P.M. Borsboom

Wetsartikelen: 7:17 BW

RECHTSPRAAK

Y/Payments

Appellante vordert voor recht te verklaren dat de oud-bestuurder van een tweetal vennootschappen onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. Geen van haar stellingen is echter toegesneden op bestuurdersaansprakelijkheid. Het hof wijst de vorderingen af.

De vennootschappen 'Payments' en 'de Holding' zijn beide in mei 2012 ontbonden door de Kamer van Koophandel. De oud-bestuurder van de Holding, geïntimeerde, is *pro se* en in hoedanigheid van vereffenaar van beide vennootschappen aangesproken ('X', tezamen met Payments: 'de betrokkenen'). De Holding was destijds bestuurder van Payments en X oefende daar feitelijk de bestuurstaken uit. Payments hield zich bezig met het verlenen van betaaldiensten aan onder andere appellante ('Y'). Y maakte in de eerste helft van 2006 in totaal € 3.750 over naar de Holding via het betaalsysteem van Payments. De Holding zou het bedrag voor haar beleggen. Y ontving echter nooit een bedrag en is haar inleg kwijt.

Y stelt dat X en Payments op de hoogte waren van het feit dat de door haar ingelegde gelden door de Holding zouden worden belegd, terwijl zij daarnaast ook hadden moeten weten dat voor de activiteiten van de Holding een vergunning – die de Holding niet had – vereist was op grond van de Wte. Y verwijt de betrokkenen dat zij hun medewerking hebben verleend aan de Holding en dat zij, toen zij wisten of konden weten dat de Holding onrechtmatig handelde en het om *ponzi*-achtige beleggingen ging, nalieten een onderzoek in te stellen. Zij hebben daarmee volgens Y hun zorgplicht jegens haar geschonden. Daar komt nog bij dat de betrokkenen wisten of konden weten dat de eigenaar van de Holding een reeds in de VS voor oplichtingspraktijken vervolgte vennootschap was.

Y vordert voor recht te verklaren dat X zich jegens haar onrechtmatig heeft gedragen en X te veroordelen tot betaling van het door haar verloren bedrag, plus rente en kosten. Ook beroept Y zich op onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking. Tot slot stelt Y in haar memorie van grieven een aantal vragen, zoals: hoe zorgvuldig stelt Payments zich op en weet Payments de achternaam van haar eigenaar niet?

Het hof overweegt dat Y weliswaar X zowel in privé als in hoedanigheid van vereffenaar van

beide vennootschappen heeft gedagvaard, maar dat Y nergens stelt hoe en waarom X als vereffenaar onrechtmatig heeft gehandeld. Deze vordering faalt derhalve. Het hof vervolgt dat Y een overeenkomst had met Payments en dat Y in beginsel alleen haar contractuele wederpartij kan aanspreken. Nu Payments is ontbonden, blijft een eventuele schadevergoeding jegens haar onbetaald en onverhaalbaar. Uit de stellingen van Y blijkt voorts niet dat zij X in privé dingen verwijt, anders dan de zorgplichtschendingen van Payments. Omdat ook niet blijkt dat Y hem in privé aanspreekt in een andere hoedanigheid dan (indirect dan wel feitelijk) bestuurder van Payments, gaat het hof ervan uit dat dit de bedoeling is van Y en bekijkt zij of X in deze hoedanigheid onrechtmatig jegens Y heeft gehandeld.

De vraag is zodoende of X, mede gelet op zijn verplichting tot behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit de rechtspraak volgt namelijk dat een bestuurder zich in een dergelijk geval, indien de vordering van een schuldeiser onbetaald en onverhaalbaar blijft, mogelijk niet kan verschuilen achter de rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon. Echter, zo overweegt het hof, is geen enkele stelling van Y toegesneden op deze vorm van aansprakelijkheid. Hierdoor ontbreekt een deugdelijke grondslag voor zowel bestuurdersaansprakelijkheid als onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking. Nu Y, in het kader van het aanspreken van X in privé, ook niet heeft aangevoerd waarom kan worden afgeweken van het beginsel dat gedragingen van een bestuurder van een rechtspersoon aan die rechtspersoon – en niet aan die bestuurder – worden toegerekend, ontbreekt eveneens de grondslag voor het aannemen van een onrechtmatige daad van X. Tot slot, zo overweegt het hof, is het niet aan Y om vragen te stellen, maar juist om feiten en omstandigheden te stellen ter onderbouwing van het door haar gestelde en gevorderde. Nu Y dit nalaat faalt deze grief, alsmede de grief die zich richt tegen het oordeel van de kantonrechter om Y in proceskosten te veroordelen.

Het hof concludeert tot bekrachtiging van het door Y bestreden vonnis en veroordeelt Y in de proceskosten.

F.C.W. Wijffels, juni 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1539

Zaaknummer: 200.248.580/01

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

Advocaten: D.R. Changoer en H.M.J. van Boxtel

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

DGA Keukenmanagement/Local Online Marketing

Een DGA komt in principaal hoger beroep op tegen het oordeel van de kantonrechter dat de DGA de tegenprestatie uit hoofde van een overeenkomst voor zoekmachinemarketing dient te verrichten, dat de DGA activa heeft onttrokken aan de vennootschap en verhaal heeft gefrustreerd, en dat de DGA er niet in is geslaagd tegenbewijs te leveren. Geïntimeerde vordert in incidenteel hoger beroep dat de DGA een inbreuk heeft gemaakt op haar auteursrecht, omdat de DGA teksten van geïntimeerde heeft gebruikt in zijn eenmanszaak. Het hof bekrachtigt het oordeel van de kantonrechter en overweegt dat het verstekvonnis onherroepelijk is geworden en dat de DGA een persoonlijk ernstig verwijt treft, vanwege het onbetaald laten van de vordering van geïntimeerde en het frustreren van verhaal.

Local Online Marketing B.V. ('LOM') is gespecialiseerd in zoekmachinemarketing. LOM en Keukenmanagement B.V. ('Keukenmanagement') hebben een overeenkomst voor zoekmachinemarketing gesloten voor de duur van 60 maanden, waarvoor Keukenmanagement een vergoeding van € 1.934,79 per jaar dient te betalen. Keukenmanagement komt haar betalingsverplichtingen geheel niet na. LOM laat bankbeslag leggen op de bankrekening van Keukenmanagement, maar dat treft geen doel. De inschrijving van Keukenmanagement bij de Kamer van Koophandel is ambtshalve doorgehaald, wegens opheffing van de hoofdvestiging en de Kamer van Koophandel heeft de vennootschap Keukenmanagement inmiddels ontbonden. De DGA van Keukenmanagement blijkt tevens eigenaar dan wel bestuurder te zijn van een eenmanszaak en een besloten vennootschap, beide genaamd Boxspring.

In eerste aanleg is geoordeeld dat de DGA van Keukenmanagement de tegenprestatie uit hoofde van de overeenkomst voor zoekmachinemarketing dient te verrichten, vermeerderd met de contractuele rente. Ook is voorshands aannemelijk geoordeeld dat de DGA activa heeft

onttrokken aan Keukenmanagement. De kantonrechter heeft overwogen dat de DGA niet slaagde in het leveren van tegenbewijs. LOM heeft voorts een vordering tegen de DGA van Keukenmanagement ingesteld, wegens inbreuk op het auteursrecht van door LOM aangeleverde teksten. Hierover heeft de kantonrechter geoordeeld dat LOM onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit volgt dat de DGA persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden.

Het hof oordeelt dat het vonnis tot het betalen van de vordering van LOM reeds onherroepelijk is geworden, waarmee de vordering van LOM op Keukenmanagement vaststaat. Ook staat vast dat de activa van Keukenmanagement zijn overgegaan naar de eenmanszaak van de DGA en dat Keukenmanagement voor het laatst in 2010 jaarstukken heeft opgesteld en omstreeks 2015 is ontbonden. Het hof deelt het oordeel van de kantonrechter dat voldoende grond bestaat voor het vermoeden dat de DGA activa aan Keukenmanagement heeft onttrokken. Dit vermoeden wordt versterkt door het feit dat de DGA stelt de koopprijs van de activa te hebben voldaan met kasstortingen tot een bedrag dat minder is dan de koopovereenkomst, zonder dat hij de herkomst van de gestorte gelden duidelijk maakt. Het hof deelt voorts het oordeel van de kantonrechter dat de DGA niet is geslaagd in het leveren van tegenbewijs. Ook deelt het hof het oordeel van de kantonrechter dat de DGA verhaal van de vordering van LOM op Keukenmanagement heeft gefrustreerd. Het hof acht verder voldoende redengevend dat de DGA de activiteiten van Keukenmanagement heeft voortgezet op hetzelfde adres in dezelfde vestigingsplaats, dat geen jaarstukken zijn opgemaakt, dat ongeloofwaardig is dat de DGA voor de activa van Keukencentrum een normale koopprijs heeft betaald, dat een dag na een vergeefse beslaglegging een nieuwe vennootschap is opgericht met een kapitaal van € 100, waarvan de DGA enig aandeelhouder en bestuurder is en dat volgens de DGA alleen de vordering van LOM op Keukenmanagement onbetaald is gelaten. Hiervan kan aan de DGA als (enig) bestuurder van deze vennootschap een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt.

Over de vordering van LOM tegen de DGA van Keukenmanagement over de inbreuk op het auteursrecht van door LOM aangeleverde teksten, oordeelt het hof dat het verweer van de DGA niet valt te verenigen met de stelling van de DGA in eerste aanleg, op grond waarvan het hof het verweer van de DGA passeert. Verder deelt het hof het oordeel van de kantonrechter dat LOM onvoldoende heeft gesteld om aansprakelijkheid van de DGA aan te nemen ter zake van de wanprestatie van Keukenmanagement. Voorts acht het hof de stelling van LOM, te weten dat de DGA inbreuk maakt op het auteursrecht omdat hij teksten van LOM heeft gebruikt in zijn eenmanszaak, onvoldoende feitelijk onderbouwd. Daar komt bij dat de vordering die ten grondslag ligt aan deze stelling berust op het van toepassing zijn van de algemene voorwaarden van LOM. De DGA betwist de persoonlijke aanvaarding van de

algemene voorwaarden en LOM heeft niets gesteld waaruit blijkt dat dit wel zo is. Het hof ziet voorts niet in welke belang LOM bij haar vordering heeft, omdat de schade reeds wordt vergoed door toekenning van de eerste vordering waarmee LOM ook betaling ontvangt voor het gebruik van het auteursrecht.

Partijen hebben geen bewijs van feiten en omstandigheden aangeboden dat, indien bewezen, het hof tot een ander oordeel kan brengen. Partijen dragen redelijkerwijs de eigen proceskosten. Het hof bekrachtigt het vonnis in eerste aanleg.

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

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1588

Zaaknummer: 200.235.924_01

Rechters: O.G.H. Milar, E.J. van Sandick en J.G.J. Rinkes

Advocaten: K.G.A.P. Boemaars en L.R. Ridderbroek

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Nigiami 2

Geschil tussen joint venture partners na beëindiging van hun samenwerking. Na verwijzing door de Hoge Raad veroordeelt het hof de bestuurder (alsnog) voor het niet nakomen van de verplichting van de vennootschap tot overname van de aandelen van de mede-aandeelhouder in een joint venture en tot vergoeding van de hieruit voortvloeiende schade.

Geïntimeerde ('de Bestuurder') is bestuurder en enig aandeelhouder van BPPM Holding B.V. ('BPPM'). BPPM en Ruysheide B.V. ('Ruysheide') houden ieder 50 procent van de aandelen in het kapitaal van Nigiami B.V. ('Nigiami'). Nigiami houdt alle aandelen in Fund'm B.V. ('Fund'm') en twee andere vennootschappen. Tussen partijen is een geschil ontstaan over de afwikkeling van hun samenwerking. Partijen hebben onder begeleiding van een mediator afspraken gemaakt, die zijn vastgelegd in een *term sheet* en een nadere vaststellingsovereenkomst ('NVO'). In de NVO is (onder meer) bepaald dat BPPM de aandelen van Ruysheide in Nigiami zal overnemen tegen betaling van een minimum koopprijs van € 175.000. De in de NVO opgenomen koopovereenkomst van aandelen is aangegaan onder de opschortende voorwaarde van financierbaarheid van de koopprijs. Ruysheide heeft zich in de NVO bereid verklaard een deel van de koopprijs te financieren door aan BPPM een bedrag te lenen. Twee banken hebben aan BPPM aangegeven dat zij de koopprijs van de aandelen niet willen financieren. Fund'm wordt na surséance in staat van faillissement verklaard.

Omdat BPPM niet bereid is de aandelen van Ruysheide over te nemen, start Ruysheide een procedure tegen BPPM en de Bestuurder. De vorderingen van Ruysheide strekken tot overname van de aandelen van Ruysheide in het kapitaal van Nigiami, tegen betaling van de koopprijs in contanten of door omzetting in een geldlening van Ruysheide aan BPPM. Tegen de Bestuurder heeft Ruysheide een voorwaardelijke vordering ingesteld tot betaling van de koopprijs, voor het geval BPPM niet aan haar verplichtingen voldoet.

De rechtbank heeft alle vorderingen van Ruysheide afgewezen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden

heeft de vordering van Ruysheide tot overname van de aandelen door BPPM toegewezen, maar de voorwaardelijke vordering tegen de Bestuurder afgewezen. Ruysheide heeft vervolgens met succes cassatieberoep ingesteld tegen het oordeel van het hof tot afwijzing van de voorwaardelijke vordering tegen de Bestuurder.

Na verwijzing door de Hoge Raad bij arrest van 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1095 (zie OR 2018-0123), moet het hof oordelen over de vraag of de Bestuurder op jegens Ruysheide onzorgvuldige wijze heeft bewerkstelligd dat BPPM haar verplichting tot overname van de aandelen jegens Ruysheide niet nakwam.

Omdat BPPM ná het eindarrest van het hof in staat van faillissement is verklaard en het faillissement zal worden opgeheven bij gebrek aan baten, heeft Ruysheide na verwijzing haar eis gewijzigd in die zin, dat daaraan het voorwaardelijk karakter komt te ontvallen. Het hof staat deze eiswijziging toe, omdat het faillissement van BPPM zich eerst na het vernietigde arrest heeft voorgedaan en de eiswijziging niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde.

Het hof komt tot het oordeel dat Ruysheide de Bestuurder terecht verwijt dat hij op jegens Ruysheide onzorgvuldige wijze heeft bewerkstelligd dat BPPM haar verplichtingen jegens Ruysheide in verband met de overname van de aandelen in Nigiami niet nakwam. Dat was volgens het hof dusdanig onzorgvuldig dat de Bestuurder hiervan een persoonlijk ernstig verwijt treft. De Bestuurder wist of behoorde redelijkerwijze te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde handelwijze van BPPM tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Het hof legt aan dit oordeel de volgende concrete feiten en omstandigheden ten grondslag:

Bij de totstandkoming van de NVO was het duidelijk dat financiering van de koopprijs noodzakelijk was en dat Ruysheide daarbij een rol als financier zou hebben.

Voor de financiering hoefde BPPM geen liquiditeiten beschikbaar te stellen.

De Bestuurder was zich er ten tijde van het sluiten van de NVO al van bewust dat Fund'm er niet rooskleurig voorstond, zodat hem dit niet verrast kan hebben in de periode ná het aangaan van de NVO.

De Bestuurder heeft de banken niet gestimuleerd tot financiering van de koopprijs van aandelen, door het verstrekken van een door Fund'm zelf opgesteld document waarin een weinig florissant beeld wordt geschilderd van het toekomstperspectief van de onderneming.

De Bestuurder hanteerde een onjuiste uitleg van de gemaakte afspraken in de NVO en weigerde ten onrechte te overleggen over gedeeltelijke of gehele financiering van de koopprijs

door Ruysheide, terwijl hij daartoe op grond van de NVO wel verplicht was.

De Bestuurder heeft het ertoe geleid dat surséance van betaling is verleend aan Fund'm, waarna Fund'm kort daarop failliet is verklaard. Naar het oordeel van het hof heeft de Bestuurder onvoldoende de stelling van Ruysheide betwist dat een surséance en faillissement van Fund'm onnodig waren.

De Bestuurder heeft geen of een ontoereikende verklaring gegeven hoe het kan dat de orderportefeuille na het sluiten van de NVO, waarbij de verplichting tot aankoop van de aandelen van Ruysheide werd overeengekomen, in zeer korte tijd zodanig was geslonken dat een surséance en faillissement van Fund'm onvermijdelijk waren.

Na het faillissement van Fund'm heeft de Bestuurder (indirect) de lopende opdrachten van Fund'm overgenomen voor een zeer beperkte koopsom.

Het hof veroordeelt de Bestuurder tot vergoeding van de schade van Ruysheide, die – vanwege onvoldoende betwisting door de Bestuurder – gelijk wordt gesteld aan de koopprijs van de aandelen in Nigiami.

M.C.J. Peeters, juni 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1597

Zaaknummer: 200.247.271/01

Rechters: H.A.G. Fikkers, P.M. Arnoldus-Smit en S.C.H. Molin

Advocaten: A.L.T. van Vught en L.P. Kruidenier

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid, frustratie van betaling en verhaal, devolutieve werking van het hoger beroep

Een distributeur doet een aanbetaling aan twee vennootschappen in het kader van een beoogde licentieovereenkomst. Wanneer deze licentieovereenkomst niet tot stand komt, vordert zij het betaalde bedrag terug. Daarbij legt zij in hoger beroep de nadruk op bestuurdersaansprakelijkheid. Het hof oordeelt dat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, nu de bestuurders de betrokken vennootschappen leeg hebben achtergelaten en het onverschuldigd betaald bedrag niet kan worden terugbetaald. Het hof komt tot dit oordeel omdat de bestuurders onvoldoende verweer hebben gevoerd om het tegendeel van de gestelde aansprakelijkheid te bewijzen. De Hoge Raad vernietigt dit arrest omdat het hof heeft nagelaten het verweer dat de bestuurders in eerste aanleg hebben gevoerd tegen het verwijt dat zij gelden hebben weggesluisd, in haar beoordeling te betrekken.

Verweerster ('de Koper') en A B.V. en B B.V. (tezamen: 'de Vennootschappen') zijn een *term sheet* overeengekomen, waarbij zij hun intentie vastleggen om een bestaande distributieovereenkomst te vervangen door een licentieovereenkomst op basis waarvan de Koper producten van de Vennootschappen zou wederverkopen. In de *term sheet* is een bepaling opgenomen op grond waarvan de Koper reeds bij het aangaan van de *term sheet* een vergoeding voor het gebruik van de licenties zal betalen (de '*license fee*'). Partijen hebben tevens opgenomen dat de betaalde *license fee* als onverschuldigd zou moeten worden terugbetaald indien partijen niet tot een licentieovereenkomst zouden komen.

Partijen hebben geen overeenstemming bereikt over een licentieovereenkomst, waarna de Koper de *license fee* als onverschuldigd heeft teruggevorderd. De Vennootschappen hebben echter niet aan deze vordering voldaan. De Koper vordert nakoming van de *term sheet* door de

Vennootschappen en houdt de bestuurders aansprakelijk voor de betaling voor zover de Vennootschappen geen verhaal bieden, onder meer omdat de bestuurders de *term sheet* in privé mee hebben ondertekend.

De rechtbank wijst de vordering ten aanzien van de Vennootschappen toe, maar ten aanzien van de bestuurders af, nu daartoe onvoldoende gesteld is. Hierbij merkt de rechtbank op dat 'de aanvankelijk tevens als grondslag aangevoerde onrechtmatige daad als bestuurder [...] na de wijziging van eis in deze procedure niet meer aan de orde' is.

Het hof vernietigt het vonnis ten aanzien van het oordeel omtrent bestuurdersaansprakelijkheid. Het hof oordeelt dat de Koper voldoende heeft aangevoerd waaruit blijkt dat de bestuurders hebben bewerkstelligd dat de Vennootschappen geen verhaal konden bieden. Zo heeft de Koper aangevoerd dat de bestuurders (i) geen intellectuele eigendomsrechten hebben geregistreerd op naam van de Vennootschappen, maar op naam van een derde vennootschap; en (ii) hebben bewerkstelligd dat rekeningen van de Vennootschappen geen verhaal bieden, terwijl de bestuurders niet kunnen aangeven waar de door de Koper betaalde gelden zich dan wel bevinden. Aldus het hof is de onder (ii) genoemde stelling niet door de bestuurders betwist en hebben zij hiertegen geen verweer gevoerd, hetgeen volgens het hof voldoende is om te oordelen dat de bestuurders hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de Vennootschappen haar contractuele verbintenissen niet zouden kunnen nakomen en is aldus voldaan aan de criteria voor bestuurdersaansprakelijkheid.

In cassatie wordt onder meer geklaagd dat het hof onterecht heeft geoordeeld dat de bestuurders geen verweer hebben gevoerd tegen de onder (ii) genoemde stelling. In zijn conclusie betoogt de A-G dat uit de motivering van het hof ten aanzien van stelling (ii) wel kan worden afgeleid *waarom* het hof heeft aangenomen dat de bestuurders een ernstig verwijt kan worden gemaakt, nu zij heeft overwogen dat de bestuurders rekening hadden moeten houden met de terugbetalingsverplichting, mede in het licht van de aanzienlijke betalingen en de bewoordingen in de *term sheet*. De A-G concludeert echter dat wel degelijk verweer is gevoerd door de bestuurders in het kader van de terugbetalingsverplichting van de Vennootschappen. Mede gezien de samenhang tussen de vorderingen tegen de Vennootschappen en de bestuurders, had het hof, aldus de A-G, niet aan dit verweer voorbij mogen gaan.

De Hoge Raad stelt vast dat de Koper eerst in hoger beroep het standpunt heeft ingenomen dat de bestuurders hebben bewerkstelligd dat de Vennootschappen geen verhaal bieden en het hoger beroep heeft toegespitst op bestuurdersaansprakelijkheid, waar in eerste aanleg aansprakelijkheid van de Vennootschappen voorop stond. De verweren van de bestuurders in

hoger beroep komen echter neer op een nadere uitwerking van de in eerste aanleg betwiste stellingen en hadden daarom door het hof in haar beoordeling moeten worden meegenomen. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof Arnhem-Leeuwarden.

T.M. Goudzwaard, juni 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 29-05-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:984

Zaaknummer: 19/00031

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

Advocaten: M. Littooi

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Arkelhof Investments/DLA Piper

M&A; advocaat van DLA Piper is niet tekortgeschoten in de advisering van een investeringsmaatschappij in het kader van een aandelentransactie. De investeringsmaatschappij stelt DLA Piper aansprakelijk voor schade in verband met een misgelopen verkoop. De rechtbank verwerpt de verwijten ter zake van gebrekkige advisering met betrekking tot overeengekomen garanties, een verrekeningsbeding en de zekerhedenpositie van de investeringsmaatschappij.

Een advocaat van DLA Piper N.V. ('DLA'), gespecialiseerd op het gebied van fusies en overnames ('de Advocaat'), heeft de bestuurder ('de Bestuurder') van Arkelhof Investments B.V. ('Arkelhof') vanaf 2007 bijgestaan bij verschillende investeringsactiviteiten. De Bestuurder was tevens (indirect) aandeelhouder en bestuurder van een groep vennootschappen die zich bezighield met het ontwerp, de modulaire productie en de montage van winkelinrichtingen voor klanten wereldwijd ('de Shopex groep'). Eind 2009 is de Bestuurder met de Noorse branchegenoot New Store Europe ('NSE') onderhandelingen gestart, in eerste instantie over een mogelijke fusie van de Shopex groep en NSE, en daarna over de verkoop van de Shopex holdingvennootschap aan de holdingvennootschap van NSE, investeringsmaatschappij Herkules Capital AS ('Herkules'). Nadat een concept koopovereenkomst was opgesteld, zag Herkules echter af van verdere onderhandelingen vanwege uit het *due diligence* onderzoek gebleken schulden van de Shopex groep aan ING. Later heeft de Shopex groep na faillietverklaringen van haar holdingvennootschappen een doorstart gemaakt, zonder de schulden aan ING – deze waren door Arkelhof overgenomen – en met Shopex B.V. ('Shopex') als nieuwe tussenholding tussen eigenaar Arkelhof en verschillende werkmaatschappijen. Hierna zijn Arkelhof en Herkules eind 2011 wederom in onderhandeling getreden, ditmaal over de verkoop van de aandelen Shopex aan NSE. Kort daarna is een gewijzigde versie van de eerdere concept koopovereenkomst ter controle aan de Advocaat toegestuurd, op een moment waar men streefde spoedig tot ondertekening daarvan over te gaan.

Eind 2011 heeft de levering van de aandelen Shopex van Arkelhof aan NSE plaatsgevonden. Naast de koopovereenkomst zijn ondertekend: (i) een addendum op de koopovereenkomst, waarin Arkelhof onder meer haar zekerheidsrechten uit de van ING overgenomen schulden de Shopex groep opzegt, (ii) een '*Company Loan*'-overeenkomst met betrekking tot een door Arkelhof aan Shopex te lenen bedrag en (iii) een '*Vendor Loan*'-overeenkomst met betrekking tot een door Arkelhof aan NSE te lenen bedrag. Na de levering constateerde NSE dat Arkelhof diverse garanties onder de koopovereenkomst had geschonden, onder andere die ten aanzien van de financiële cijfers van Shopex en de in het kader van de transactie aan NSE verstrekte informatie. Tijdens de hierop door NSE aangespannen arbitrageprocedure zijn de dochtervennootschap van NSE New Store Europe B.V. en vijf Shopex werkmaatschappijen failliet gegaan, en is uiteindelijk een minnelijke regeling tussen partijen getroffen. In het kader van de minnelijke regeling is door Arkelhof een bedrag aan de boedel voldaan en zijn vorderingen uit uitgewonnen zekerheidsrechten ter verificatie ingediend.

Arkelhof vordert een verklaring voor recht dat DLA jegens Arkelhof is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen en een veroordeling van DLA tot betaling van een schadevergoeding. Aan haar vordering legt Arkelhof ten grondslag dat DLA niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot zou hebben gedaan. Arkelhof verwijt DLA dat de Advocaat Arkelhof in de advisering omtrent de verkoop en levering van de aandelen Shopex niet heeft geïnformeerd of gewaarschuwd over het risico van het in de koopovereenkomst overeenkomen van bepaalde garanties en een verrekeningsbeding en niet adequaat heeft geadviseerd over een ontoereikende zekerhedenpositie van Arkelhof.

Ten aanzien van de beoordelingsmaatstaf overweegt de rechtbank dat de door de Advocaat in acht te nemen zorgvuldigheidsplicht meebrengt dat de Advocaat in zijn advisering de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen, waarbij geldt dat de mate waarin de Advocaat dient te informeren over en waarschuwen voor een bepaald risico afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. In dat kader stelt de rechtbank voorop dat de Advocaat niet eerder dan eind 2011, toen de concept koopovereenkomst werd gestuurd, actief werd betrokken bij het overnametraject. Hoewel eerder informatie naar de Advocaat is verstuurd, is hem niet om advies gevraagd, heeft hij niet deelgenomen aan de onderhandelingen en heeft hij niet geadviseerd bij het eerdere afgeketste overnameproces en de doorstart van de Shopex groep.

Arkelhof stelt dat de garanties in de koopovereenkomst ten aanzien van de financiële cijfers onjuist waren, althans niet gegeven hadden kunnen worden, omdat deze zich hadden moeten beperken tot de activa en passiva. De Advocaat had Arkelhof zelfstandig moeten behoeden voor het verstrekken van deze garanties. De rechtbank overweegt dat DLA er terecht op wijst

dat uit niets is gebleken dat de Advocaat had moeten constateren dat de garantie over de financiële cijfers niet had kunnen worden afgegeven, onder meer omdat voor de Advocaat niet is gebleken dat niet langer de EBITDA van Shopex groep, maar de boekwaarde van de activa en passiva voor de Bestuurder leidend waren voor de uiteindelijk overeengekomen koopprijs. De Advocaat werd pas eind 2011 bij het overnameproces betrokken en wel vanuit zijn expertise om de koopovereenkomst te beoordelen. De Advocaat was niet betrokken bij de commerciële onderhandelingen; hierin is de Bestuurder gedurende het gehele traject leidend geweest. Verder hoefde de Advocaat de totstandkoming en aanlevering van deze cijfers niet tot zijn taak te rekenen. De inhoudelijke beoordeling van de garanties hieromtrent was daarom in de eerste plaats aan Arkelhof. De bestuurder was, als ervaren ondernemer, als geen ander in staat de aangeleverde cijfers te beoordelen en de (standaard)garantie omtrent de financiële cijfers eenvoudig te begrijpen. Bij onbegrip had het op de weg van Arkelhof gelegen dit aan de Advocaat kenbaar te maken. Tegen deze achtergrond treft het verwijt van Arkelhof geen doel.

Voorts verwijt Arkelhof de Advocaat dat hij niet heeft gewaarschuwd voor het risico dat een claim onder de garanties een mogelijkheid tot verrekening voor NSE in het leven zou roepen, met opeisbare verplichtingen uit hoofde van de *Vendor Loan* en de *Company Loan*. Dit verwijt treft geen doel, aldus de rechtbank, gelet op het feit dat de inhoud van het verrekeningsbeding eenvoudig te doorgronden is, zodat ervan mag worden uitgegaan dat Arkelhof de strekking daarvan heeft kunnen doorgronden, en er mede door de Bestuurder uitgebreid is onderhandeld over en geschaafd aan de inhoud en tekst van het beding. Daarnaast valt niet in te zien waarom de Advocaat Arkelhof had moeten waarschuwen, nu het in soortgelijke overnamesituaties niet ongebruikelijk is een dergelijke mogelijkheid tot verrekening overeen te komen en aangenomen mag worden dat Arkelhof, die bij de onderhandelingen door haar financiële adviseurs werd bijgestaan, begreep wat zij hiermee had afgesproken.

De zekerheden die Arkelhof verkreeg nadat zij de vorderingen van ING op de Shopex groep overnam, zijn teniet gegaan door kwijtschelding in het addendum op de koopovereenkomst. Arkelhof hield daarna nog zekerheden in het kader van de *Company Loan* en pandrechten op de activa van Shopex. Arkelhof verwijt de Advocaat onvoldoende te hebben geadviseerd over deze zekerhedenpositie, die volgens Arkelhof ontoereikend is gebleken. De rechtbank neemt echter aan dat Arkelhof zich van het prijsgeven van de zekerheden volledig bewust is geweest en daarmee heeft ingestemd. Daar komt bij dat het specifieke verzoek van de Advocaat aan Arkelhof om de bepalingen hieromtrent goed door te nemen, geen vragen of opmerkingen heeft opgeleverd. De beperkte zekerheidspositie van Arkelhof is daarmee een resultaat geweest van onderhandelingen, waarin Arkelhof is gekend en waar zij mee heeft ingestemd. Verder lag het niet voor de hand dat in het kader van een als uitgestelde koopprijs

overeengekomen *Vendor Loan*, en tevens ten aanzien van het deel aan uitgestelde koopprijs onder de *Company Loan*, zekerheden zouden worden verstrekt. Arkelhof kan de Advocaat daarom niet achteraf verwijten op dit punt onvoldoende te hebben geadviseerd, aldus de rechtbank.

In het licht van het voorgaande en de in dit kader geldende beoordelingsmaatstaf, is van enige tekortkoming van (de Advocaat van) DLA niets gebleken. De rechtbank concludeert tot afwijzing van de vorderingen.

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

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 22-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:2336

Zaaknummer: C/13/666843 / HA ZA 19-553

Rechters: S.P. Pompe, K.M. van Hassel en M.L.S. Kalff

Advocaten: S.J. Bruins Slot en J.B. Londonck Sluijk

Wetsartikelen: 7:401 BW

RECHTSPRAAK

Niet-ontvankelijkheid wegens instellen eis namens een niet-vorderingsgerechtigde vennootschap

Een holdingvennootschap vordert schadevergoeding van meerdere (rechts)personen wegens het (zonder toestemming) gebruikmaken van bedrijfsgegevens. De rechtbank stelt vast dat de bedrijfsactiviteiten in de inmiddels geturboliquideerde werkmaatschappij werden uitgeoefend, waardoor de holdingvennootschap niet-vorderingsgerechtigd is. De rechtbank kent geen bewijswaarde toe aan een in aanloop naar de procedure opgestelde cessieakte tussen de werkmaatschappij en de holdingvennootschap en verklaart de holdingvennootschap niet-ontvankelijk.

Ramhol Holding B.V. ('de Holding') houdt de aandelen in Ramhol B.V. ('de Werkmaatschappij'). De Werkmaatschappij wordt wegens gebrek aan baten ge(turbo)liquideerd. De Holding beschuldigt een voormalig bestuurder van de Holding en diens vennootschappen (gezamenlijk: 'de gedaagden') van het onrechtmatig gebruikmaken van bedrijfsgegevens van de onderneming van de Holding/de Werkmaatschappij. De rechtbank beantwoordt twee vragen: (i) in welke vennootschap worden c.q. werden de bedrijfsactiviteiten uitgeoefend en (ii) zijn eventuele aanspraken van de Werkmaatschappij overgedragen aan de Holding.

Met betrekking tot de eerste vraag oordeelt de rechtbank dat de bedrijfsactiviteiten in de Werkmaatschappij werden uitgeoefend. Hierbij stelt de rechtbank voorop dat bij een vennootschappelijke structuur met een houdstervenootschap en werkmaatschappij, de bedrijfsactiviteiten normaliter in de werkmaatschappij worden uitgeoefend. Dit wordt ondersteund door diverse feiten en omstandigheden in deze specifieke zaak. Eventuele aanspraken wegens het onrechtmatig gebruikmaken van bedrijfsgegevens komen hierdoor in beginsel enkel toe aan de Werkmaatschappij. De Holding kan geen afgeleide schade vorderen.

Een uitzondering hierop kan worden gemaakt indien sprake is van het schenden van een specifieke zorgvuldigheidsverplichting jegens de aandeelhouder, in dit geval de Holding (HR 12 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2018:1899). Daar is niet van gebleken volgens de rechtbank.

Ook het antwoord op de tweede vraag is niet in het voordeel van de Holding. In dit kader is van belang dat de Holding een cessieakte tussen de Werkmaatschappij en de Holding in het geding heeft gebracht. De rechtbank overweegt, onder verwijzing naar artikel 157 Rv, dat de akte in deze procedure vrije bewijskracht toekomt, omdat gedaagden geen partij zijn bij de akte (HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3701 en HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3100). De omstandigheden rondom het opstellen van de akte, de inhoud van de akte en de timing van het in het geding brengen daarvan, roepen dusdanig veel vragen op dat de rechtbank geen bewijswaarde toekent aan de akte.

Aangezien de Holding niet-vorderingsgerechtigd is, althans onvoldoende heeft aangetoond waarom de vermeende aanspraken zijn overgedragen, komt de rechtbank niet toe aan een verdere inhoudelijke beoordeling van de zaak. De Holding wordt niet-ontvankelijk verklaard en in de proceskosten veroordeeld.

B.J. Hermans, mei 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 29-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:3920

Zaaknummer: C/09/575155 / HA ZA 19-631

Rechters: M.L. Harmsen

Advocaten: S. Kökbugur en P.S. Kamminga

Wetsartikelen: 6:162 BW en 157 Rv

RECHTSPRAAK

Aanvechting benoeming bestuurders politieke partij

Onduidelijkheid over de rechtsgeldigheid van de benoeming van het bestuur van een politieke partij (een vereniging). De voorzieningenrechter oordeelt dat veel onduidelijkheid bestaat over de vraag of tijdens de afgelopen drie algemene ledenvergaderingen voldaan is aan de eisen voor benoeming van bestuurders, maar dat dit waarschijnlijk wel het geval was tijdens de laatste algemene ledenvergadering. Daarom hoeven de huidige bestuurders niet terug te treden.

Deze procedure betreft een geschil tussen de (voormalige) bestuurders van een vereniging die een politieke partij is ('de Partij'). Tijdens algemene ledenvergaderingen (ALV) op respectievelijk 20 maart 2018 en 23 september 2019 zijn besluiten genomen over het benoemen van bestuurders van de Partij, waarbij ter discussie staat of deze besluiten rechtsgeldige en onaantastbare benoemingen hebben opgeleverd. Op 9 januari 2020 heeft wederom een ALV plaatsgevonden, tijdens welke vergadering is besloten om het besluit dat tijdens de vergadering van 23 september 2019 is genomen met betrekking tot het benoemen van nieuwe bestuurders te bevestigen.

De eisers in deze procedure stellen dat op 20 maart 2018 een rechtsgeldig besluit is genomen tot benoeming van een nieuw bestuur en dat de benoeming van een nieuw bestuur op 23 september 2019 niet rechtsgeldig is geweest. De gedaagden stellen op hun beurt dat juist de benoemingen van 23 september 2019 geldig en onaantastbaar zijn en die van 20 maart 2018 niet. De benoemingen die op 23 september 2019 hebben plaatsgevonden, zijn in een ALV van 9 januari 2020 bevestigd.

De centrale vraag in deze procedure is dus op welke van deze vergaderingen geldige besluitvorming heeft plaatsgevonden. Concreet vorderen eisers dat de gedaagden (i) als bestuur terugtreden en zich niet meer voordoen als rechtsgeldige bestuursleden van de Partij, (ii) zich onthouden van het misleiden van de leden van de Partij door negatieve en onware

uitlatingen te doen over de eisers, (iii) twee van de eisers in ere herstellen, door het op 20 maart 2018 verkozen bestuur (waaronder de twee betreffende eisers) te erkennen als de enige rechtsgeldig gekozen bestuursleden van de Partij.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is er veel onduidelijkheid over de feitelijke gang van zaken met betrekking tot de benoemingen die op 20 maart 2018 en 23 september 2019 hebben plaatsgevonden. Onder meer is onduidelijk of overeenkomstig de statuten is gehandeld, ook omdat de meningen van de procespartijen daarover sterk uiteenlopen. De voorzieningenrechter oordeelt dan ook dat niet aannemelijk is geworden dat de bijeenroeping van en de oproepingen voor de ALV's van 20 maart 2018 en 23 september 2019 conform de statuten heeft plaatsgevonden. Daarom moet er voorshands vanuit worden gegaan dat de besluiten tot benoeming van bestuursleden die tijdens die vergaderingen zijn genomen, nietig dan wel vernietigbaar zijn.

Vervolgens gaat de voorzieningenrechter in op de ALV van 9 januari 2020. Het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter is dat het erop lijkt dat bij het bijeenroepen van deze vergadering de in acht te nemen voorschriften zijn nageleefd. Het is onweersproken dat tijdens de vergadering van 9 januari 2020 unaniem is besloten om de gedaagden als bestuurders van de Partij aan te merken. Op basis daarvan oordeelt de voorzieningenrechter dat er voorshands vanuit kan worden gegaan dat er tijdens deze vergadering een rechtsgeldig besluit is genomen met betrekking tot het bestuur van de Partij.

De eisers hebben tijdens de mondelinge behandeling nog aangevoerd dat de gedaagden niet hebben aangetoond dat de aanvragers van de ALV van 9 januari 2020 lid zijn van de Partij en daarom geen ALV bijeen mochten roepen. Dat wordt door de gedaagden betwist. De voorzieningenrechter overweegt hierover dat in deze procedure niet kan worden vastgesteld wie op dit punt gelijk heeft, wat tot gevolg heeft dat ook niet kan worden beoordeeld of de benoeming van de gedaagden tot bestuurders van de Partij op 9 januari 2020 geheel conform de geldende eisen heeft plaatsgevonden. Desondanks oordeelt de voorzieningenrechter dat de vorderingen van de eisers die zien op de terugtreding van gedaagden als bestuurders van de Partij en de erkenning van twee van de eisers als bestuurders, niet toewijsbaar zijn. De onduidelijkheid ten aanzien van dit punt rechtvaardigt volgens de voorzieningenrechter niet dat het door de leden van de Partij gewenste bestuur wordt vervangen door eisers als bestuurders van de Partij.

De vordering van de eisers om de gedaagden te verbieden negatieve en onware uitlatingen over hen te doen, wordt ook afgewezen. De gedaagden hebben uitdrukkelijk betwist dat zij negatieve en/of onjuiste uitlatingen over eisers hebben gedaan en door de eisers is ook niet dan wel onvoldoende geconcretiseerd om welke uitlatingen het gaat. Er is dan ook

onvoldoende gebleken dat de gedane uitlatingen onjuist of anderszins onrechtmatig jegens de eisers zijn en om die reden valt niet in te zien waarom de gedaagden zich van dergelijke uitlatingen zouden dienen te onthouden.

J.L. van den Heuvel, juni 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 08-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:4201

Zaaknummer: C/09/585690 KG ZA 19-1245

Rechters: H.J. Vetter

Advocaten: S.V. Mewa en G. Janssen

Wetsartikelen: 2:14 BW, 2:15 BW en 2:41 BW

RECHTSPRAAK

DWSV/KNVB

Een amateurvoetbalvereniging komt in kort geding op tegen het besluit van de KNVB tot opzegging van het lidmaatschap. De voorzieningenrechter oordeelt dat het besluit van de KNVB tot opzegging van het lidmaatschap in stand kan blijven. Niet is gebleken dat de totstandkoming van het besluit (zodanig) onzorgvuldig was dat het besluit vernietigbaar is. Evenmin is bij de inhoudelijke beoordeling van het besluit gebleken dat het beginsel van subsidiariteit en/of proportionaliteit zou zijn geschonden.

Tussen de in 1931 opgerichte amateurvoetbalvereniging Door Wilskracht Steeds Vooruit (DWSV) en de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB) heeft gedurende enige jaren overleg plaatsgevonden over onder meer wanordelijkheden die plaatsvonden bij wedstrijden waar DWSV aan deelnam. In dat kader is door de betrokkenen een risicoaanpak-contract gesloten. Wegens wanordelijkheden en bedreigingen is in oktober 2019 een wedstrijd van DWSV's eerste zondagselftal stilgelegd ('de Wedstrijd'). Kort daarna besloot de KNVB alle wedstrijden van DWSV op te schorten en is door de aanklager van de KNVB een onderzoek uitgevoerd naar de Wedstrijd. Dat onderzoek mondde uit in een voor DWSV negatieve tuchtrechtelijke uitspraak. In december 2019 heeft het bondsbestuur van de KNVB aan DWSV bekendgemaakt dat zij voornemens was om haar lidmaatschap op te zeggen. DWSV heeft in reactie daarop haar zienswijze aan de KNVB toegezonden. In januari 2020 heeft het bondsbestuur van de KNVB het lidmaatschap van DWSV opgezegd ('het Opzeggingsbesluit').

In dit kort geding vordert DWSV dat de voorzieningenrechter het Opzeggingsbesluit opschort tot na een eventuele bodemprocedure, en de KNVB gebiedt met DWSV in overleg te treden om te bezien of, en zo ja onder welke voorwaarden, het Opzeggingsbesluit ingetrokken kan worden.

De voorzieningenrechter overweegt dat het Opzeggingsbesluit een opzegging van het lidmaatschap door de vereniging is als bedoeld in artikel 2:35 lid 1 sub c BW. Zo'n opzegging is

mogelijk wanneer van de vereniging redelijkerwijs niet gevergd kan worden het lidmaatschap te laten voortduren. DWSV acht het Opzeggingsbesluit vernietigbaar, omdat het strijdig zou zijn met de redelijkheid en billijkheid.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat de totstandkoming van het Opzeggingsbesluit niet helemaal ‘volgens het boekje’ lijkt te zijn verlopen, maar acht de onvolkomenheden onvoldoende om tot de conclusie te komen dat de totstandkoming van het besluit onzorgvuldig was, laat staan zo onzorgvuldig dat het besluit vernietigbaar is. Bovendien is door de KNVB het beginsel van hoor- en wederhoor toegepast door DWSV in de gelegenheid te stellen haar zienswijze in te dienen, aldus de voorzieningenrechter.

Wat betreft de inhoudelijke beoordeling van het Opzeggingsbesluit staat voorop dat de rechter alleen (terughoudend) kan beoordelen of het bestuur het besluit heeft kunnen nemen bij een voldoende zorgvuldige voorbereiding en een te begrijpen inhoudelijke afweging. Verder gaat de voorzieningenrechter ervan uit dat de inschatting van het bondsbestuur – dat DWSV niet in staat is (zelfstandig) de orde te handhaven – juist is, nu DWSV noch in haar zienswijze noch in dit geding duidelijk heeft gemaakt dat zij wel degelijk in staat is om wanordelijkheden en onveiligheid te voorkomen. De voorzieningenrechter overweegt dat het Opzeggingsbesluit de subsidiariteitstoets kan doorstaan, omdat het begrijpelijk is dat de KNVB de veiligheid vooropstelt. Het is de voorzieningenrechter verder vanuit het oogpunt van proportionaliteit niet gebleken dat de KNVB een minder verstrekkend besluit had kunnen nemen om het doel, het waarborgen van de veiligheid op en rondom het voetbalveld, te bereiken.

De voorzieningenrechter concludeert dat het Opzeggingsbesluit in stand kan blijven en wijst de vorderingen van DWSV af.

M.J. van de Graaf, mei 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 13-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:1835

Zaaknummer: C/16/497631 / KG ZA 20-77

Rechters: J.A. Schuman

Advocaten: H.J.A. Knijff en E.N. de Bode

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:15 BW en 2:35 BW

RECHTSPRAAK

Geschil omtrent variabele koopsom bedrijfsovername

Geschil omtrent een koopovereenkomst betreffende een onderneming. Verkoper vordert nietigheid/vernietiging van de koopovereenkomst op grond van (oneigenlijke) dwaling dan wel misbruik van omstandigheden met betrekking tot een beding betreffende een variabele koopsom. De rechtbank wijst deze vordering af, omdat kopers rechtvaardig mochten vertrouwen dat de tekst in de overeenkomst de wil van de verkoper uitdrukte en geen druk is uitgeoefend op de verkoper. Ook is geen sprake van de vervulling van een opschortende voorwaarde op grond van belet. De verkoper is voorts aansprakelijk voor de schade van de koper, door niet werkzaam te zijn voor de verkochte onderneming (zoals was overeengekomen) en het onterecht leggen van beslag.

Eiser en gedaagden gaan begin 2019 een koopovereenkomst aan betreffende de overname van de handelsactiviteiten van een door eiser gevoerde onderneming. Naast een primaire koopsom van € 1 is in deze overeenkomst ook een variabele koopsom van € 13.333 opgenomen voor ieder jaar dat de onderneming een jaaromzet van meer dan € 375.000 zou genereren. Deze variabele koopsom geldt voor een periode van 5 jaar en wordt maximaal drie keer uitgekeerd.

Ondanks de tekst van de overeenkomst stelt eiser dat is bedoeld om de variabele koopsom onderhavig te maken aan een jaaromzet van € 150.000 door de onderneming, of een gezamenlijke jaaromzet van € 375.000 door de onderneming in combinatie met de onderneming zoals gevoerd door de gedaagden. Eiser vordert (partiële) nietigheid van de koopovereenkomst op grond van oneigenlijke dwaling, dan wel vernietiging op grond van dwaling en/of misbruik van omstandigheden. Daarnaast vordert eiser vervulling van de opschortende voorwaarde voor uitkering van de variabele koopsom op grond van belet door de gedaagden.

De rechtbank laat in het midden of bij eiser de wil ontbrak om het beding omtrent de variabele koopsom overeen te komen, omdat gedaagden zich terecht beroepen op gerechtvaardigd vertrouwen in de zin van artikel 3:35 BW. Het beding staat immers opgenomen in de getekende versie van de koopovereenkomst en eiser heeft onvoldoende onderbouwd gesteld dat gedaagden er redelijkerwijs van uit dienden te gaan dat de wil van eiser niet gericht was op het overeenkomen van dit beding. Er is daarnaast geen sprake van dwaling, aangezien eiser de stelling dat gedaagden voorafgaand aan het tekenen van de koopovereenkomst zouden hebben toegezegd dat de variabele koopsom betrekking had op een gecombineerde jaaromzet onvoldoende onderbouwd heeft. Ook is er geen sprake van misbruik van omstandigheden, aangezien eiser onvoldoende onderbouwd heeft dat, wanneer en op welke wijze, gedaagden de druk om de koopovereenkomst te tekenen zodanig hebben opgevoerd dat sprake is van misbruik van omstandigheden.

De vordering van eiser om de opschortende voorwaarde om de variabele koopsom uit te keren op grond van belet door gedaagden als vervuld te beschouwen (art. 6:23 BW), wordt tevens door de rechtbank afgewezen. Het belet zou zijn gelegen in de omstandigheid dat gedaagden hun vennootschap onder firma hebben omgezet naar een besloten vennootschap. Eiser stelt dat gedaagden hierdoor hebben verhinderd dat de opschortende voorwaarde kan intreden. De rechtbank wijst deze vordering af met verwijzing naar het feit dat de opschortende voorwaarde afhankelijk is gesteld van een door de onderneming te behalen jaaromzet. De rechtspersoonlijkheid van de door de gedaagden gevoerde onderneming staat hier los van.

De eis in reconventie dat eiser onrechtmatig heeft gehandeld jegens gedaagden door zich negatief uit te laten over gedaagden tegenover de grootste klant van de onderneming, wordt afgewezen. De context van de gegeven omstandigheden is hierbij van belang: op grond van het feit dat het hier een eenmalige en mondelinge uitlating betrof in de beslotenheid van een gesprek met één persoon en de betreffende opmerking geen betrekking had op de capaciteiten en/of integriteit van de gedaagden, maar slechts betrekking had op het ongenoegen van eiser met de afwikkeling van de overname, wordt geconcludeerd dat deze uitlatingen niet onrechtmatig zijn.

De rechtbank acht eiser wel aansprakelijk voor de schade die gedaagden hebben geleden door niet-nakoming van de verplichting om een bepaalde periode na de overname werkzaam te zullen zijn voor de onderneming. Het beroep op een opschortingsbevoegdheid door eiser slaagt niet, omdat eiser onvoldoende onderbouwt dat hij een opeisbare vordering heeft op de gedaagden. Ook wordt eiser aansprakelijk gehouden voor het onterecht leggen van conservatoir beslag op enkele appartemensrechten van gedaagden.

P. van der Heide, mei 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 01-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:3510

Zaaknummer: C/10/578777 / HA ZA 19-676

Rechters: L. Stevens

Advocaten: J. Pluis en M.H. de Werd

Wetsartikelen: 3:33 Awb, 3:35 Awb en 6:23 BW

RECHTSPRAAK

Vesteda Investment Management/Bestuurder At Home

Tegen de bestuurder van een huurder van een bedrijfsruimte wordt door verhuurder Vesteda een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ingesteld, wegens het onbetaald blijven van huurbetalingen en het gebrek aan het bieden van verhaal (Ontvanger/Roelofsen). De rechtbank wijst de vordering af, omdat de hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid in dit geval niet wordt gehaald. De bestuurder heeft bij het aangaan van de betalingsverplichting voldoende informatie verstrekt, en werd zelf geconfronteerd met allerlei claims toen hij in financiële moeilijkheden kwam. De keuze om de huurbetalingen op te schorten wegens stankoverlast was niet rechtmatig, maar hiervan kan de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt.

Vesteda Investment Management B.V. ('Vesteda') houdt zich onder meer bezig met de verhuur van bedrijfsruimten. At Home Vastgoed B.V. ('At Home') bemiddelt in huurwoningen. Gedaagde ('de Bestuurder') is de bestuurder en enig aandeelhouder van de enig aandeelhouder van At Home.

Vesteda en At Home zijn in 2014 een huurovereenkomst aangegaan voor een kantoorpand. Bij het aangaan van de overeenkomst is door At Home een waarborgsom aan Vesteda betaald. Tevens heeft At Home destijds gegevens over haar financiële situatie aan Vesteda verstrekt. Vanaf november 2015 heeft At Home de betaling van huur opgeschort vanwege stankoverlast in het pand. Vesteda en At Home hebben de huurovereenkomst gezamenlijk beëindigd per 1 november 2017. De kantonrechter heeft in november 2018 de door Vesteda gevorderde huurachterstand toegewezen en de door At Home gevorderde huurprijsverlaging afgewezen. De advocaat van At Home heeft Vesteda daarna laten weten dat At Home geen activiteiten meer heeft en dat Vesteda haar enige crediteur is. Behalve de borgsom zijn er geen activa meer waarop Vesteda zich kan verhalen.

Vesteda vordert dat de Bestuurder wordt veroordeeld tot betaling van de huurachterstand (minus de waarborgsom) op grond van onrechtmatige daad. Volgens Vesteda wist de Bestuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst dat de financiële situatie van At Home zorgwekkend was en daardoor haar betalingsverplichtingen uit die overeenkomst niet zou kunnen nakomen, althans hij had dat moeten begrijpen. Daarnaast heeft de Bestuurder, door het opschorten van de huurbetalingen en het niet reserveren van geld, de mogelijkheden van verhaal voor Vesteda geblokkeerd. De Bestuurder benadrukt dat van bestuurdersaansprakelijkheid slechts sprake kan zijn indien hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij betwist dat daarvan sprake is.

Alle vorderingen van Vesteda worden afgewezen. De rechtbank overweegt dat er een hoge drempel bestaat voor bestuurdersaansprakelijkheid. Vesteda heeft haar vorderingen gebaseerd op de twee categorieën uit HR *Ontvanger/Roelofsen* (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758).

Volgens de rechtbank is niet vast komen te staan dat bij de Bestuurder wetenschap bestond dat At Home haar betalingsverplichtingen uit de huurovereenkomst niet zou kunnen nakomen, althans dat hij dat had moeten begrijpen. Voorafgaand aan het aangaan van de huurovereenkomst heeft hij de voorlopige cijfers van At Home aan Vesteda verstrekt. Vesteda heeft daarover geen vragen gesteld of om nadere informatie gevraagd. Vesteda heeft ook niet onderbouwd waarom de Bestuurder op basis van de voorlopige cijfers destijds wist of had moeten begrijpen dat At Home haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Het enkele verwijt dat de cijfers destijds zorgwekkend waren zonder nadere toelichting, is onvoldoende. Het feit dat de definitieve cijfers over dat jaar afwijken van de door At Home verstrekte voorlopige cijfers, maakt dat zonder nadere onderbouwing niet anders.

Ook het opschorten van de huurbetalingen kan volgens de rechtbank niet tot bestuurdersaansprakelijkheid leiden. Dat At Home naar het oordeel van de kantonrechter niet gerechtigd was de huurbetalingen op te schorten, betekent nog niet dat de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Verschillende getuigen hebben bij de kantonrechter verklaard dat er sprake was van stankoverlast in het pand, die stelling is door Vesteda niet weersproken. Gelet daarop kan niet worden gezegd dat At Home niet redelijkerwijs kon menen dat zij gerechtigd was de huurbetalingen op te schorten. Vesteda heeft ook niet nader toegelicht dat het volledig, in plaats van gedeeltelijk, opschorten van de huurbetalingen tot gevolg heeft gehad dat At Home nu geen verhaal biedt en dat de Bestuurder hiervan een persoonlijk en ernstig verwijt te maken valt.

De Bestuurder heeft verder nog aangegeven dat een uitspraak van de Hoge Raad (in het kader van het verbod op het dienen van twee heren) At Home in financiële moeilijkheden heeft

gebracht, omdat zij haar verdienmodel moest aanpassen en geconfronteerd werd met claims van huurders. Daardoor bleef er minder geld over voor Vesteda. Ook daaruit volgt niet dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt. Volgens vaste jurisprudentie mag een bestuurder op grond van een eigen afweging bepalen welke schuldeisers van de vennootschap wanneer betaald worden. Vesteda heeft ook niet weersproken dat de Bestuurder ten tijde van de beëindiging van de huurovereenkomst niet heeft gegarandeerd dat Vesteda betaald zou worden.

M.F. van Schendel, juni 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:3832

Zaaknummer: C/10/579370 / HA ZA 19-707

Rechters: B. van Velzen

Advocaten: E. de Ruiter en E.J. Eijsberg

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

AA Schroefpalen/bestuurder van na turboliquidatie ontbonden bouwbedrijf

Een schuldeiser heeft de bestuurder van een ontbonden bouwbedrijf aansprakelijk gesteld. De bestuurder is overgegaan tot turboliquidatie van de vennootschap, terwijl ten tijde van het ontbindingsbesluit sprake moet zijn geweest van baten die – bij vereffening – hadden kunnen worden aangewend om de vordering van de schuldeiser volledig te voldoen. De kantonrechter oordeelt dat sprake is geweest van betalingsonwil en dat de bestuurder aansprakelijk is jegens de schuldeiser.

Ter beslechting van een geschil onder een overeenkomst tot aanneming van werk, is bouwbedrijf X B.V. ('het Bouwbedrijf') – als opdrachtgeefster van AA Schroefpalen B.V. ('AA Schroefpalen') – bij scheidsrechtelijk vonnis veroordeeld tot betaling aan AA Schroefpalen van een schadevergoeding.

In de onderhavige zaak spreekt AA Schroefpalen de bestuurder van het Bouwbedrijf aan op grond van onrechtmatige daad, omdat hij is overgegaan tot turboliquidatie van het Bouwbedrijf en zo heeft bewerkstelligd dat bovengenoemde vordering van AA Schroefpalen onbetaald is gebleven, terwijl middelen beschikbaar waren om die (bij een vereffening) te voldoen.

De kantonrechter overweegt dat uit een in het geding gebrachte jaarrekening volgt dat bij de ontbinding van de vennootschap het gestorte aandelenkapitaal van het Bouwbedrijf is vrijgekomen en het Bouwbedrijf ten tijde van het ontbindingsbesluit dus nog baten had. Nu niet is gebleken van andere schuldeisers, had de vordering van AA Schroefpalen – indien wél tot vereffening was overgegaan – volledig door het Bouwbedrijf kunnen worden voldaan. De kantonrechter oordeelt dat hiermee sprake is geweest van betalingsonwil, waarvan de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De bestuurder is daarom aansprakelijk voor de door AA Schroefpalen geleden schade.

T.A. Janse, juni 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 15-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:4382

Zaaknummer: 8175516 CV EXPL 19-50030

Rechters: R. Kruisdijk

Advocaten: A. van Woerkom en A. Odekerken

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer/Invent Business Software

Een werknemer vordert schadevergoeding door de holdingvennootschap vanwege het niet betalen van salaris door de inmiddels geturboliquideerde dochtervennootschap. De holdingvennootschap, die tevens bestuurder is van de dochtervennootschap, heeft jegens de werknemer van de dochtervennootschap die ten behoeve van de holdingvennootschap werkzaamheden verricht, een bijzondere zorgplicht. De rechtbank wijst de vordering van de werknemer toe.

Gedaagde 2 is de enig bestuurder en aandeelhouder van Gedaagde 1, Invent Business Software B.V. ('IBS'). IBS exploiteert door Gedaagde 2 ontwikkelde software door de verkoop van licenties voor het gebruik van de software met bijbehorende onderhoudscontracten. IBS is op haar beurt de enig bestuurder en aandeelhouder van Gersys B.V. ('Gersys'). Tussen Gersys en IBS is een partnerovereenkomst gesloten op grond waarvan Gersys het recht heeft de software namens en als IBS te verkopen op basis van een provisie. Daarnaast bepaalt de partnerovereenkomst dat Gersys een vergoeding op uurbasis ontvangt voor werkzaamheden die zij ten behoeve van IBS of haar klanten uitvoert.

Eiser ('de Werknemer') is samen met een aantal anderen in dienst getreden bij Gersys. IBS is overeenkomsten aangegaan met derden en heeft de daaruit voortvloeiende werkzaamheden uitbesteed aan Gersys. De Werknemer en zijn collega's verantwoordden de door hen gewerkte uren aan IBS en IBS heeft de vergoeding daarvoor op basis van deze verantwoording in rekening gebracht aan klanten. Het salaris van de Werknemer is zowel door IBS als door Gersys betaald.

Tijdens het dienstverband heeft de Werknemer herhaaldelijk aan Gedaagde 2 verzocht om betaling van (voorschotten op) zijn salaris. De Werknemer heeft vervolgens een verzoekschrift ingediend bij de kantonrechter, waarin hij onder meer heeft gevorderd dat Gersys wordt veroordeeld tot betaling van zijn achterstallige salaris. Deze vordering is door de

kantonrechter toegewezen, maar Gersys heeft niet aan de veroordeling voldaan. Vervolgens heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van Gersys besloten Gersys te ontbinden, waarna Gersys op grond van artikel 2:19 lid 4 BW bij gebrek aan baten is opgehouden te bestaan. Ten tijde van de ontbinding had Gersys meerdere onbetaalde vorderingen. Deze vorderingen zijn, nadat IBS de benodigde gelden aan Gersys had overgemaakt, na de ontbinding alsnog betaald. De vordering van de Werknemer is echter onbetaald gebleven.

De Werknemer vordert een verklaring voor recht dat IBS en Gedaagde 2 aansprakelijk zijn voor de door de Werknemer geleden schade en IBS en Gedaagde 2 hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het achterstallige salaris. De Werknemer legt aan zijn vordering ten grondslag dat gelet op de gekozen constructie waarbij Gersys een personeelsvennootschap was zonder eigen inkomsten te genereren, IBS ervoor diende te zorgen dat Gersys haar verplichtingen jegens haar werknemers kon nakomen. IBS en Gedaagde 2 hebben volgens de Werknemer jegens hem onrechtmatig gehandeld, doordat zij bewust hebben bewerkstelligd dat Gersys geen financiële middelen heeft om haar verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst te voldoen en Gersys vervolgens ook geen verhaal biedt. De Werknemer is van mening dat IBS en Gedaagde 2 een ernstig verwijt kan worden gemaakt. IBS en Gedaagde 2 voeren verweer. Volgens hen is geen sprake van onrechtmatig handelen en is het onbetaald blijven van de vordering van de Werknemer te wijten aan het feit dat er onvoldoende onderhoud- en consultancywerkzaamheden waren en daarmee onvoldoende inkomsten.

De rechtbank overweegt dat alle werknemers in dienst waren bij Gersys en dat IBS bepaalde onder welke voorwaarden overeenkomsten met klanten werden gesloten en welke werkzaamheden Gersys diende te verrichten. Daarbij kwamen de inkomsten uit de door IBS gesloten licentie- en onderhoudscontracten en de inkomsten uit verrichte werkzaamheden aan haar ten goede, terwijl de daarmee gepaard gaande kosten voor rekening van Gersys kwamen. De rechtbank stelt vast dat de door IBS aan Gersys gegeven vergoeding onvoldoende was om de kosten van Gersys te dekken. De rechtbank overweegt vervolgens dat indien moet worden aangenomen dat de door IBS aan Gersys betaalde vergoeding de kosten van Gersys zou moeten kunnen dekken, IBS kort na het opzetten van deze structuur had moeten constateren dat deze groepsstructuur en verdeling van kosten en inkomsten in de praktijk niet werkten en dat het salaris van de werknemers van Gersys niet of niet tijdig kon worden betaald. De rechtbank oordeelt onder verwijzing naar HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (Comsys/Van den End) dat mede gelet op deze bekendheid bij IBS, op IBS als holdingvennootschap en bestuurder van Gersys in deze omstandigheden een bijzondere zorgplicht rustte jegens de werknemers van Gersys, die werkzaamheden hebben verricht waarvan de opbrengst juist ten goede is gekomen aan IBS. Doordat IBS vervolgens ook

geen enkele maatregel heeft genomen ter bescherming van het belang van de Werknemer, waardoor zijn salaris onbetaald is gebleven, heeft IBS niet aan die zorgplicht voldaan en heeft zij jegens de Werknemer onrechtmatig gehandeld. Nu IBS als bestuurder aansprakelijk is, is Gedaagde 2 op grond van artikel 2:11 BW eveneens aansprakelijk. Op basis hiervan wijst de rechtbank de vordering van de Werknemer toe.

M.M.H.A. Leurs, juni 2020

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 25-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2020:1661

Zaaknummer: C/02/351566 / HA ZA 18-716

Rechters: L.W. Louwerse

Advocaten: J.C. Debije en G.E. Doelman

Wetsartikelen: 2:11 BW, 2:19 BW, 6:162 BW en 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid huidige en voormalig bestuurder vanwege schending administratieplicht

Aansprakelijkheid van huidige en voormalig bestuurder vanwege schending administratieplicht. Overdracht aandelen aan katvanger komt voor rekening van voormalig bestuurder.

In deze procedure heeft de curator van een BV ('failliet') de bewindvoerder van de enig bestuurder en enig aandeelhouder van failliet en haar voorganger in rechte betrokken en primair gevorderd dat zij hoofdelijk worden veroordeeld tot vergoeding van het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 BW omdat niet is voldaan aan de administratieplicht.

De rechtbank stelt vast dat niet is voldaan aan de verplichtingen die volgen uit artikel 2:10 BW. Er is over verschillende periodes geen administratie gevoerd. Daarnaast is de administratie rondom de overdracht van de aandelen van failliet (ruim een jaar voor het faillissement) gebrekkig gebleken; er was geen onderliggende documentatie ten aanzien van de voorraad, terwijl de voorraad het leeuwendeel van de activa van failliet uitmaakte.

De voormalig bestuurder slaagt er niet in aan te tonen dat het niet voeren van administratie over een bepaalde periode een onbelangrijk verzuim is omdat de onderneming van failliet feitelijk stillag. De rechtbank verwerpt dit verweer en wijst erop dat artikel 2:10 BW bepaalt dat de administratie altijd op orde dient te zijn. Verder geldt dat in onderhavige procedure is aangegeven dat er wel degelijk boekhoudkundige feiten hebben plaatsgevonden. De rechtbank gaat verder niet mee in het verweer van de voormalig bestuurder dat er andere feiten of omstandigheden zijn die een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement, namelijk het stil zitten van de huidige bestuurder omdat zij slechts een katvanger is. De rechtbank overweegt dat deze omstandigheid voor rekening van de voormalige bestuurder moet komen. Het was aan de voormalige bestuurder om onderzoek te doen naar de persoon van de huidige bestuurder. Om zijn taak behoorlijk te vervullen had de voormalige bestuurder meer onderzoek moeten doen naar de persoon van de huidige bestuurder en haar achtergrond en had hij niet mogen volstaan met het controleren van haar identiteit.

De huidige bestuurder heeft zich verweerd door aan te voeren dat zij willens en wetens is gebruikt als katvanger. Dit leidt echter niet tot disculpatie. Niet is aangetoond dat iets anders dan onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Verder ziet de rechtbank geen reden om op grond van redelijkheid en billijkheid de huidige bestuurder niet aansprakelijk te houden op grond van artikel 2:248 BW. Haar stellingen op dit punt zijn onvoldoende onderbouwd. Dat de voormalige bestuurder zou hebben geweten dat zij slechts als katvanger zou dienen helpt de huidige bestuurder ook niet.

In deze procedure heeft de huidige bestuurder in een vrijwaringsincident nog gevorderd de voormalige bestuurder te veroordelen het bedrag dat zij eventueel uit hoofde van de hoofdzaak aan de curator dient te betalen, aan de curator te voldoen. Deze vordering wordt afgewezen nu de huidige bestuurder onvoldoende heeft onderbouwd dat de voormalige bestuurder ervan op de hoogte was dat zij als katvanger zou worden gebruikt en dat hij daarmee jegens haar onrechtmatig zou hebben gehandeld.

In deze procedure wijst de rechtbank overigens nog de vordering van de curator af om de huidige en voormalige bestuurder te veroordelen wettelijke rente over het faillissementstekort te voldoen. De rechtbank geeft aan dat het doel van de veroordeling in het faillissementstekort is dat het faillissement kan worden afgewikkeld door voldoening van alle schulden. Als wettelijke rente verschuldigd zou zijn, zou er (dus) nog een surplus resteren. Om die reden wordt de wettelijke rente niet toegewezen.

Aangaande de buitengerechtelijke kosten overweegt de rechtbank dat het BIK geen betrekking heeft op de onderhavige vordering van de curator. De rechtbank wijst de vordering vervolgens af omdat de curator geen werkzaamheden heeft gespecificeerd die voor vergoeding in aanmerking zouden moeten kunnen komen.

W.T.N. Vlasveld, juni 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:4674

Zaaknummer: C/10/567339 / HA ZA 19-112

Rechters: P. Volker

Advocaten: J.G. Plet, M.W. Renzen en G. Grijs

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Pay for People/Bestuurders Smart B4B

Het hof oordeelt dat geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid en/of selectieve betalingen in verband met onbetaald gebleven facturen door een later failliet gegane start-up.

De casus betreft bestuurdersaansprakelijkheid in verband met onbetaald gebleven facturen van Pay For People B.V. ('PFP') aan Smart Business 4 Business B.V. ('Smart B4B'). Smart B4B was een start-up die zich bezighield met de ontwikkeling van een digitaal inkoopplatform voor horecaondernemers. Op 28 november 2016 is Smart B4B een contract aangegaan met Sales Supply B.V. ('Sales Suply') op grond waarvan Smart B4B werknemers op detacheringsbasis kon inlenen van PFP. Van 2 januari 2017 tot 1 mei 2017 heeft Smart B4B één werknemer ingeleend. De facturen voor deze inlening zijn onbetaald gebleven. Een kleine drie maanden na ontvangst van de laatste factuur, namelijk op 1 augustus 2017, is Smart B4B failliet verklaard.

PFP houdt de indirect bestuurders van Smart B4B verantwoordelijk. Bestuurders zouden onrechtmatig hebben gehandeld door een werknemer in te lenen en te blijven inlenen tot 1 mei 2017, terwijl zij wisten, althans redelijkerwijs behoorden te begrijpen, dat Smart B4B de verplichtingen daaruit niet zou kunnen nakomen (schending Beklamel-norm). PFP voert aan dat de liquiditeit van Smart B4B in november 2016 onvoldoende was om de overeenkomst aan te gaan en dat deze in januari 2017 nog steeds onvoldoende was om kortlopende verplichtingen te voldoen.

Een belangrijk aspect is volgens PFP dat Smart B4B op 4 januari 2017 een aanzienlijk bedrag aan *crowdfunding* heeft ontvangen (in hoger beroep blijkt dit een lening) en dat dit bedrag niet is gebruikt om de facturen van PFP te betalen. PFP stelt dat sprake is van selectieve betaling. Daarbij wordt erop gewezen dat wel een aanzienlijk bedrag is betaald aan SB4B Licences.

Het hof overweegt dat er geen algemene regel bestaat op grond waarvan een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, steeds onrechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers. Het staat een bestuurder in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers in de gegeven omstandigheden

zullen worden voldaan. Toch zou het handelen van de bestuurder onrechtmatig kunnen zijn indien de selectieve betaling(en) ten opzichte van de onbetaald gebleven schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat de bestuurder daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de bestuurder wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat de selectieve betalingen tot gevolg zouden hebben dat de andere schuldeisers onbetaald zouden blijven en de vennootschap geen verhaal zou bieden omdat besloten was de activiteiten te beëindigen of omdat het faillissement aanstaande was, aldus het hof.

Het hof komt tot het oordeel dat er geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van de Beklamel-norm en/of selectieve betaling. Het hof acht de volgende omstandigheden van belang:

(a) Het was voor PFP duidelijk dat Smart B4B een start-up was waarvan het product nog in ontwikkeling was. Het traject rondom de contractsluiting was weliswaar overgelaten aan Sales Supply, maar ook Sales Supply was bekend met de aard van het bedrijf. Vanwege de door hen gekozen werkwijze rekent het hof de kennis van Sales Supply omtrent Smart B4B toe aan PFP.

(b) Smart B4B richtte zich enerzijds op het product verder te ontwikkelen en richtte zich anderzijds op voldoende middelen binnen te halen. De betaling van een aanzienlijk bedrag aan SB4B Licenses was gedaan ter financiering van de productontwikkeling.

(c) Bestuurders hebben zelf veel in de start-up geïnvesteerd, hebben geen gelden onttrokken en hebben zelfs geen managementfee ontvangen.

(d) Er liepen nog pogingen om extra financiering te verkrijgen.

(e) Niet gebleken is dat het faillissement te voorzien was.

(f) Ook is niet gebleken dat sprake was van betalingsonwil.

(g) De inlening heeft relatief kort geduurd en is door Smart B4B zelf beëindigd omdat zij de extra financiering nog niet rond had. De gesprekken met mogelijke investeerders liepen toen nog.

(h) Het faillissement van Smart B4B is (pas) enige maanden na de beëindiging van de inlening (namelijk op 1 augustus 2017) gevolgd.

V.G.M. Leferink, juni 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1600

Zaaknummer: 200.250.863/01

Rechters: H.A.G. Fikkers, J.C.J. van Craaikamp en C.W.T. Vriezen

Advocaten: A.L. Stegeman en J.O. de Wilde

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curatoren Hakenbergconcern/Rabobank

De curatoren van het Hakenbergconcern vorderen na eiswijziging de veroordeling van Rabobank tot betaling van de schade die het gevolg is van een toerekenbare tekortkoming – een ongeoorloofde kredietbeperking – en die bestaat uit (het verlies van) de ondernemingswaarde van de ondernemingen van de vennootschappen in het Hakenbergconcern. De eiswijziging wordt afgewezen. Het hof volgt de rechtbank en oordeelt verder dat geen sprake is geweest van een ongeoorloofde kredietbeperking, zodat Rabobank ook niet aansprakelijk is.

De feiten in deze kwestie zijn gepubliceerd in Hof Arnhem-Leeuwarden 10 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:140. Nijhuis exploiteerde een assurantiebedrijf, gelieerd aan een groot aantal andere ondernemingen die hij exploiteerde. Het geheel zal hierna als het Hakenbergconcern worden aangeduid. Rabobank financierde het concern.

In 2002 kwam het concern in financiële problemen. Naar aanleiding daarvan sloot het concern een convenant met Rabobank, Nijhuis en de belangrijkste verzekeraars waarmee het assurantiebedrijf zaken deed ten behoeve van een herfinanciering. In de kern maakten partijen afspraken over de opeisbaarheid van openstaande schulden en een tijdelijk overbruggingskrediet, zodat het concern over een periode van 1,5 jaar weer voldoende financieringsruimte zou krijgen en met als doel een faillissement te voorkomen.

In het convenant wordt een additionele financieringsbehoefte tot medio 2003 vastgesteld van f 6.813.000. Voor de herfinanciering van deze financieringsbehoefte voorziet Rabobank in een tijdelijke kredietverhoging tot een totaalbedrag van f 2.000.000. Deze moest in acht maandelijkse termijnen worden afgebouwd vanaf maart 2003. Rabobank heeft voorts een bedrag van € 900.000 aan Nijhuis in privé geleend, die dat bedrag diende te gebruiken en ook heeft gebruikt om overstanden op enkele rekeningen-courant van het Hakenbergconcern aan te zuiveren.

De vennootschappen failleren in maart/april 2003. Nijhuis heeft de Rabobank met succes aangesproken voor de door hem geleden schade wegens toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van het convenant.

Op het moment van dit eindarrest resteert nog slechts de vordering van de curatoren tot verklaring voor recht dat de toerekenbare tekortkoming door Rabobank (de kredietinperking in strijd met het Convenant) oorzaak is van de faillissementen van de Hakenbergvennootschappen en de vordering tot veroordeling tot betaling van (een deel van) de faillissementstekorten.

Het hof beantwoordt eerst de vraag of de kredietbeperking door Rabobank ongeoorloofd was. Volgens het hof was de kredietbeperking gebaseerd op het convenant en de overige tussen partijen gemaakte afspraken. Het hof wijst erop dat het convenant erin voorzag dat de vastgoedprojecten van de groep zouden worden verkocht en dat de opbrengsten, vrijvallende eigen middelen en verwachte winsten exclusief zouden worden aangewend voor aflossing van de Rabobankkredieten conform het bepaalde in een bijlage bij het Convenant waarin de financieringsvoorstellen waren opgenomen. Daarin is bedongen dat alle gelden die zouden vrijkomen uit vastgoedprojecten terstond in mindering mochten worden gebracht op de financiering bij de Rabobank. De zinsnede 'alle gelden die vrijkomen' heeft volgens het hof een ruimere betekenis dan het begrip 'opbrengsten', zoals dat door de curatoren wordt uitgelegd. Waarom daaraan een beperktere strekking zou moeten toekomen hebben de curatoren onvoldoende onderbouwd.

De relevante vastgoedvennootschap Jufferbeek B.V. had destijds drie aandeelhouders, waaronder een van de Hakenbergvennootschappen. Deze vennootschap had tot en met 2002 meer ingebracht in de vennootschap dan waartoe zij in verhouding tot de beide andere aandeelhouders was verplicht. Om die reden werd het bedrag van € 883.042 (de kredietinperking) vanaf een rekening bij een andere bank overgemaakt naar een rekening van een van de Hakenbergvennootschappen. Het hof kwalificeert dit als gelden die vrijkwamen uit een vastgoedproject en oordeelt dat Rabobank met dat ontvangen bedrag het krediet mocht inperken.

Het hof oordeelt verder (ten overvloede) dat de curatoren onvoldoende hebben onderbouwd waarom deze kredietinperking de oorzaak van het faillissement zou zijn geweest. De faillissementen vinden volgens het hof hun oorzaak in de grote financiële problemen die het Hakenbergconcern medio 2002 al had en in haar fors negatieve eigen vermogen.

J.E. van Nuland, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:4040

Zaaknummer: 200.167.688

Rechters: A.W. Steeg, I. Brand en D.M.I. de Waele

Advocaten: G. Beekman en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW

Indien een bestuurder zijn vennootschap ademruimte wil bieden door bepaalde kosten niet in rekening te brengen vanwege de benarde financiële positie waarin de vennootschap verkeert, dient hij ofwel deze kosten kwijt te schelden, ofwel de (steeds oplopende) betalingsverplichtingen op te nemen in de jaarrekening en boekhouding. Achteraf aanzienlijke kosten in rekening brengen (waarmee geen rekening is gehouden in de boekhouding of jaarrekening) is een schending van artikel 2:10 BW.

In deze 2:248 BW-procedure staat de vraag centraal of de bestuurder een behoorlijke boekhouding heeft gevoerd. De curator is van mening dat de bestuurder door zijn ondeugdelijke boekhouding onvoldoende zicht had op het feit dat de onderneming te weinig opbracht in verhouding tot de kosten. De bestuurder voert aan dat zijn boekhouding wel deugdelijk was en dat hij al het mogelijke heeft gedaan om zijn schuldeisers te betalen voordat hij het faillissement heeft aangevraagd. Het gaat vooral om drie grote kostenposten: de huur van het bedrijfspand, de managementvergoeding en de kosten van het ter beschikking stellen van voertuigen. Deze kosten zijn in 2011 tot en met 2014 niet opgenomen in de jaarrekeningen. In 2015 heeft de bestuurder deze alsnog met terugwerkende kracht vanaf 2011 in rekening gebracht.

De bestuurder voert aan dat hij de kosten destijds niet in rekening had gebracht vanwege de benarde financiële positie van El-Ino. Het hof begrijpt dat een ondernemer die twee ondernemingen voert niet alle kosten nauwgezet doorberekent van de ene aan de andere onderneming, als die andere onderneming die kosten toch niet kan betalen. Daarbij moet volgens het hof echter wel de keuze worden gemaakt tussen het kwijtschelden van de kosten of het opschorten van de betalingsverplichting totdat er alsnog kan worden betaald. In het laatste geval ontstaat er een oplopende schuld, waarvan dan wel uit de boekhouding en de jaarrekening moet blijken, omdat deze anders geen juist beeld geven van de rechten en

plichten van de vennootschap. Omdat er geen melding is gemaakt van de slapende betalingsverplichtingen van El-Ino ten aanzien van deze drie grote kostenposten, is een zeer onjuist beeld gegeven van de financiële positie van de vennootschap. Het hof komt daarmee tot de conclusie dat de bestuurder zijn boekhoudplicht heeft geschonden, evenals de publicatieplicht (omdat de jaarrekening van 2014 niet is gedeponneerd).

Vast staat dus dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en vermoed wordt dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Ter ontkrachting van dit vermoeden heeft de bestuurder het volgende aangevoerd ter onderbouwing van zijn stelling dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement: (1) het faillissement van de grootste opdrachtgever, (2) de verhoging van het btw-percentage van 6% naar 21% en (3) het terugdraaien van een subsidieregeling voor de loonkosten van het personeel. Hierin slaagt de bestuurder echter niet.

Ten aanzien van het faillissement van de opdrachtgever overweegt het hof dat dit in 2011 al is uitgesproken en dat de bestuurder sindsdien ruim vijf jaar lang geen reden heeft gezien om El-Ino te liquideren. Ook werd de omzet van de vennootschap niet wezenlijk verminderd en in de jaarrekeningen over de jaren na het faillissement van de opdrachtgever is niet te zien dat er (forse) afschrijvingen zijn gedaan op oninbare facturen. Met betrekking tot het verhoogde btw-percentage merkt het hof op dat op voorhand duidelijk was dat de btw slechts tijdelijk verlaagd zou worden naar 6%. Hoewel de maatregel eenmalig is verlengd, had de bestuurder er dus rekening mee moeten houden dat de maatregel weer zou worden teruggedraaid. Overigens heeft hij ook niet aangetoond wat de impact was van de verhoging voor zijn bedrijfsvoering. Verder heeft de bestuurder volgens het hof onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het terugdraaien van de loonkostensubsidie kan worden aangemerkt als een belangrijke oorzaak van het faillissement: hij heeft niet toegelicht om welke maatregel het ging, wanneer en waarom deze is opgeheven, noch waarom hij daarmee geen rekening heeft kunnen houden in zijn bedrijfsvoering.

Het hof is dan ook van oordeel dat de bestuurder aansprakelijk is voor het boedeltekort. Aangezien dit tekort nog niet vaststaat, verwijst het hof de zaak naar de schadestaatprocedure voor de vaststelling hiervan (art. 2:248 lid 5 BW).

S.E. Streng, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:4045

Zaaknummer: 200.243.791

Rechters: L.M. Croes, J. Sap en T.S. Jansen

Advocaten: F.B.M. van Aanhold en C.A.M. Nijhuis

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer/werkgeefster

Rechtsgeldig ontslag op staande voet statutair bestuurder die zichzelf jarenlang ongeoorloofd extra verlofuren toekende. Zijn de verschillende besluiten rechtsgeldig en onaantastbaar (onder meer omdat op de AVA mondeling is gestemd)?

Feiten

Werknemer is met ingang van 1 maart 2005 in dienst getreden van werkgeefster in de functie van commercieel directeur, op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van 12 maanden. Bij aandeelhoudersbesluit van 23 april 2005 is werknemer met ingang van 1 juli 2005 benoemd tot statutair directeur van werkgeefster. Met ingang van 1 maart 2006 is een nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen werkgeefster en werknemer gesloten. Naast werknemer is per 1 oktober 2018 een nieuwe directeur aangesteld, de heer F. F is in april 2019 ook tot statutair directeur van werkgeefster benoemd. F heeft op of omstreeks 2 december 2019 ontdekt dat werknemer zijn reisdagen in het weekend als tijd voor tijd-uren opschreef en werknemer om uitleg daarover gevraagd. Werknemer heeft daarop aangegeven dat dit al sinds 2011 het geval was en dat hij de betreffende uren opschreef als compensatie omdat hij deze uren niet bij zijn gezin kon doorbrengen. F heeft de kwestie van de uitbetaalde tijd voor tijd-uren van werknemer vervolgens bij A, lid van de RvC gemeld. A is op 16 december 2019 ten kantore van werkgeefster langs gekomen en heeft werknemer een brief overhandigd met de mededeling dat aan de aandeelhouders gevraagd zal worden over te gaan tot ontslag op staande voet. Op 27 december 2019 heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van werkgeefster plaatsgevonden. De voorzitter van de RvC heeft toen mondeling aan werknemer en diens advocaat medegedeeld dat de AVA bij meerderheid van stemmen heeft besloten om over te gaan tot ontslag op staande voet. Partijen twisten onder meer over de vraag of het ontslag op staande voet/het ontslagbesluit rechtsgeldig is (zie ook OR 2020-0221).

Oordeel

I. Het (vermeende) ontslag van 16 december 2019

Werknemer mocht er naar het oordeel van de rechtbank reeds niet van uitgaan dat de brief van de RvC van 16 december 2019 een ontslag op staande voet inhield. Weliswaar wordt in het begin van de brief gemeld dat werknemer hierbij op staande voet is ontslagen, maar uit het vervolg van de brief wordt voldoende duidelijk dat de brief een schorsing van werknemer als bestuurder beoogt.

II. Het ontslagbesluit van de AVA van 27 december 2019

Partijen houdt verdeeld of de statuten van werkgeefster een mondelinge stemming over het ontslag toestaan. Daarbij komt het naar het oordeel van de rechtbank aan op de uitleg van de statuten op dit punt, waarbij een objectieve maatstaf moet worden gehanteerd. In dit geval hoefde niet met ongetekende briefjes te worden gestemd en kon door de AVA dus mondeling worden gestemd over het ontslag van werknemer. Nu in rechte ervan moet worden uitgegaan dat de meerderheid van de aandeelhouders vóór het ontslag van werknemer heeft gestemd, kleeft er naar het oordeel van de rechtbank ook in zoverre geen totstandkomingsgebrek aan het ontslagbesluit. Schorsing van een bestuurder is een ingrijpende en diffamerende maatregel en daaraan voorafgaand dient aan de betrokken bestuurder de gelegenheid te worden gegeven om zich tegen het voornemen tot schorsing te verdedigen, nu hij daarbij een redelijk belang heeft. Nu dat hier niet is gebeurd, is het schorsingsbesluit van de RvC niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand gekomen en kan het om die reden wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid worden aangetast. De rechtbank laat het bij deze vaststelling, nu de vernietiging van het schorsingsbesluit van de RvC niet is verzocht en naar het oordeel van de rechtbank ook los staat van de vraag of het nadien door de algemene vergadering van aandeelhouders genomen ontslagbesluit vernietigbaar is. Naar het oordeel van de rechtbank is niet gebleken dat werknemer in zijn verdediging is belemmerd doordat de RvC/de directie van werkgeefster niet is ingegaan op het verzoek van werknemer tot toezending van stukken. Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat geen wettelijke of statutaire regel ertoe verplicht dat de bestuurder bij de stemming door de aandeelhouders over zijn ontslag in de gelegenheid moet worden gesteld om ook dat gedeelte van de algemene vergadering bij te wonen. De rechtbank concludeert daarom dat de door werknemer aangedragen gronden voor vernietigbaarheid van het ontslagbesluit wegens strijdigheid met artikel 2:8 BW falen.

III. Het ontslag op staande voet van 27 december 2019

Gelet op de inhoud van de brief van de RvC van 17 december 2019 had het voor werknemer naar het oordeel van de rechtbank reeds redelijkerwijs duidelijk moeten zijn dat ter algemene vergadering zijn ontslag als bestuurder aan de orde zou komen, op grond van het op onrechtmatige wijze aan zichzelf toekennen en laten uitbetalen van tijd voor tijd-uren. De reden voor het ontslag was aldus ook voor werknemer voldoende kenbaar en is ook tijdig aan

hem medegedeeld. Een ontslag op staande voet als dit waarbij rekening is gehouden met de (minimale) oproepingstermijn voor de algemene vergadering is onverwijld gegeven. De rechtbank is ook van oordeel dat in het onderhavige geval sprake is van een dringende reden voor het verlenen van ontslag op staande voet. Naar het oordeel van de rechtbank is sprake van ernstig ongeoorloofd handelen van werknemer ten aanzien van de toekenning en uitbetaling van tijd voor tijd-uren, van welke ongeoorloofdheid hij zich zonder meer bewust moet zijn geweest, althans dat redelijkerwijs had moeten zijn. De rechtbank acht voorts van belang dat werknemer werkgeefster financieel heeft benadeeld door de onrechtmatige uitbetaling van tijd voor tijd-uren. Voorts acht de rechtbank bij het oordeel dat in dezen sprake is van een dringende reden redengevend dat werknemer als bestuurder van de onderneming een voorbeeldfunctie had en dat hij met het op ongeoorloofde wijze aan zichzelf toekennen en laten uitbetalen van tijd voor tijd-uren misbruik heeft gemaakt van de vrijheid die hij als bestuurder van de onderneming genoot. De persoonlijke omstandigheden wegen naar het oordeel van de rechtbank niet op tegen aard en ernst van het ongeoorloofde handelen van werknemer. Er is derhalve (objectief én subjectief) sprake van een dringende reden voor het geven van ontslag op staande voet. Aan werknemer komt geen transitievergoeding, gefixeerde schadevergoeding of billijke vergoeding toe.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 07-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:2048

Zaaknummer: C/18/197208 / HA RK 20-11

Rechters: M. Griffioen

Advocaten: E. Visser, D. Lacevic en D. Kuijken

Wetsartikelen: 7:677 BW, 2:8 BW, 843a Rv, 2:14 BW, 2:15 BW, 2:227 BW, 7:669 BW en 7:682 lid 3 sub a BW

RECHTSPRAAK

Werkgeefster/werknemer

Veroordeling tot betaling gefixeerde schadevergoeding en schadevergoeding onrechtmatige daad na ontslag statutair bestuurder. De bestuurder kende zichzelf jarenlang ongeoorloofd extra verlofuren toe.

Feiten

Werknemer is met ingang van 1 maart 2005 in dienst getreden van werkgeefster in de functie van commercieel directeur, op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van 12 maanden. Bij aandeelhoudersbesluit van 23 april 2005 is werknemer met ingang van 1 juli 2005 benoemd tot statutair directeur van werkgeefster. Met ingang van 1 maart 2006 is een nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen werkgeefster en werknemer gesloten. Naast werknemer is per 1 oktober 2018 een nieuwe directeur aangesteld, de heer F. F is in april 2019 ook tot statutair directeur van werkgeefster benoemd. F heeft op of omstreeks 2 december 2019 ontdekt dat werknemer zijn reisdagen in het weekend als tijd voor tijd-uren opschreef en werknemer om uitleg daarover gevraagd. Werknemer heeft daarop aangegeven dat dit al sinds 2011 het geval was en dat hij de betreffende uren opschreef als compensatie omdat hij deze uren niet bij zijn gezin kon doorbrengen. F heeft de kwestie van de uitbetaalde tijd voor tijd-uren van werknemer vervolgens bij A, lid van de RvC, gemeld. A is op 16 december 2019 ten kantore van werkgeefster langs gekomen en heeft werknemer een brief overhandigd met de mededeling dat aan de aandeelhouders gevraagd zal worden over te gaan tot ontslag op staande voet. Op 27 december 2019 heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van werkgeefster plaatsgevonden. De voorzitter van de RvC heeft toen mondeling aan werknemer en diens advocaat medegedeeld dat de AVA bij meerderheid van stemmen heeft besloten om over te gaan tot ontslag op staande voet. Partijen twisten over de vraag of werknemer een dringende reden heeft gegeven voor opzegging van de arbeidsovereenkomst en of werknemer onrechtmatig heeft gehandeld door extra bedragen aan zich te laten uitbetalen.

Oordeel

Ontvankelijkheid

Anders dan werknemer betoogt, is hij niet (al) op 16 december 2019 door werkgeefster op staande voet ontslagen, maar eerst op 27 december 2019 door een daartoe strekkend ontslagbesluit van de AVA van werkgeefster. Daartoe verwijst de rechtbank uitdrukkelijk naar hetgeen zij daaromtrent in de beschikking in de ontslagzaak tussen partijen (zie: OR 2020-0220) (hierna: 'de Beschikking') heeft overwogen. Het onderhavige verzoekschrift ex artikel 7:677 BW is op 27 februari 2020 en daarmee binnen de vervaltermijn ingediend.

Gefixeerde schadevergoeding

Uit de Beschikking volgt naar het oordeel van de rechtbank dat werknemer door zijn schuld aan werkgeefster een dringende reden heeft gegeven voor onverwijlde opzegging van de arbeidsovereenkomst. Werkgeefster heeft vanwege die dringende reden de arbeidsovereenkomst met werknemer met onmiddellijke ingang opgezegd. Een en ander brengt mee dat werknemer aan werkgeefster de in artikel 7:677 lid 2 BW bedoelde vergoeding verschuldigd is geworden. De rechtbank is van oordeel dat op grond van artikel 7:672 lid 4 BW van een opzegtermijn van één maand voor werknemer dient te worden uitgegaan, nu de in artikel 2 van de arbeidsovereenkomst opgenomen opzegtermijn van werknemer van drie maanden in strijd met artikel 7:672 lid 7 BW en daarmee niet rechtsgeldig is, omdat deze niet (ten minste) de helft van de opzegtermijn van werkgeefster bedraagt.

Schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad

De rechtbank is van oordeel dat artikel 7:661 BW in dit geval niet mede van toepassing is op de aansprakelijkheid van werknemer jegens werkgeefster uit hoofde van onrechtmatige daad. Daartoe is redengevend dat het aan zichzelf toekennen en laten uitbetalen van tijd voor tijd-uren door werknemer op geen enkele wijze te maken heeft met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst door werknemer als bestuurder. Sterker nog: in artikel 4 van de arbeidsovereenkomst is bepaald dat in het salaris de vergoeding voor overwerk is inbegrepen. Het handelen van werknemer diende naar het oordeel van de rechtbank ook niet het belang van werkgeefster, maar slechts het belang van werknemer zelf, die daarom jegens werkgeefster geen bescherming kan ontleen aan de hogere aansprakelijkheidsdrempel van opzet/bewuste roekeloosheid van artikel 7:661 BW. De rechtbank zal de aansprakelijkheid van werknemer jegens werkgeefster dus (slechts) toetsen aan artikel 6:162 BW. Uit de Beschikking volgt dat werknemer zich op ongeoorloofde wijze ten laste van werkgeefster voor een substantieel bedrag tijd voor tijd uren heeft toegekend en laten uitbetalen. Dit handelen van werknemer is naar het oordeel van de rechtbank in verregaande mate onzorgvuldig – en daarmee onrechtmatig – jegens werkgeefster. Voorts kan de onrechtmatige daad zonder meer

aan werknemer worden verweten, waarmee aan de toerekeningseis is voldaan. De als gevolg van het onrechtmatig handelen van werknemer door werkgeefster geleden schade moet daarom door werknemer worden vergoed. De rechtbank begroot de schade op € 32.242,56.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 07-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:2049

Zaaknummer: C/18/197491 / HA RK 20-16

Rechters: M. Griffioen

Advocaten: D. Lacevic, D. Kuijken en E. Visser

Wetsartikelen: 7:677 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Jabeli/Maxmart

Uitspraak van de OK waarin de uitkoopregeling van artikel 2:201a BW centraal staat. Een zoon wenst de laatste 5% van de aandelen in een supermarkt-bv die een Jumbo exploiteert van zijn vader over te nemen. De OK oordeelt dat de vordering tot overdracht van de aandelen deugdelijk is op grond van artikel 2:201a BW. Voor de vaststelling van de prijs per aandeel wordt een deskundige aangesteld die de prijs en peildatum dient vast te stellen.

Jabeli Supermarkt B.V. ('Jabeli Supermarkt') exploiteert een Jumbo Supermarkt. Haar bedrijfsruimte huurt zij van Jabeli Vastgoed B.V. ('Jabeli Vastgoed'), die daarvan eigenaar is. De heer A ('de Zoon') is enig aandeelhouder en enig bestuurder van Maxmart B.V. ('Maxmart'). De heer B ('de Vader') is middellijk enig aandeelhouder en middellijk enig bestuurder van Jabeli Vastgoed.

Het geplaatste kapitaal van Jabeli Supermarkt bestaat uit 40 aandelen, waarvan er in januari 2014 38 worden overgedragen van Jabeli Vastgoed – tot dat moment enig aandeelhouder van Jabeli Supermarkt – aan Maxmart. De reden dat Jabeli vastgoed toen nog 5% van de aandelen behield, is volgens Maxmart gelegen in de mogelijkheid om nadien op fiscaal gunstige wijze Jabeli Vastgoed en/of het in die vennootschap ondergebrachte registergoed over te dragen aan Maxmart of aan de Zoon. Verslechterde omstandigheden tussen de Zoon en de Vader staan hier echter nadien aan in de weg.

Maxmart vordert in januari 2019 van Jabeli Vastgoed om:

- (i) haar onbezwaarde recht op de aandelen in Jabeli Supermarkt over te dragen aan Maxmart;
- (ii) de prijs vast te stellen op € 112.105,26 per aandeel (peildatum 2 januari 2014) of een door de OK vast te stellen prijs per aandeel per nader vast te stellen peildatum;
- (iii) een vastgestelde prijs te betalen tegen levering van het onbezwaarde recht op de aandelen; en

(iv) te bepalen dat de uitkeringen die tussen de peildatum en de overdrachtsdatum betaalbaar zijn gesteld, vermeerderd met de daarover in die periode opgebouwde wettelijke rente, strekken tot (gedeeltelijke) betaling van de prijs van de aandelen per overdrachtsdatum.

Jabeli Vastgoed heeft geconcludeerd tot:

referte wat betreft de vorderingen onder (i) en (iv);
afwijzing van de vordering onder (ii) tot vaststelling van de prijs per aandeel op € 112.105,26;
en
toewijzing van de vordering onder (iii).

Volgens de OK is de vordering tot overdracht van de aandelen van Maxmart op grond van artikel 2:201a BW deugdelijk en wordt deze toegewezen. Volgens de OK resteert slechts nog de vaststelling van de door Maxmart te betalen prijs voor de over te dragen aandelen.

Jabeli Vastgoed stelt dat de prijs dient te worden vastgesteld op de huidige waarde van de aandelen, met als peildatum een datum gelegen dicht bij de overdracht van de aandelen. Voorts acht zij de benoeming van drie deskundigen gewenst.

De OK overweegt dat als uitgangspunt in een uitkoopprocedure geldt dat zij de prijs van de aandelen vaststelt op de waarde die de aandelen op een gegeven peildatum hebben in het economisch verkeer. Overeenkomstig de vaste jurisprudentie van de OK inzake gevallen waarin aan de uitkoopprocedure geen openbaar bod is voorafgegaan, zal de OK de peildatum vaststellen op de datum van het onderhavige tussenarrest. Daarin constateert de OK dat leden 1 en 4 van artikel 2:201a BW de toewijzing van de vordering niet beletten en dat de vordering daarom in beginsel kan worden toegewezen. De OK ziet geen aanleiding om hiervan af te wijken.

Op basis van de thans overgelegde stukken acht de OK zich naar eigen zeggen niet voldoende voorgelicht om de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen. Gelet hierop gelast de OK een deskundigenonderzoek. Naar het oordeel van de OK kan met de benoeming van één deskundige worden volstaan. De OK houdt elke verdere beslissing aan.

K. Becker, juni 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3080

Zaaknummer: 200.253.346/01

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, C.C. Meijer, E. Eeftink en W. Wind

Advocaten: E.H. Steentjes en F.J.M. Kobossen

Wetsartikelen: 2:201a BW