

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 11, 2020

Nummer 11, 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:2020:1078](#) 19-06-2020

Stichting derdengelden niet aansprakelijk, advocaat wel.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1043](#) 12-06-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens niet incasseren aanzienlijke vordering op zichzelf

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1440](#) 02-06-2020

Willems Recycling Holding/Bestuurder N.B.B. Marketing

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1596](#) 19-05-2020

Beroep minderheidsaandeelhouder op afgifte stukken vennootschap

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1226](#) 13-05-2020

YIB Beheer/Buro ZP

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1372](#) 21-04-2020

BV/ex-echtgenoten

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:842](#) 13-03-2020

Verzoek tot aanpassing voorzieningen

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:4451](#) 17-06-2020

Bolle c.s./H'lem Bouw c.s.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:5338](#) 16-06-2020

Bevoegdheid failliete aandeelhouder aanvragen faillissement bij bestuur

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:2934](#) 12-06-2020

Aanvechting besluiten AVA Dia Care 4U

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:2891](#) 10-06-2020

Ruziënde bestuurders Haga Lyceum Amsterdam

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:1972](#) 09-06-2020

Geen bestuurdersaansprakelijkheid na ontbinding vennootschap

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:2051](#) 03-06-2020

X/Coöperatie Noorderlandmelk

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:2705](#) 27-05-2020

Vereffenaar nalatenschap/erfgenamen en curator

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:2627](#) 19-05-2020

Avantes

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:1896](#) 13-05-2020

BHB/De Knobben c.s.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:4239](#) 12-05-2020

Oud-werknemer/EU Trade Fair

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:3626](#) 07-05-2020

Heropening vereffening TME Vastgoed

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:2441](#) 06-05-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid na turboliquidatie

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:3368](#) 29-04-2020

Bouwbedrijf X/Commissaris

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:2403](#) 25-03-2020

Radboud c.s./AcuBlue en Secmatix

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2019:5833](#) 01-07-2019

Rodopi/Jetten Vastgoed c.s.

Annotatie

[Turboliquidatie van de BV en doorstart van onderneming](#)

H. Beni Driss

Annotatie

[Kerkgenootschappen en hun religieuze functionarissen in het recht. Beschouwingen naar aanleiding van HR 4 oktober 2019 \(NGK/Gort\)](#)

P.T. Pel

RECHTSPRAAK

Ruziënde bestuurders Haga Lyceum Amsterdam

Kort geding. Onrust binnen het bestuur van het Cornelis Haga Lyceum Amsterdam. De bestuursleden hebben elkaar over en weer bestookt met besluiten tot schorsing en/of ontslag. De voorzieningenrechter oordeelt dat de school door de conflicten onbestuurbaar is geworden, en dat twee van de drie bestuursleden dientengevolge een stap terug moeten doen totdat een uitspraak in de bodemprocedure wordt gedaan. Voor zover in kort geding kan worden beoordeeld, heeft de voorzitter van het bestuur rechtsgeldig kunnen overgaan tot het schorsingsbesluit respectievelijk ontslagbesluit van de overige bestuursleden, te weten de directeur-bestuurder en de secretaris.

De Stichting Islamitisch Onderwijs Nederland ('SIO') bestuurt een school voor voortgezet onderwijs op islamitische grondslag. Het bestuur bestaat uit een algemeen bestuur en een directeur-bestuurder. Eiser 2 ('de Secretaris') en X ('de Voorzitter') vormen het algemeen bestuur, terwijl Eiser 1 is aangesteld als directeur-bestuurder ('de Directeur-bestuurder'). Na een klacht van een docent over de Directeur-bestuurder, onder meer in verband met berispingen die deze docent kreeg van de Directeur-bestuurder, is een conflict over de afhandeling van de klacht ontstaan tussen de Directeur-bestuurder en de Voorzitter. Nadat de Secretaris de Voorzitter heeft verweten zonder overleg te hebben gehandeld, is er ook tussen hen een conflict ontstaan. Partijen hebben elkaar vervolgens over en weer opgeroepen voor bestuursvergaderingen, waar de schorsing van de andere partij(en) aan de orde zou moeten komen. Voorts heeft men over en weer besloten elkaar te schorsen respectievelijk te ontslaan als bestuurder.

De voorzieningenrechter overweegt dat de school onbestuurbaar is geworden, doordat elk van de partijen zich op het standpunt stelt op dit moment de enige bevoegde bestuurder te zijn. Totdat in de bodemprocedure(s) zal zijn beslist over de rechtmatigheid van de schorsingen en ontslagen, zullen de Directeur-bestuurder en de Secretaris moeten terugtreden. Het belangrijkste argument daarvoor is dat het algemeen bestuur volgens de statuten het hoogste

orgaan is, dat zijn eigen leden en de Directeur-bestuurder benoemt. Bij stemmingen over personen heeft de Voorzitter een doorslaggevende stem. Het past dan ook niet dat de Directeur-bestuurder een (beslissende) stem zou hebben in de schorsing of het ontslag van de Voorzitter. Bovendien vermelden de statuten dat het in beginsel de Voorzitter is die oproepen tot een vergadering doet uitgaan. Pas indien de Voorzitter geen gevolg geeft aan een verzoek daartoe door de andere bestuursleden, zijn die bestuursleden zelf bevoegd om een vergadering bijeen te roepen. De Voorzitter was aldus bevoegd om de vergadering bijeen te roepen waarbij het voornemen tot schorsing van de Directeur-bestuurder was geagendeerd. Ook was de Voorzitter bevoegd een oproep te doen uitgaan voor een bestuursvergadering omtrent het ontslag van de Secretaris. De Directeur-bestuurder was toen reeds geschorst en de aanwezigheid van de Secretaris was daarbij niet nodig ingevolge de statuten.

Tegen deze achtergrond oordeelt de voorzieningenrechter dat het de Secretaris en de Directeur-bestuurder zijn die tijdelijk zullen moeten terugtreden. In een bodemprocedure zal vervolgens moeten worden onderzocht of de Secretaris heeft deelgenomen aan de beraadslaging omtrent de schorsing van de Directeur-bestuurder en moet de rechtsgeldigheid van het besluit tot schorsing van de Secretaris getoetst worden. Het verweer van de Secretaris en de Directeur-bestuurder dat de besluiten niet zijn genomen met een vereiste drie/vierde meerderheid, wordt door de voorzieningenrechter terzijde gesteld, nu de hoofdregel is dat besluiten worden genomen met een gewone meerderheid van stemmen en de betreffende bepaling in de statuten geen ander quorum voorschrijft.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het er in dit kort geding op het eerste gezicht op lijkt dat de besluiten tot schorsing en ontslag rechtsgeldig zijn genomen en dat de Secretaris en de Directeur-bestuurder hadden kunnen volstaan met het aanvechten van die besluiten bij de rechter. Voorlopig komt het bestuur dan ook in handen van de Voorzitter. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van de Secretaris en de Directeur-bestuurder af en de vorderingen van de SIO toe.

T.M. Goudzwaard, juli 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:2891

Zaaknummer: C/13/684624 / KG ZA 20-479 AB/JE

Rechters: A.J. Beukenhorst

Advocaten: W.J. Tielemans, M.N. Stoop en S.L.D. van den Brink

Wetsartikelen: 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Aanvechting besluiten AVA Dia Care 4U

Kort geding. De voorzieningenrechter schorst de besluiten die zijn genomen door de AVA totdat over de rechtsgeldigheid/het bestaan van de besluiten in een bodemprocedure is beslist.

In 2016 is door Eiseres en A een vennootschap genaamd Dia Care 4U B.V. ('Dia Care 4U') opgericht, met als doel het opzetten van een zorgresort in Suriname. Eiseres is bij de oprichting benoemd tot statutair bestuurder en heeft 1% van de aandelen verkregen. De dochter van A verkreeg 99% van de aandelen.

Eiseres vordert schorsing van de besluiten van de AVA van Dia Care 4U van 26 april 2016, 5 oktober 2018, 23 mei 2019 en 21 augustus 2019, totdat over de rechtsgeldigheid van deze besluiten in een bodemprocedure is beslist. Het betreft de volgende besluiten:

besluit op 26 april 2016 tot benoeming van A tot commissaris van Dia Care 4U;
besluit van 5 oktober 2018 tot benoeming van A tot bestuurder van Dia Care 4U en tot ontslag van Eiseres als bestuurder van Dia Care 4U;
besluit van 23 mei 2019 tot benoeming van C en A tot bestuurders van Dia Care 4U; en
besluit van 21 augustus 2019 tot benoeming van de dochter van A tot commissaris van Dia Care 4U en tot ontslag van Eiseres als bestuurder van Dia Care 4U.

Eiseres brengt notulen in het geding waaruit zou blijken dat de AVA de besluiten met onmiddellijke ingang zou hebben genomen. Deze notulen worden in het geding betwist.

In de statuten van Dia Care 4U is bepaald dat algemene vergaderingen worden gehouden zo dikwijls een bestuurder of commissaris dit nodig acht. Voorts is bepaald dat indien de door de wet of statuten gegeven voorschriften voor het oproepen en agenderen van vergaderingen en het ter inzage leggen van de te behandelen onderwerpen niet in acht zijn genomen, desondanks rechtsgeldige besluiten kunnen worden genomen mits alle vergadergerechtigden er schriftelijk mee hebben ingestemd dat de besluitvorming over die onderwerpen plaatsvindt en de bestuurders en de commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming in de

gelegenheid zijn gesteld om advies uit te brengen.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het niet voldoende aannemelijk is dat op 26 april 2016 een AVA is gehouden waarbij rechtsgeldige besluiten zijn genomen. Dit betekent dat voorshands wordt geoordeeld dat A nimmer tot commissaris van Dia Care 4U is benoemd. Dat brengt met zich dat A niet bevoegd was de AVA's bijeen te roepen op grond van de statuten van Dia Care 4U en artikel 2:109 BW. De vermeend genomen besluiten na 26 april 2016 zijn dus genomen in 'vergaderingen' die zijn bijeengeroepen door A als commissaris en kunnen dus niet kwalificeren als AVA's.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het spoedeisend belang van Eiseres voortvloeit uit de aard van haar vorderingen. Eiseres heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat A nooit (rechtsgeldig) tot commissaris is benoemd en overweegt daartoe de besluiten te schorsen, totdat over de rechtsgeldigheid/het bestaan van de besluiten in een bodemprocedure is beslist. Dia Care 4U wordt veroordeeld in de kosten van het geding.

K. Becker, juli 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 12-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:2934

Zaaknummer: C13/682669 / KG ZA 20-357

Rechters: Dudok van Heel, R.A. R.A. Dudok van Heel

Advocaten: I. Rhodes en R. Teitler

Wetsartikelen: 2:109 BW

RECHTSPRAAK

Oud-werknemer/EU Trade Fair

Een vennootschap is ontbonden na turboliquidatie. De kantonrechter oordeelt dat de vennootschap niettemin in rechte kan worden betrokken door de oud-werknemer. Diens beroep op derdenwerking die van het handelsregister uitgaat, wordt toegewezen.

Verzoeker heeft als chauffeur van EU Trade Fair B.V. ('EU Trade Fair') gewerkt, maar is ontslagen ('de Oud-werknemer'). In november 2019 heeft de Oud-werknemer een verzoekschrift ingediend om van EU Trade Fair een billijke vergoeding en transitievergoeding te verkrijgen, na zijn ontslag door de vennootschap. EU Trade Fair is niet in de procedure verschenen. Volgens de kantonrechter is EU Trade Fair wel deugdelijk opgeroepen.

Uit het door de Oud-werknemer overgelegde KvK-uittreksel blijkt dat EU Trade Fair zich op 24 januari 2020 heeft uitgeschreven en dat op die datum ook is geregistreerd dat EU Trade Fair per 1 november 2019 is opgeheven. Als reden voor het uitschrijven is vermeld dat geen bekende baten meer aanwezig zijn (turboliquidatie). Op grond van artikel 2:19 lid 4 BW geldt dat indien een rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft, hij ophoudt te bestaan. Op grond van artikel 2:19 lid 5 BW blijft de rechtspersoon echter na zijn ontbinding voortbestaan, voor zover dit voor de vereffening van zijn vermogen nodig is. De kantonrechter overweegt dat het enkele feit dat de vennootschap is ontbonden daarom niet betekent dat zij niet meer in rechte kan worden betrokken. De Oud-werknemer heeft aangevoerd dat hij zijn verzoek al heeft ingediend, ruim voordat de registratie in het handelsregister heeft plaatsgevonden. Volgens de kantonrechter doet de Oud-werknemer daarmee een terecht beroep op de derdenwerking die van het handelsregister uitgaat. De Oud-werknemer kon ten tijde van het indienen van het verzoekschrift niet weten (en wist ook niet) dat de vennootschap niet meer bestond. Het met terugwerkende kracht inschrijven van een opheffing betekent niet dat de vennootschap niet op juiste wijze is opgeroepen, dan wel dat de vennootschap (of haar vereffenaar) geen verweer had kunnen voeren. De kantonrechter veroordeelt EU Trade Fair onder meer tot betaling van een billijke vergoeding, een transitievergoeding en de proceskosten aan de Oud-werknemer.

M.F. van Schendel, juni 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 12-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:4239

Zaaknummer: 8198401 RP VERZ 19-50698

Rechters: L.C. van Heuveling Beek

Advocaten: R.M. Noorlander

Wetsartikelen: 7:671 BW, 7:672 BW, 7:681 BW en 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid na turboliquidatie

De voormalig bestuurder van een door turboliquidatie ontbonden vennootschap heeft onrechtmatig gehandeld jegens een schuldeiser, vanwege het besluit tot turboliquidatie terwijl er nog de vennootschap toekomstige baten aanwezig waren.

Eiseres heeft accountants- en advieswerkzaamheden verricht voor een bv ('de BV') waarvan gedaagde bestuurder was. Op 25 mei 2018 besloot gedaagde de BV te ontbinden omdat er geen bekende baten meer aanwezig zouden zijn. Eiseres had ingevolge een vonnis van 21 februari 2018 een vordering van € 6.380,55 op de BV. Op 7 september 2018 maande eiseres de BV nog vergeefs aan tot voldoening hiervan.

In deze zaak vordert eiseres gedaagde (die overigens procedeert in persoon) te veroordelen tot betaling van voornoemd bedrag. Eiseres voert in dit verband aan dat vermoedelijk ten tijde van de ontbinding, die geschiedde middels een turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW, nog aan de BV toekomstige baten bestonden die in het zicht van de ontbinding zijn weggesluisd, althans dat sprake is geweest van selectieve betaling. Hierdoor zou gedaagde als (voormalig) bestuurder van de BV aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad. Gedaagde stelt hiertegenover dat geen baten aanwezig waren ten tijde van de ontbinding en dat de BV een negatief eigen vermogen had.

Wat betreft de juridische beoordeling stelt de kantonrechter voorop dat het bestuur, wanneer het kiest voor turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW, de belangen van de schuldeisers van de vennootschap dient te respecteren. De kantonrechter neemt dan ook als uitgangspunt dat het bestuur dient af te zien van turboliquidatie, indien op het moment van het ontbindingsbesluit sprake is van baten van de vennootschap en bovendien, door toch te liquideren zonder vereffening, aannemelijk is dat de schuldeisers van de vennootschap hierdoor zijn benadeeld.

Met verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad overweegt de kantonrechter voorts dat het begrip baten in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW ruim dient te worden uitgelegd, zodat ook potentiële baten, en niet alleen reeds bestaande, daaronder vallen. Voorts hoeft slechts summierlijk te blijken van feiten en omstandigheden die het bestaan van een bate

aannemelijk maken.

De kantonrechter overweegt dat voldoende aannemelijk is dat er baten waren op het moment van ontbinding. Zo was op 31 december 2017 nog sprake van een substantieel eigen vermogen. Verder was de BV eigenaar van een onbelast bedrijfspand dat, mogelijk met het oog op de ontbinding, was getaxeerd op een aanmerkelijk hoger bedrag dan waarvoor het was opgenomen in de balans. Tot slot heeft gedaagde onvoldoende helderheid verschaft ten aanzien van opvallend hoge managementvergoedingen.

De kantonrechter concludeert dat gedaagde de vereffening na de ontbinding van de BV achterwege heeft gelaten, terwijl op dat moment nog sprake was van (te verwachten) baten, waarvoor haar een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en waardoor zij onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiseres. De kantonrechter veroordeelt gedaagde tot betaling van het gevorderde bedrag van € 6.380,55, te vermeerderen met wettelijke rente.

J. Tromp, juni 2020

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 06-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:2441

Zaaknummer: 7903700 CV EXPL 3395

Rechters: M.C.J. Heessels

Advocaten: C.D.R. Schoonderbeek

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

RECHTSPRAAK

Radboud c.s./AcuBlue en Secmatix

Aandeelhouders doen in kort geding een beroep op de exit-regeling uit de aandeelhoudersovereenkomst en vorderen veroordeling van de andere aandeelhouder tot levering van de aandelen. De andere aandeelhouder stelt dat een vaststellingsovereenkomst is gesloten tussen de partijen en dat de exit-regeling om die reden niet geldt. De voorzieningenrechter oordeelt dat hiervan geen sprake is en wijst de vordering toe.

UMC ST. Radboud Holding B.V. en Radboud University Participations B.V. (gezamenlijk 'Radboud c.s.') vorderen levering van de aandelen van AcuBlue AG ('AcuBlue') in het kapitaal van Secmatix B.V. ('Secmatix') op grond van de in artikel 8 van de aandeelhoudersovereenkomst ('AOV') neergelegde exit-regeling. Radboud c.s. hebben reeds een bod uitgebracht op de aandelen, maar AcuBlue en Secmatix zijn daarop niet ingegaan. Zij stellen dat tijdens een tussen partijen gevoerde mediationbijeenkomst een vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen, op grond waarvan Radboud c.s. een aanzienlijk hoger bedrag voor de aandelen zouden betalen. De vaststellingsovereenkomst zou daarbij in de weg staan aan een beroep op de exit-regeling. AcuBlue en Secmatix stellen zich bovendien op het standpunt dat de situatie zoals omschreven in de exit-regeling zich niet voordoet.

De voorzieningenrechter is allereerst van oordeel dat tijdens de mediationbijeenkomst op diverse punten een principeovereenstemming was bereikt, maar dat nadere uitwerking vereist was om tot een definitieve overeenkomst te komen. Daarbij heeft geen van de partijen nadien nog naar de bereikte principeovereenstemming verwezen. Op aanwijzing van de Rechtbank 's-Hertogenbosch zijn partijen bovendien opnieuw in gesprek gegaan, waarbij ook andere oplossingsrichtingen zijn besproken. De principeovereenstemming kwam pas opnieuw ter sprake nadat Radboud c.s. een bod op de aandelen hebben gedaan. De voorzieningenrechter concludeert dat partijen kennelijk over en weer ervan uitgingen dat de bereikte principeovereenstemming hen, na het mislukken van de uitwerking daarvan in een

vaststellingsovereenkomst, niet meer bond en dat niet aannemelijk is gemaakt dat tussen partijen een afdwingbare vaststellingsovereenkomst is gesloten.

De exit-regeling in artikel 8.5 van de AOV bepaalt dat iedere aandeelhouder het recht heeft een bod uit te brengen op alle door de andere aandeelhouder gehouden aandelen, indien een onoverbrugbaar en structureel verschil van inzicht over de bedrijfsvoering, financiering of activiteiten van Secmatix bestaat. De voorzieningenrechter oordeelt dat, gezien de problematische samenwerking en de vele gerechtelijke procedures tussen partijen, geen twijfel bestaat dat sprake is van een situatie als in artikel 8.5 van de AOV. Omdat AcuBlue niet binnen dertig dagen is ingegaan op het bod van Radboud c.s., is het bepaalde in artikel 8.8 van de AOV gaan gelden, waardoor het recht van Radboud c.s. tot koop van de aandelen is komen te vervallen en een plicht tot verkoop en levering van de aandelen van AcuBlue aan Radboud c.s. is ontstaan. AcuBlue heeft verder niet gemotiveerd weersproken dat de aangeboden prijs voor de aandelen redelijk is. De voorzieningenrechter wijst daarmee de vordering van Radboud c.s. toe en veroordeelt AcuBlue tot levering van alle aandelen die zij houdt in Secmatix tegen betaling van de aangeboden koopprijs.

J. Wareman, juni 2020

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 25-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:2403

Zaaknummer: C/05/363446 / KG ZA 19-514

Rechters: R.J.B. Boonekamp

Advocaten: T.S. Jansen, A.S. van der Heide, K. Rutten, C.M. Tjoa en R. van der Jagt

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Avantes

Bestuurder wordt door de AV ontslagen en betwist daarna zowel zijn benoemings- als ontslagbesluit. Beide vorderingen worden afgewezen. Het benoemingsbesluit is geldig tot stand gekomen, omdat de wet noch de statuten vormvereisten kennen waaraan een dergelijk besluit moet voldoen. Uit het benoemingsbesluit blijkt dat weliswaar een foute aanhef voor het document is gebruikt, waardoor het op het eerste gezicht lijkt alsof het slechts een benoeming bij de holdingmaatschappij betreft en niet tevens bij de werkmaatschappij, maar dit is te wijten aan het gebruik van een standaardmodel. Uit de overige bewijsvoering blijkt dat wel degelijk een benoeming bij beide bv's is beoogd, en blijkt tevens dat eiser deze benoemingen nadrukkelijk heeft aanvaard. Wat betreft het ontslagbesluit oordeelt de rechtbank dat bij toetsing van de geldigheid van het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit er geen ruimte is voor toetsing van de redelijkheid van de arbeidsrechtelijke ontslaggrond. Deze laatste toetsing kan zich vertalen in een billijke vergoeding, maar leidt niet tot vernietiging van het ontslagbesluit.

Eiser treedt in 2012 in dienst bij Avantes BV ('Avantes'), een vennootschap waarvan alle aandelen worden gehouden door Avantes Holding BV ('Avantes Holding'). Er wordt een 'Avantes Shareholders Meeting' belegd waarin eiser wordt benoemd als 'General Manager of Avantes Holding BV (and Avantes BV)'. Bovenaan de notulen van de algemene vergadering staat 'minutes of shareholders meeting of Avantes Holding BV'. Na de vergadering volgt een nieuwsbrief waarin staat dat eiser is 'toegetreten tot de directie' en waarin eiser zichzelf voorstelt als 'algemeen directeur'.

Op een gegeven moment ontstaat wrijving tussen eiser en de rest van de organisatie. Er wordt

een uitnodiging gestuurd voor het beleggen van een algemene vergadering van Avantes Holding en Avantes, waarin wordt voorgesteld om eiser als bestuurder van beide vennootschappen te ontslaan. Dit voorstel wordt aangenomen.

Eiser verzoekt de rechtbank bij wijze van voorlopige voorziening tot, kort gezegd, doorbetaling van zijn loon en voert daarbij aan dat hij alleen bestuurder is geweest van Avantes Holding en niet van Avantes, omdat een geldig benoemingsbesluit voor die laatste ontbreekt. Om die reden kan hij niet geldig zijn ontslagen. Voor zover hij wel rechtsgeldig tot bestuurder was benoemd, meent hij dat zijn ontslagbesluit strijdig is met artikel 2:8 BW, omdat bepaalde arbeidsrechtelijke regels zijn overtreden.

De rechtbank stelt voorop dat noch artikel 2:242 BW, noch de statuten van Avantes, vormvereisten kennen waaraan een benoemingsbesluit moet voldoen. Eiser heeft niet weersproken dat het binnen Avantes gebruikelijk was om gecombineerde algemene vergaderingen te houden. Bovendien waren de bestuurders van Avantes Holding ook uitgenodigd op de algemene vergadering en mochten zij meestemmen, hetgeen niet te verklaren is indien slechts een algemene vergadering van Avantes Holding zou zijn gehouden en niet ook van Avantes. Bovendien blijkt uit de notulen dat ook onderwerpen werden besproken die Avantes aangingen. Zo staat er immers duidelijk dat eiser wordt benoemd als bestuurder van '*Avantes Holding (and Avantes BV)*'. Weliswaar staat bovenaan de statuten dat het de notulen van Avantes Holding betrof, maar dit is volgens de rechtbank te verklaren doordat van een standaardmodel gebruik is gemaakt.

Voorts meent de rechtbank dat eiser zijn benoeming als bestuurder bij Avantes nadrukkelijk heeft aanvaard. Zo heeft hij zelf de notulen opgesteld en ondertekend, heeft hij meegewerkt aan zijn registratie als bestuurder bij de KvK, heeft hij zichzelf in de nieuwsbrief van Avantes voorgesteld als algemeen directeur en heeft hij Avantes meerdere malen zelfstandig vertegenwoordigd. Gelet op al deze redenen oordeelt de rechtbank dat hij rechtsgeldig als bestuurder bij Avantes is benoemd.

Voorts wordt de stelling van eiser dat het ontslagbesluit dient te worden vernietigd omdat bepaalde arbeidsrechtelijke regels zouden zijn overtreden, eveneens door de rechtbank afgewezen. Bij toetsing van de geldigheid van het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit is geen ruimte voor toetsing van de redelijkheid van de arbeidsrechtelijke ontslaggrond. Deze laatste toetsing kan zich vertalen in een billijke vergoeding, maar leidt niet tot vernietiging van het ontslagbesluit. Zie in dit verband AR 2020-0607.

Stijn Haanschoten, juli 2020

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 19-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:2627

Zaaknummer: 365900

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: M. van Gastel en F.J. van Wijk

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:14 BW, 2:15 BW, 2:242 BW en 2:244 BW

RECHTSPRAAK

Bouwbedrijf X/Commissaris

Schadestaatprocedure: vordering tot vergoeding van de schade die het gevolg is van de aansprakelijkheid van een commissaris, wegens het aannemen van steekpenningen. Enkel het bedrag van de steekpenningen staat in een CSQN-verband met de onbehoorlijke taakvervulling en het onrechtmatig handelen van de commissaris en wordt toegewezen als schade.

Eisers zijn drie vennootschappen uit een groepsmaatschappij van een familiebedrijf dat zich richt op projectontwikkeling van vastgoed. Eiser 1 is de groepsholding en enig aandeelhouder van werkmaatschappijen (eiser 2 en eiser 3). Gedaagde was tussen 2001 en 2010 commissaris van eiser 1.

Bij vonnis van 10 september 2014 heeft de Rechtbank Noord-Holland voor recht verklaard dat gedaagde zijn taak als commissaris onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:9 jo. 2:259 BW, en gedaagde veroordeeld tot vergoeding van de door eisers geleden schade, nader op te maken bij staat. Het Hof Amsterdam heeft dit vonnis bij arrest van 27 maart 2018 bekrachtigd.

Eisers vorderen dat de rechtbank gedaagde (i) met betrekking tot een bouwproject in [plaats A] ('project A') veroordeelt tot betaling van € 2.999.841,67 en (ii) met betrekking tot een bouwproject in [plaats B] ('project B') veroordeelt tot betaling van € 5.008.946. Aan hun vorderingen leggen eisers ten grondslag dat gedaagde van [C] steekpenningen heeft ontvangen in zijn rol bij het aangaan van en starten door eisers van project A en B. Zonder het handelen van gedaagde zouden eisers nooit met [C] in zee zijn gegaan en was de gevorderde schade niet ontstaan. Met betrekking tot project A bestaat de gevorderde schade onder meer uit een volgens eisers onverplicht betaald voorschot van € 3.000.000 en de gevorderde schade voor project B bestaat uit de koopprijs voor de percelen grond en de inbreng in een ontwikkelingscombinatie.

De rechtbank oordeelt dat voor toewijzing van de vorderingen van eisers een causaal verband is vereist tussen de onbehoorlijke taakvervulling en het onrechtmatig handelen van gedaagde

en de gestelde schade van eisers. In dat kader dient een vermogensvergelijking te worden gemaakt tussen de werkelijke toestand en de toestand als het handelen van gedaagde wordt weggedacht.

Eisers betogen dat zij niet zou hebben geparticipeerd in project A en project B indien het handelen van gedaagde wordt weggedacht. Beide projecten zijn volgens eisers tot stand gekomen op initiatief van en door actieve bemoeienis door gedaagde. Daarnaast zijn de daarmee verband houdende koopovereenkomsten gesloten tegen onzakelijke voorwaarden, heeft gedaagde een rol gespeeld bij de aanlevering van onjuiste informatie over percelen en heeft gedaagde eisers ertoe bewogen het eerder genoemde voorschot van € 3.000.000 te betalen, hoewel daartoe geen verplichting bestond. Gedaagde voert hiertegen aan dat beide projecten op de gebruikelijke wijze en degelijk zijn voorbereid, door zowel het bestuur, de RvC als de enig aandeelhouder van eiser 1 zijn goedgekeurd en dat gedaagde als commissaris slechts een toezichthoudende rol had. Daarnaast zouden de gestelde verliezen het gevolg zijn van de vastgoedcrisis die zich sinds 2008 heeft voorgedaan.

De rechtbank komt tot het oordeel dat, indien de onbehoorlijke taakvervulling en het onrechtmatig handelen van gedaagde (inhoudende dat gedaagde steekpenningen van [C] heeft aangenomen en zich in een positie heeft gebracht waarin hij niet langer onafhankelijk zijn controlerende en adviserende taken als commissaris kon vervullen) worden weggedacht, eisers ook zouden hebben geparticipeerd in project A en project B. Hierdoor ontbreekt het vereiste causaal verband en kunnen de verliezen van eisers in verband met die projecten niet integraal worden aangemerkt als schade die het gevolg is van de onbehoorlijke taakvervulling en het onrechtmatige handelen van gedaagde.

Met betrekking tot het betaalde voorschot van € 3.000.000 oordeelt de rechtbank dat eisers de stellingen van gedaagde dat als de gedragingen van gedaagde worden weggedacht, deze betaling ook zou zijn gedaan omdat het voorschot in de plaats komt van een onder een koopovereenkomst verplichte bankgarantie, onvoldoende hebben weersproken. De rechtbank vervolgt dat vast is komen te staan dat een deel van het voorschot is gebruikt voor het betalen van de steekpenningen aan gedaagde. Daarmee is volgens de rechtbank ook vast komen te staan dat het voorschot van € 500.000 (het bedrag aan steekpenningen) lager zou zijn indien het aannemen van steekpenningen door gedaagde wordt weggedacht.

De rechtbank veroordeelt gedaagde om een bedrag van € 500.000 aan eiser 2 te betalen.

J.J. Trommel, juli 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 29-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:3368

Zaaknummer: C/15/283782 / HA ZA 19-59

Rechters: A.K. Korteweg, P.M. Wamsteker en M. Wouters

Advocaten: Y. Borrius en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 613 Rv

RECHTSPRAAK

Heropening vereffening TME Vastgoed

De voormalige aandeelhoudster verzoekt de rechtbank de vereffening van een vennootschap te heropenen vanwege een bate uit een vordering uit hoofde van een leningsovereenkomst. De rechtbank wijst het verzoek toe en benoemt de voormalig indirect aandeelhouders tot vereffenaars.

TME Vastgoed B.V. ('TME') is opgehouden te bestaan omdat geen bekende baten meer aanwezig waren. Nu blijkt er alsnog een bate te bestaan. De voormalig enig aandeelhoudster van TME, Tromp Medical Engineering B.V. ('Tromp'), verzoekt de rechtbank daarom de vereffening van TME te heropenen.

De bate is een vordering die voortvloeit uit het verstrekken van een hypothecaire geldlening door TME aan twee personen. Tromp wenst heropening van de vereffening ter uitvoering van een van de volgende opties: (i) overdracht van de vordering, (ii) levering van alle geplaatste en uitstaande aandelen in het kapitaal van TME en/of (iii) vereffening van alle overige baten en schulden van TME die eventueel nog aanwezig blijken te zijn.

De rechtbank overweegt dat Tromp voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van een noodzaak tot heropening van de vereffening en een noodzaak tot het benoemen van een vereffenaar. De voormalig indirect bestuurders hebben ingestemd met het verzoek tot heropening van de vereffening. De rechtbank heropent de vereffening en benoemt de voormalig indirect aandeelhouders van TME tot vereffenaars.

J.M. Schepel, juli 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 07-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:3626

Zaaknummer: C/15/300741 / HA RK 20-55

Rechters: A.E. Merkus

Advocaten: C.J. Jager

Wetsartikelen: 2:23c BW

RECHTSPRAAK

BHB/De Knobben c.s.

Na een bedrijfsovername vordert de koper van de aandelen een gedeelte van de overnamesom terug van de verkoper op grond van de onverschuldigde betaling. De rechtbank past het Haviltex-criterium toe en komt tot de conclusie dat een rechtsgrond voor betaling bestond. De rechtbank wijst de vordering af.

De Knobben B.V. ('De Knobben') en J.H.V. Beheer (gezamenlijk: 'De Knobben c.s.') als verkopers enerzijds en BHB Beheer B.V. ('BHB') als koper anderzijds, sluiten een koopovereenkomst ('de koopovereenkomst') voor de aandelen in het geplaatste kapitaal van J.H.V. Auto Groep B.V. ('Autogroep'). In de koopovereenkomst komen partijen naast betaling van een koopsom van € 970.000 overeen dat BHB de schulden van Autogroep zal herfinancieren, waaronder een rekeningcourantfaciliteit van ABN AMRO van maximaal € 1 miljoen, waarvan – op dat moment – € 451.000 openstaat. De rekeningcourantfaciliteit wordt gebruikt door zowel Autogroep als De Knobben. Zij houden ieder een eigen rekeningcourant aan, maar zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het totaalsaldo.

Op het moment van aandelenoverdracht bedraagt het saldo € 460.000 negatief, welk bedrag door BHB naast de koopsom wordt betaald. Later komt BHB erachter dat het saldo van het door Autogroep getrokken deel van de rekeningcourantfaciliteit op het moment van aandelenoverdracht € 289.000 positief was. BHB vordert het bedrag van € 460.000 terug op grond van de onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW). De Knobben voert verweer. Volgens haar ging het om het totaalsaldo van de rekeningcourantfaciliteit, die wel degelijk € 460.000 negatief was.

De rechtbank beoordeelt of BHB een betalingsverplichting had en past het *Haviltex*-criterium toe (HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635). Uit correspondentie en getuigenverklaringen volgt dat De Knobben c.s. redelijkerwijs mochten verwachten dat BHB ermee instemde de volledige rekeningcourantfaciliteit te herfinancieren en niet alleen het door Autogroep getrokken gedeelte. Dat de bestuurder van BHB en diens adviseur blijkens getuigenverklaringen in een andere veronderstelling verkeerden, is volgens de rechtbank niet maatgevend. Voorop staat

immers wat partijen over en weer redelijkerwijs mochten verwachten en wat zij uit elkaars gedragingen mochten afleiden. De vordering op grond van de onverschuldigde betaling wordt dan ook afgewezen.

B.J. Hermans, juni 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 13-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:1896

Zaaknummer: C/17/168957/ HA ZA 19-184

Rechters: A.A.J. Smelt

Advocaten: M.D. Kalmijn en R.P. van Boven

Wetsartikelen: 6:203 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens niet incasseren aanzienlijke vordering op zichzelf

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens niet incasseren aanzienlijke vordering op zichzelf. Een verhuurder spreekt de enige bestuurder (tevens enige aandeelhouder) van een hurende vennootschap aan voor de – na faillissement van die vennootschap – onbetaald gebleven en onverhaalbaar gebleken huurschuld van de vennootschap. In eerste aanleg oordeelt de kantonrechter dat de bestuurder niet onrechtmatig jegens verhuurder heeft gehandeld. In hoger beroep wijst het gerechtshof de vordering van verhuurder toe, op basis van een Ontvanger/Roelofsen-verwijt, omdat de bestuurder in privé een aanzienlijke schuld had aan de vennootschap en de bestuurder heeft nagelaten om deze vordering op zichzelf te incasseren. De Hoge Raad doet het door de bestuurder ingestelde cassatieberoep af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

[Verweerster] B.V. ('de Verhuurder') is met een hurende vennootschap ('de Huurder') een huurovereenkomst aangegaan. Als de huur onbetaald blijft, ontbindt de Verhuurder de huurovereenkomst in rechte. De Huurder wordt veroordeeld tot betaling van de huursom, maar blijft in gebreke. Vervolgens vraagt de Verhuurder het faillissement van de Huurder aan. Het faillissement wordt uitgesproken, maar later opgeheven bij gebrek aan baten. De Verhuurder start vervolgens een gerechtelijke procedure tegen de eiser, de enige bestuurder en enige aandeelhouder van de Huurder ('de Bestuurder'). De Verhuurder stelt dat de Bestuurder onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld en vordert vergoeding van haar schade, grotendeels bestaande uit de nog altijd onbetaald gebleven huur. De kantonrechter wijst de vordering van de Verhuurder in eerste aanleg af.

Het gerechtshof vernietigt het vonnis van de kantonrechter. Volgens het gerechtshof heeft de Bestuurder wel degelijk onrechtmatig jegens de Verhuurder gehandeld, omdat hij heeft

bewerkstelligd of toegelaten dat de Huurder haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en daarbij redelijkerwijs kon verwachten dat de Huurder geen verhaal zou bieden. De Bestuurder was een aanzienlijke geldlening bij de Huurder aangegaan. Van de Bestuurder mocht worden verwacht, aldus het gerechtshof, dat hij – op het moment dat de Huurder in zwaar weer kwam te verkeren en niet meer aan haar betalingsverplichtingen kon voldoen – zich zou inspannen om de aanzienlijke vordering op hemzelf in privé uit hoofde van de geldlening te incasseren. De Bestuurder had volgens het gerechtshof redelijkerwijze behoren te begrijpen dat zijn handelswijze, door de vordering niet te incasseren, tot gevolg zou hebben dat de Huurder haar verplichtingen jegens de Verhuurder niet kon nakomen en evenmin verhaal zou bieden. Het ernstige verwijt dat aan de Bestuurder wordt gemaakt door het gerechtshof is dat de Bestuurder heeft nagelaten de positie van de Huurder te verbeteren door de vordering op hemzelf in privé niet te incasseren.

De Bestuurder gaat in cassatie. De Verhuurder verschijnt niet en aan haar wordt verstek verleend vanwege overschrijding van de ‘tweewekentermijn’ van artikel 112 KEI-Rv.

In cassatie klaagt de Bestuurder – kort gezegd – dat het gerechtshof de ernstigverwijtmaatstaf heeft miskend. Volgens de Bestuurder kan het uitblijven van inspanningen om een vordering te incasseren, ongeacht de omstandigheden van het geval, geen onrechtmatige daad van een bestuurder van een vennootschap jegens een onbetaald gebleven schuldeiser van de vennootschap opleveren. Voorts klaagt de Bestuurder dat het oordeel van het gerechtshof onbegrijpelijk is, omdat de Verhuurder niet heeft gesteld dat aan de Bestuurder een *Beklamel*-verwijt – dat hij een verplichting is aangegaan waarvan hij wist dat de Huurder die niet na kon komen en waarvoor de Huurder evenmin verhaal zou bieden – kan worden gemaakt.

A-G Assink gaat in op de klachten van de Bestuurder en concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De A-G concludeert dat het gerechtshof het juiste rechtskader (art. 6:162 BW) toepast en de ernstigverwijtmaatstaf daarbij niet miskent. Het uitblijven van inspanningen om een vordering te verhalen, kan wel een onrechtmatige daad van een bestuurder opleveren. Volgens de A-G miskent de Bestuurder in zijn klacht dat het oordeel van het gerechtshof is gebaseerd op een ander gevalstype van bestuurdersaansprakelijkheid dan het *Beklamel*-verwijt. Het oordeel van het gerechtshof is gebaseerd op een *Ontvanger/Roelofsen*-verwijt en in dat gevalstype, waarin de aansprakelijkheid wordt gevestigd op basis van een handelen op een later moment, speelt het *Beklamel*-verwijt geen rol. Met andere woorden: niet het handelen bij het aangaan van de huurovereenkomst, maar het handelen bij het ontstaan van betalingsproblemen is onrechtmatig. De A-G merkt daarbij nog op dat de eerdere constatering door de kantonrechter, dat niet kon worden vastgesteld dat het faillissement van de Huurder is veroorzaakt door het niet incasseren van de vordering op de Bestuurder, niet in de weg staat aan het oordeel van het gerechtshof dat aan de Bestuurder in de gegeven omstandigheden een

ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De A-G sluit af met de opmerking dat ook in een geval als het onderhavige aansluiting gezocht dient te worden bij de zorgvuldigheid en het inzicht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult, en dat die verantwoordelijkheid van een bestuurder blijft bestaan ook als hij in andere hoedanigheid betrokken is en daarbij een persoonlijk belang heeft. Het oordeel van het gerechtshof sluit aan bij deze gedachte, aldus de A-G.

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

C.W. Kuipers, juni 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 12-06-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1043

Zaaknummer: 19/02017

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, T.H. Tanja-van den Broek en C.H. Sieburgh

Advocaten: K. Aantjes

Wetsartikelen: 6:162 BW en 81 RO

RECHTSPRAAK

Beroep minderheidsaandeelhouder op afgifte stukken vennootschap

Ex-echtgenote wordt na de dood van haar ex-man bestuurder van de vennootschap waarvan de man als DGA bestuurder was. De vennootschap vordert vervolgens betaling van de schuld van de overleden DGA door de erfgename (Echtgenote 2). Tegenvordering van erfgename als minderheidsaandeelhouder tot afgifte van en inzage in administratieve stukken van de vennootschap en betaling van (de waarde van het) pensioen. De rechtbank wijst de vordering van de vennootschap toe en wijst de vordering tot afgifte van bepaalde stukken deels toe. Het hof bekrachtigt dit vonnis.

De DGA en zijn echtgenote zijn elk voor de helft eigenaar van het kantoorpand van Vennootschap 1. Zij houden ook gezamenlijk de 36 aandelen in Video Producties. Tijdens het huwelijk hebben Video Producties en de DGA een stamrechtovereenkomst gesloten waarin onder meer is bepaald dat zijn echtgenote, bij overlijden van de DGA, als zij zelf nog leeft, een periodieke uitkering ontvangt. Vervolgens scheiden de DGA en zijn echtgenote. De aandelen en het kantoorpand worden niet verdeeld. Hun gezamenlijke schuld aan Vennootschap 1 wordt wel verdeeld. Enige jaren later dragen zij over en weer de onverdeelde helft van de aandelen met nummers 18 en 19 aan elkaar over, waarbij bovendien is bepaald dat in geval van overlijden van één van beide de aandelen 18 en 19 verblijven aan de langstlevende.

Na zijn echtscheiding is de directeur opnieuw gehuwd met appellante (Echtgenote 2). Een aantal jaren later overlijdt de DGA. Uit het testament blijkt dat Echtgenote 2 en de kinderen van de DGA tot erfgenaam zijn benoemd. Echtgenote 2 heeft de erfenis zuiver aanvaard. Uit de jaarrekening blijkt dat de overleden DGA een rekening-courantschuld had aan Vennootschap 1 van € 251.493. De ex-echtgenote was per gelijke datum € 125.742 verschuldigd. De ex-echtgenote en Echtgenote 2 verkopen gezamenlijk het kantoorpand.

Op grond van het verblijvensbeding worden de aandelen met de nummers 18 en 19 geleverd

aan de ex-echtgenote, waardoor zij vanaf dan 19 van de 36 aandelen houdt in Vennootschap 1. De ex-echtgenote is ook alleen en zelfstandig bestuurder.

Vennootschap 1 vordert in conventie van Echtgenote 2 betaling van € 251.493. Echtgenote 2 vordert in reconventie allereerst van Vennootschap 1 afgifte van diverse stukken die betrekking hebben op Vennootschap 1, een pensioenvoorziening en stamrechtovereenkomst en taxatie van de waarde van het kantoorpand van Vennootschap 1. Voorts vordert Echtgenote 2 dat op basis van de af te geven stukken de waarde wordt vastgesteld van de aanspraken van Echtgenote 2 ter zake het pensioen waarvoor zo nodig een deskundige moet worden aangesteld en Vennootschap 1 wordt veroordeeld om ten behoeve van Echtgenote 2 een bedrag af te storten dat overeenkomt met de commerciële waarde van haar aanspraken, dan wel daarvoor zekerheid wordt verstrekt. In aanvulling op de eisen die ook reeds in eerste aanleg waren ingesteld vordert Echtgenote 2 in hoger beroep betaling van verbeurde dwangsommen.

De rechtbank heeft in eerste aanleg de vordering van Vennootschap 1 toegewezen. De vordering van Echtgenote 2 tot afgifte van de stukken is ook toegewezen ten aanzien van de jaren 2009 tot en met 2013, 2015 en 2016, waarbij bovendien een dwangsom is opgelegd.

Volgens de vennootschap is de schuld van de (erven van de) DGA ontstaan uit een geldlening ten behoeve van een woning in Spanje en blijkt die vordering uit haar jaarrekening. Volgens de vennootschap had de DGA voorafgaand aan zijn overlijden alle informatie en heeft hij ingestemd met de jaarrekeningen die zijn opgemaakt tot aan zijn overlijden. Echtgenote 2 is van mening dat zij als minderheidsaandeelhouder recht heeft op administratieve informatie, waaronder het verloop/de aflossing van de schuldvordering door de DGA en de ex-echtgenote, temeer daar er twijfels zijn over de hoogte van de schuld en de aanwending van de opbrengst van het kantoorpand door de ex-echtgenote.

Het hof oordeelt dat de DGA als bestuurder, aandeelhouder en schuldenaar betrokken is geweest bij de administratie en de informatie die daarin is verwerkt. Daaruit mag worden aangenomen dat hij daarmee heeft ingestemd, zodat de DGA daarop niet meer zou kunnen terugkomen. Voor Echtgenote 2 geldt dat zij als rechtsopvolger van de DGA in dezelfde positie verkeert. Zij heeft daarom geen belang bij controle van de stukken voor zover die schuld blijkt uit stukken die de DGA nog heeft goedgekeurd. Voorts oordeelt het hof dat Echtgenote 2 als schuldenaar moet aantonen dat er meer is afgelost dan blijkt uit de administratie van de vennootschap, waarbij de DGA door zijn overlijden niet meer betrokken is. Nu zij geen concrete aanwijzingen heeft aangevoerd die een vermoeden opleveren dat er meer is afgelost, is het hof van mening dat van Vennootschap 1 niet verlangd kan worden dat zij Echtgenote 2 meer informeert geeft over het verloop van de schuld. Of en in welke mate de ex-echtgenote

de opbrengst van het kantoorpand heeft aangewend voor aflossing van haar schuld aan Vennootschap 1 is niet van belang bij de vraag of Echtgenote 2 de schuld van de DGA als erfgenaam moet aflossen.

Ten aanzien van een aantal ander stukken waarvan Echtgenote 2 afgifte vordert, stelt het hof vast dat zij dat niet doet als schuldenaar, maar als minderheidsaandeelhouder. Het hof verwijst naar het recht van de aandeelhouder om een afschrift te ontvangen van de jaarrekening en stelt vast dat de DGA in de jaren dat hij nog leefde een afschrift moet hebben ontvangen, omdat hij ook bestuurder was. Voor de jaren daarna is Vennootschap 1 terecht veroordeeld om een afschrift aan Echtgenote 2 te verstrekken. Voorts verwijst het hof naar artikel 2:107 lid 2 BW en de daarin opgenomen verplichting van de vennootschap om behoudens zwaarwichtige redenen alle verlangde informatie aan de algemene vergadering te verstrekken. Aandeelhouders kunnen ook vragen stellen tijdens de vergadering, maar daarbuiten hebben zij geen recht op het verstrekken van door hen afzonderlijk verlangde informatie (HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (*ASMI II*)).

De vordering tot vaststelling van de waarde van de pensioenaanspraak, het benoemen van een deskundige en het verkrijgen van inzage in pensioenbrieven wordt afgewezen, omdat Echtgenote 2 geen enkele concrete aanwijzing heeft aangedragen dat Vennootschap 1 een pensioentoezegging heeft gedaan waaraan Echtgenote 2 een aanspraak kan ontleen. Het volgt ook niet uit de stamrechtovereenkomst.

Afgifte van het taxatierapport van het kantoorpand omdat Echtgenote 2 zich afvraagt of dat niet te goedkoop is verkocht, wordt eveneens afgewezen, omdat Echtgenote 2 dit zelf samen met de ex-echtgenote heeft verkocht. De vordering tot betaling van de dwangsommen wordt ook afgewezen, omdat het hof van oordeel is dat deze niet zijn verbeurd.

J.W.P. Tulfer, juni 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1596

Zaaknummer: 200.242.125.01

Rechters: W.J.J. Los, L.S. Frakes en S.C.H. Molin

Advocaten: E.J.L. Mulderink en H.V. Schulte

Wetsartikelen: 2:107 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

BV/ex-echtgenoten

Geschil over opeisbaarheid en rente van een geldlening die een bv heeft verstrekt aan inmiddels ex-echtgenoten voor het financieren van de aankoop van de voormalige gemeenschappelijke woning.

De bv mag afspraken en rechterlijke beslissingen die tussen de ex-echtgenoten gelden, niet zonder een gerechtvaardigd beroep op haar vennootschappelijk belang passeren. Beroep op contractuele bepalingen in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

De vrouw, geïntimeerde in deze procedure, is op huwelijkse voorwaarden gehuwd met de man. Hij is bestuurder en enig aandeelhouder van een bv ('de BV'), appellante in deze procedure. De BV heeft een geldlening verstrekt aan de man en de vrouw, welke was bedoeld voor het financieren van de aankoop van een gemeenschappelijke woning. Partijen waren overeengekomen dat de geldlening eindigde op 31 december 2009. Later zijn de voorwaarden van de geldlening tweemaal gewijzigd. De eerste maal zijn de vrouw, de man en de BV (onder meer) overeengekomen dat de geldlening eindigde op 31 december 2012. Vervolgens heeft de man namens de BV op 24 december 2012 een addendum ondertekend waarin de geldlening is verlengd tot 31 december 2027.

De vrouw verlaat de echtelijke woning en dient een verzoek tot echtscheiding in. De rechtbank heeft de echtscheiding tussen de man en de vrouw uitgesproken en de beschikking ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Daarnaast heeft de rechtbank bij beschikking de verdeling van de eenvoudige gemeenschap tussen de man en de vrouw vastgesteld. De gemeenschap omvatte (onder meer) de geldlening van de BV. Het restant van de verkoopopbrengst van de echtelijke woning is na aftrek van notariskosten bij de notaris in depot gebleven.

De BV vorderde zowel in eerste aanleg als in de onderhavige procedure de betaling van de helft van de geldlening van de vrouw. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank de vordering

afgewezen. De BV stelt dat de voorwaarden van de geldlening bij het tweede addendum niet zijn gewijzigd, omdat (i) dit document naar het oordeel van de BV slechts voor intern gebruik was, om problemen met de Belastingdienst te voorkomen en (ii) de overeenkomst van geldlening niet eenzijdig kon worden gewijzigd.

Naar het oordeel van het hof ligt in de omstandigheden besloten dat de BV zich gedroeg op een wijze die blijkt gaf dat zij ervan uitging dat de voorwaarden van de geldlening waren gewijzigd. De man was daarmee bekend, want hij had als bestuurder van de BV het addendum ondertekend, en hij heeft geen bezwaar gemaakt. De vrouw heeft evenmin bezwaar gemaakt. Integendeel, zij heeft uitdrukkelijk ingestemd. Onder deze omstandigheden heeft de vrouw redelijkerwijs mogen aannemen dat de voorwaarden van de geldlening waren gewijzigd.

De BV heeft in hoger beroep nog een document (een ander addendum) overgelegd. Ook dit document is slechts ondertekend door de man namens de BV en gedateerd op 1 juli 2016. Het hof oordeelt dat het document geen verandering heeft aangebracht in de voorwaarden van de lening, omdat de BV niet eenzijdig de voorwaarden van de geldlening kan wijzigen en de vrouw de wijziging niet heeft aanvaard.

Verder stelt de BV dat de restanthoofdsom van de geldlening opeisbaar is geworden door de verkoop en overdracht van de woning. Het hof oordeelt dat daartoe onvoldoende is aangedragen en dat die opeisbaarheid niet voortvloeit uit de overeenkomst van geldlening.

Tot slot voert de BV aan dat de restanthoofdsom opeisbaar is geworden door verzuim van de vrouw in verband met het niet nakomen van de verplichting tot betaling van de rente. De vrouw beroept zich op afspraken welke zijn gemaakt in het kader van de echtscheiding. Zij meent dat de BV en de man niet los van elkaar kunnen worden gezien. Het is volgens haar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de geldlening moet worden afgelost, anders dan uit de opbrengst van de verkoop van de woning.

Het hof oordeelt als volgt. Indien het waar is dat de vrouw in verzuim is met het nakomen van de verplichting tot het betalen van rente, is daarmee nog niet gezegd dat de man de restanthoofdsom kan opeisen. Het hof hecht in dit verband betekenis aan het feit dat de man niet alleen medeschuldenaar is, maar ook bestuurder en enig aandeelhouder van de BV. Het argument van de vrouw dat de BV en de man vereenzelvigd kunnen worden voor de geldleningsovereenkomst, gaat echter niet op; zij nemen verschillende posities in, namelijk die van schuldeiser c.q. schuldenaar. Daarbij is van belang dat de man de volledige zeggenschap over de BV heeft, ook voor het beroep op de opeisbaarheid van de geldlening.

In het kader van de echtscheiding heeft de rechtbank tussen de man en de vrouw vastgesteld dat de opbrengst van de verkoop van de echtelijke woning moet worden aangewend om de

schuld aan de BV af te lossen. De poging van de BV om de helft van de schuld met een beroep op de overeenkomst van geldlening op andere wijze bij de vrouw te incasseren, doet geen recht aan de beslissing van de rechtbank. De BV heeft niet voldoende concrete feiten of omstandigheden aangedragen die de conclusie kunnen rechtvaardigen dat haar vennootschappelijk belang haar geen andere keuze laat. Het beroep van de BV om op grond van de overeenkomst van geldlening de hoofdrestantsom op te eisen is dan ook naar het oordeel van het hof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

Q.M.J.A. Crul, juni 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 21-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1372

Zaaknummer: 200.247.503_01

Rechters: W.J.J. Lost, H.A.W. Vermeulen en L.S. Frakes

Advocaten: M.N. Mense en C.T. Schouwenburg

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

X/Coöperatie Noorderlandmelk

Kort geding. Coöperatie Noorderlandmelk weigert melk af te nemen van lid X, waarna X nakoming vordert met de stellingen dat het bestuur niet bevoegd is bij wijze van sanctie melk te weigeren en dat het besluit onzorgvuldig tot stand is gekomen. Noorderlandmelk verweert zich met de stelling dat voldoende aannemelijk is dat het dierenwelzijn in het geding is en dat zij zich heeft ingespannen voor verbetering bij X. De voorzieningenrechter oordeelt dat de maatregel jegens X onrechtmatig is, omdat een dergelijke verstrekkende sanctie geen grondslag heeft in de statuten of overige interne regelingen en vooral ook omdat het door Noorderlandmelk beoogde doel kon worden bereikt met een voor X minder verstrekkende maatregel. De voorzieningenrechter overweegt dat het voldoende aannemelijk is gemaakt dat een bodemrechter het besluit nietig of vernietigbaar zal beoordelen en wijst de vordering van X toe.

X exploiteert een melkveehouderij. Coöperatie Noorderlandmelk ('Noorderlandmelk'), een organisatie waaraan de leden melk leveren op basis van leveringsvoorwaarden. X is lid van Noorderlandmelk. Vanwege onvoldoende aandacht voor dierenwelzijn en diergezondheid aan de zijde van X, weigert Noorderlandmelk tijdelijk melk af te nemen van X op grond van twee bepalingen uit de leveringsvoorwaarden.

X vordert nakoming overeenkomstig de leveringsvoorwaarden. Aan zijn vordering legt X – onder meer – ten grondslag dat het bestuur van Noorderlandmelk niet bevoegd is bij wijze van sanctie de afname van melk te staken. X stelt dat Noorderlandmelk op grond van de leveringsvoorwaarden slechts bevoegd is tot melkweigering, indien een lid niet voldoet aan in Europese wet- en regelgeving neergelegde voorwaarden. Daarbij stelt X dat het besluit van Noorderlandmelk onzorgvuldig tot stand is gekomen door in het besluit slechts te verwijzen naar een Europese verordening.

Noorderlandmelk voert hiertegen het verweer dat uit de leveringsvoorwaarden en een aanverwant handboek volgt dat alleen melk van gezonde dieren mag worden geleverd. Noorderlandmelk stelt voorts dat voldoende aannemelijk is dat het dierenwelzijn in het geding is bij het bedrijf van X en dat het bestuur heeft besloten tot opschorting van melkafname op basis van voor haar beschikbare objectieve informatie. Ook heeft Noorderlandmelk zich eerder ingespannen om het dierenwelzijn bij het bedrijf van X te verbeteren.

De voorzieningenrechter overweegt dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat sprake is van een zorgelijke situatie binnen het bedrijf van X, maar volgt X in zijn stelling dat de bevoegdheid tot het staken van de melkafname terwijl de kwaliteit van de melk naar behoren is, niet ligt besloten in de statuten dan wel leveringsvoorwaarden. De voorzieningenrechter overweegt daarbij dat uit de leveringsvoorwaarden voortvloeit dat Noorderlandmelk melk mag weigeren indien de melk niet voldoet aan de Europese kwaliteitseisen, maar dat de kwaliteit van de door X geleverde melk niet ter discussie staat. Ook overweegt de voorzieningenrechter dat Noorderlandmelk bepleit dat slechts melk van gezonde dieren mag worden geleverd, maar dat X onweersproken heeft aangevoerd dat de zieke dieren niet bijdroegen aan de melkproductie. De voorzieningenrechter oordeelt voorts dat het bestuur uit hoofde van de statuten en de leveringsvoorwaarden ook niet bevoegd was de melkafname te staken. Het ontbreken van een statutaire basis, klemmt te meer nu Noorderlandmelk aanvoert dat de melkweigering een sanctie is en dat in een dergelijke verstrekkende sanctie niet is voorzien in de statuten of interne regelingen. De voorzieningenrechter oordeelt dat een sanctie verder strekt dan een enkele afwijking in de leveringsvoorwaarden. Verder oordeelt de voorzieningenrechter dat de maatregel als onrechtmatig jegens X moet worden aangemerkt, omdat een grondslag voor het toebrengen van schade, veroorzaakt door een afnamestop, ontbreekt in de statuten en overige interne regelingen, en vooral ook omdat Noorderlandmelk het door haar beoogde doel ook had kunnen bereiken met een voor X minder verstrekkende maatregel.

De voorzieningenrechter overweegt dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat een bodemrechter het besluit nietig of vernietigbaar zal beoordelen en wijst de vordering van X toe.

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

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 03-06-2020
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:2051
Zaaknummer: C/18/198884 / KG ZA 20-104
Rechters: P.J. Duinkerken
Advocaten: T.F. de Jong en P. Sipma
Wetsartikelen: 2:14 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Vereffenaar nalatenschap/erfgenamen en curator

Een vereffenaar van een nalatenschap vordert verklaringen voor recht (i) betreffende de partijen tussen wie de maatschap is aangegaan, (ii) dat de maatschap enkel wordt beheerst door de wettelijke regeling, waaronder de regel dat de maatschap wordt beëindigd door het overlijden van een van de maten en (iii) dat de economische eigendom van een aantal onroerende zaken is ingebracht in de maatschap. De rechtbank baseert haar oordeel op de uitleg van een concept-vennootschapsakte aan de hand van de Haviltex-maatstaf en de gedragingen van partijen ten tijde van de uitvoering van de maatschap.

Erflater ('Vader') en moeder ('Moeder') hebben vijf kinderen. Vader komt te overlijden. Gedaagden sub 1 tot en met 4 ('Gedaagden 1 t/m 4') zijn kinderen van Vader en Moeder. Hun vijfde kind is in staat van faillissement verklaard ('Failliet'). De curator van Failliet is tevens gedaagde ('Curator'). Vader en Failliet zijn in 1991 een maatschap aangegaan. Na het overlijden van Vader is Moeder aangesteld als executeur. Moeder is later onder bewind gesteld, waarbij eiser is aangesteld als haar bewindvoerder. Eiser is tevens benoemd als vereffenaar in de nalatenschap van Vader. Eiser wordt hierna aangeduid als 'Vereffenaar'. Twee jaar later overlijdt moeder.

Tussen Gedaagden 1 t/m 4 en de Curator is een verschil van mening ontstaan over het bestaan van de maatschap, welke bepalingen (wettelijk of contractueel) van toepassing zijn op de maatschapsovereenkomst en wat het maatschapsvermogen behelst. De Vereffenaar heeft onderhavige procedure aanhangig gemaakt om hierover duidelijkheid te verkrijgen.

De Vereffenaar vordert verklaringen voor recht dat (i) de maatschap enkel is aangegaan tussen Vader en Failliet en slechts wordt beheerst door de wettelijke bepalingen, (ii) dat de maatschap op grond van artikel 7A:1683 BW van rechtswege is ontbonden wegens het overlijden van Vader en (iii) dat de economische eigendom van de onroerende zaken

beschreven in het taxatierapport uit 1991 ('het Taxatierapport') zijn ingebracht.

Partijen zijn het erover eens dat Vader en Failliet een maatschap zijn aangegaan. De Vereffenaar stelt zich op het standpunt dat de rechtsverhouding tussen hen enkel wordt beheerst door de wettelijke bepalingen van artikel 7A:1655 e.v. BW, omdat de concept-vennootschapsakte ('Concept-akte') nooit is ondertekend. Volgens de Curator is het altijd de bedoeling geweest om uitvoering te geven aan de Concept-akte en hebben zij zich hier ook zo naar gedragen, zodat de rechtsverhouding tussen Vader en Failliet daardoor wordt beheerst. In de Concept-akte staat opgenomen dat de onroerende zaken in economisch eigendom zijn ingebracht in de maatschap.

De rechtbank overweegt dat voor het aangaan van een maatschap geen vormvereisten gelden. Om die reden is een schriftelijke akte niet vereist. De rechtsverhouding binnen een maatschap kan zodoende op verschillende wijze worden ingericht. De uitleg van een overeenkomst en welke afspraken partijen hebben gemaakt, moet worden beantwoord aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf, aldus de rechtbank.

De rechtbank oordeelt, met een verwijzing naar HR 29-10-1952, *NJ* 1953/557, dat economisch eigendom afkomstig is uit het belastingrecht en met name fiscale gevolgen heeft. Er zijn volgens de rechtbank drie manieren van inbreng van een zaak te onderscheiden, namelijk: (i) de zaak wordt mede-eigendom van de vennoten, (ii) de zaak blijft eigendom van de inbrenger, maar de waarde ervan gaat deel uitmaken van het bedrijfsvermogen van de maatschap en (iii) de zaak blijft eigendom van de inbrenger en de maatschap krijgt enkel het genot van de zaak. Hierbij dient te worden gekeken naar de feitelijke omstandigheden van het geval.

In dit geval acht de rechtbank van belang dat uit de Concept-akte blijkt dat Vader uitdrukkelijk het economisch belang heeft ingebracht en dat de omschrijving van de onroerende zaken in die Concept-akte overeenkomt met de omschrijving in het Taxatierapport. Bovendien zijn de onroerende zaken op de balans geactiveerd. De afschrijvingen en onderhoudskosten van de onroerende zaken werden ook door de maatschap voldaan. Op grond van deze omstandigheden komt de rechtbank tot het oordeel dat sprake is van inbreng van economisch eigendom en dat geen sprake is van inbreng van zuiver genot. De onder (iii) gevraagde verklaring voor recht wordt toegewezen.

De rechtbank heeft voor het overige niet kunnen vaststellen dat uitvoering is gegeven aan de Concept-akte, zodat de rechtsverhouding tussen Vader en Failliet niet integraal wordt beheerst door deze akte. De rechtbank wijst de onder (i) gevorderde verklaring voor recht daarom slechts ten dele toe, in die zin dat de maatschap is aangegaan tussen Vader en Failliet en wordt beheerst door de wettelijke bepalingen, met uitzondering van hetgeen is afgesproken

over de inbreng van de economische eigendom en de vergoeding over het kapitaal. Dit laatste blijkt immers ook duidelijk uit de jaarrekeningen.

Ten aanzien van de beëindiging van de maatschap oordeelt de rechtbank dat, nu de rechtsverhouding van Vader en Failliet grotendeels wordt beheerst door de wettelijke bepalingen, moet worden teruggevallen op artikel 7A:1683 aanhef en onder 4 BW. Dit betekent dat de maatschap is ontbonden door het overlijden van Vader. De gevraagde verklaring voor recht onder (ii) wordt toegewezen.

D.E. Mandigers, juni 2020

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 27-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:2705

Zaaknummer: C/01/340799 / HA ZA 18-790

Rechters: C. Schollen-den Besten

Advocaten: D.P. Schalken, F.J. Boom en C. Vermeulen

Wetsartikelen: 4:46 BW, 7A:1655 BW en 7A:1683 BW

RECHTSPRAAK

YIB Beheer/Buro ZP

OK; enquête. Enquêteverzoek van aandeelhouder/bestuurder wordt toegewezen. Verstoorde verhoudingen en impasse op aandeelhouders- en bestuursniveau. De OK treft onmiddellijke voorzieningen. Nog geen aanstelling van onderzoeker, wel benoeming van extra bestuurder die Buro ZP als enige kan vertegenwoordigen en een minnelijke regeling moet onderzoeken.

Buro ZP B.V. ('Buro ZP') exploiteert een consultancybureau op het gebied van inkoop binnen ouderen-, gehandicapten- en geestelijke gezondheidszorg. Zij heeft drie aandeelhouders: de twee oprichters ('Oprichter 1' en 'Oprichter 2') en een werknemer. De werknemer houdt zijn (niet-stemgerechtigde) aandelen via Eelco Holding B.V. ('Eelco Holding'). De twee oprichters houden hun aandelenpakket (een meerderheidsbelang) via A B.V. (Oprichter 1) en YIB Beheer B.V. ('YIB Beheer', Oprichter 2). A B.V. en YIB Beheer zijn ook bestuurder van Buro ZP. Samen hebben zij een directiereglement opgesteld, inhoudende dat bepaalde besluiten goedkeuring van de AVA vereisen. Een oud-aandeelhouder die nog steeds een leidinggevende functie binnen Buro ZP heeft ('de Manager') speelt een rol in het onderhavige geschil.

De samenwerking tussen de oprichters verslechtert vanwege een verschillende visie op de operatie en de bedrijfsvoering. Via een coach worden mogelijkheden onderzocht om de bestaande frictie op te lossen. Oprichter 1 zegt drie opties te zien: (i) de Manager wordt directeur gemaakt en wordt verantwoordelijk voor alle processen, (ii) Oprichter 2 verkoopt zijn aandelen aan Oprichter 1 of (iii) Oprichter 1 verkoopt zijn aandelen aan Oprichter 2. Oprichter 1 geeft meteen aan dat optie (iii) niet bespreekbaar is.

Oprichter 2 gaat niet in op het voorstel en laat aan Oprichter 1 weten dat het geschil dermate geëscaleerd is dat het zo niet verder kan. Zij verzoekt Oprichter 1 om samen met haar af te treden en in te stemmen met de benoeming van de Manager als bestuurder. De Manager blijkt echter niet bereid directeur te willen worden. Zij zegt dat dat vooral aan de opstelling van Oprichter 1 ligt. Partijen komen er – ondanks latere inzet van een bemiddelaar – niet uit. YIB Beheer start een enquêteverzoek naar het beleid en de gang van zaken van Buro ZP. Zij vraagt

meerdere voorzieningen, waaronder de schorsing van A B.V. als bestuurder, de benoeming van de Manager als zelfstandig bestuurder en de buitenwerkingstelling van het directiereglement.

YIB Beheer licht dit enquêteverzoek toe door te stellen dat Oprichter 1 de benoeming van de Manager in de weg staat. Hiermee dient hij zijn eigen belang, en niet dat van Buro ZP. Op zowel bestuurders- als aandeelhoudersniveau is er door de opstelling van Oprichter 1 een patstelling, die de continuïteit van Buro ZP in gevaar brengt.

Oprichter 1 stelt dat de Manager en Oprichter 2 met elkaar samenspannen. Van een impasse is geen sprake, de bedrijfsvoering blijft gewoon voortgaan en het bestuur is niet vleugellam. Het bedrijf draait uitstekend: er worden allerlei besluiten genomen en nieuwe activiteiten opgestart.

De OK overweegt dat YIB Beheer en A B.V. het eens zijn dat zij een verstoorde verhouding hebben zonder vruchtbare samenwerking. Zo is er al geruime tijd geen managementoverleg gehouden. Er zijn veel meningsverschillen en de besluitvorming wordt ernstig belemmerd. De moeizame verhouding tussen de oprichters brengt een reëel gevaar voor de continuïteit van Buro ZP mee. Er zijn daarom gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken. Zonder rechterlijk ingrijpen is de verwachting dat er geen einde komt aan de ontstane situatie.

De OK benoemt een nader aan te wijzen persoon als bestuurder van Buro ZP (naast YIB Beheer en A B.V.), die een beslissende stem zal hebben en als enige bevoegd is om de vennootschap zelfstandig te vertegenwoordigen. De nieuwe bestuurder mag het uitdrukkelijk tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven. YIB Beheer en A B.V. worden niet geschorst als bestuurders. Het directiereglement wordt buitenwerking gesteld. Aanwijzing van een onderzoeker wordt vooralsnog aangehouden, zodat kan worden bezien of de onmiddellijke voorzieningen al tot een oplossing van het geschil kunnen leiden.

J.M. Schepel, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-05-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1226

Zaaknummer: 200.274.260/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.W.H. Vink, C. Smits-Nusteling en D.E.M. Aleman

Advocaten: J.P.M. Borsboom en L.P.J. Krijgsman

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:345 BW en 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid na ontbinding vennootschap

Eiser spreekt de voormalig bestuurders van een inmiddels ontbonden vennootschap aan tot betaling van proceskosten, waartoe deze vennootschap in een eerdere procedure tegen eiser was veroordeeld. De kantonrechter oordeelt dat de bestuurders niet onrechtmatig jegens eiser hebben gehandeld, door de vennootschap gedurende de eerdere procedure te ontbinden zonder mededeling daarvan te doen aan eiser.

Eiser vordert van de voormalige bestuurders ('de Bestuurders') van Agricom Holding B.V. ('Agricom') schadevergoeding wegens onbetaald gebleven proceskosten. Agricom is bij eerder onherroepelijk vonnis in een andere procedure namelijk veroordeeld in de proceskosten van eiser. Agricom is in de loop van die procedure, zonder medeweten van eiser, ontbonden en vereffend en heeft de proceskosten nooit betaald. Volgens eiser hebben de Bestuurders onrechtmatig gehandeld door hem niet in te lichten over de ontbinding van Agricom en de proceskosten niet te betalen.

De kantonrechter wijst de vordering af, omdat eiser zijn stelling dat de Bestuurders persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, onvoldoende heeft onderbouwd. Hiertoe overweegt de kantonrechter dat de Bestuurders eiser misschien wel hadden moeten inlichten, maar dat het ontbreken daarvan niet kan worden aangemerkt als het schadeveroorzakende handelen. Daarvoor is van belang dat de procedure enkele jaren in beslag nam en Agricom daarin de eisende partij was; ook bij melding van het ontbindingsbesluit was de procedure door Agricom voortgezet (en had de schade zich verwezenlijkt).

Ook kan de Bestuurders volgens de kantonrechter geen persoonlijk en ernstig verwijt worden gemaakt van het, vooruitlopend op de uitkomst van de procedure, voltooien van de vereffening. Hierbij is volgens de kantonrechter van belang dat de in die procedure ingestelde vordering van Agricom de enige bate betrof, en dat er ten tijde van de vereffening bovendien geen schuldeisers waren.

T.A. Janse, juni 2020

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 09-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:1972

Zaaknummer: 7923338 \ CV EXPL 19-4200

Rechters: C.H. de Haan

Advocaten: Y.H.P.M.J. Willems en F.J.M. Kobossen

Wetsartikelen: 2:19 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Willems Recycling Holding/Bestuurder N.B.B. Marketing

***Bestuurdersaansprakelijkheid bij niet-nakoming aandelenkoop.
Schuldeiser voert zonder succes catalogus aan
aansprakelijkheidsgronden aan; niet voldaan aan stelplicht.***

Dit hofarrest is het vervolg op Rechtbank Noord-Holland 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9037. In die eerdere uitspraak behaalde Willems Recycling Holding B.V. ('WRH') een pyrrusoverwinning. Het bedrijf had een overeenkomst gesloten met N.B.B. Marketing Projects B.V. ('NBB'), waaronder door WRH een overbruggingskrediet van € 100.000 aan NBB werd overgemaakt onder de voorwaarde dat WRH uiteindelijk door NBB gehouden aandelen in IT-bedrijf Invenit B.V. zou verkrijgen. De aandelen heeft WRH nooit gekregen; ook haar geld kwam niet meer terug. Daarop sprak WRH zowel NBB aan uit hoofde van wanprestatie als de bestuurder van NBB uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Alhoewel de vordering tegen NBB (grotendeels) werd toegewezen, werd NBB hangende de procedure bij de rechtbank failliet verklaard en is het dus de vraag hoeveel verhaal WRH zal kunnen halen. De rechtbank wees de vordering tegen de bestuurder af, omdat WRH onvoldoende gesteld had om (gezien de maatstaven uit de arresten Ontvanger/Roelofsen en Beklamel) aannemelijk te maken dat het niet terugbetalen van het bedrag van € 100.000 door NBB het gevolg was van ernstig verwijtbaar handelen door de bestuurder.

In hoger beroep procedeert WRH nog slechts tegen de bestuurder, in de hoop dat deze alsnog wordt veroordeeld de schade van WRH te vergoeden. Daartoe voert WRH een aantal mogelijke gronden aan: (1) bestuurdersaansprakelijkheid vanwege (a) het overtreden van – kortgezegd – de norm uit het arrest Ontvanger/Roelofsen (r.o. 3.6-3.7), (b) selectieve betaling (r.o. 3.8), (c) onbehoorlijke taakvervulling (r.o. 3.11) en (d) het schenden van een op de bestuurder persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm (r.o. 3.13), alswel (2) het maken van misbruik van identiteitsverschil (r.o. 3.14) en (3) het schenden van een morele verplichting (r.o. 3.15). Zoals men in het Engels zegt: 'Throw it against the wall and see what sticks'. Helaas voor WRH blijft er niets plakken. Voor al deze gronden geldt dat WRH te weinig heeft gesteld om een beroep erop te doen slagen.

Ten aanzien van het merendeel van de hierboven genoemde gronden, meer specifiek die onder 1.c, 1.d, 2 en 3 ligt dat voor de hand. Zo kan enkel de curator ten gunste van de gezamenlijke schuldeisers de bestuurder aansprakelijk stellen op grond van onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:138/248 BW); een individuele schuldeiser kan dat dus niet. Van een op de bestuurder in persoon rustende zorgvuldigheidsnorm (à la 'Spaanse villa') was geen sprake, omdat de bestuurder niet in andere hoedanigheid had opgetreden dan als bestuurder van NBB. Er was geen sprake van misbruik van identiteitsverschil, omdat steeds duidelijk is geweest in welke hoedanigheid de bestuurder optrad. Het bestaan van een 'morele verplichting' kan niet tot aansprakelijkheid leiden als verder niet duidelijk is hoe deze zich zou uiten in een rechtens afdwingbare verplichting.

Aan de eerste twee genoemde aansprakelijkheidsgronden besteedt het hof meer aandacht. Ook hier heeft WRH echter te weinig gesteld. Ten aanzien van de stelling van WRH dat de bestuurder bij het namens NBB sluiten van de overeenkomst met WRH wist of behoorde te weten dat NBB haar verplichtingen niet na zou gaan komen en (vanwege haar faillissement) geen verhaal zou bieden, overweegt het hof dat het probleem hier deels bij WRH ligt. Hoewel het niet duidelijk uit de uitspraak volgt, lijkt het erop dat WRH zich heeft teruggetrokken uit de overeenkomst (voor zover die zag op de koop van de aandelen Invenit), waardoor het niet meer mogelijk was de vordering van € 100.000 te verrekenen met de koopprijs van de aandelen. Het kon om die reden voor de bestuurder van NBB niet verwacht worden dat hij zag aankomen dat WRH schade zou lijden als gevolg van het namens NBB met WRH aangaan van de overeenkomst. Om soortgelijke redenen faalt het beroep van WRH op selectieve betaling; ten tijde van het doen van betalingen aan andere partijen was het voor de bestuurder niet zonder meer te voorzien dat NBB failliet zou worden verklaard.

T.E. Booms, juni 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-06-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1440

Zaaknummer: 200.270.758/01

Rechters: W.A.H. Melissen, G.C.C. Lewin en J.W.M. Tromp

Advocaten: M.M. van der Marel

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bolle c.s./H'lem Bouw c.s.

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van de Beklamel-norm en vaststelling peildatum. De (indirect) bestuurder van een aannemersbedrijf is aansprakelijk, omdat hij nieuwe verplichtingen is aangegaan terwijl het faillissement van de vennootschap al onafwendbaar was en hij de schuldeisers daarvoor niet heeft gewaarschuwd.

H'lem Afbouw BV is een aannemersbedrijf, waarvan H'lem Bouw sinds 22 juli 2016 enig aandeelhouder en bestuurder is. Van 1 april 2011 tot 22 juli 2016 was Pro Dev enig bestuurder van H'lem Afbouw. Een natuurlijk persoon is enig aandeelhouder en bestuurder van zowel Pro Dev als H'lem Bouw. Zowel de natuurlijk persoon als Pro Dev en H'lem Bouw wordt in deze procedure aangesproken (gezamenlijk: 'de Bestuurder').

Bolle en Zoon c.s. hebben met H'lem Afbouw gecontracteerd over de realisatie van appartementen. Volgens de planning zou het project in twee fasen worden opgeleverd, maar H'lem Afbouw heeft de tweede fase niet afgerond. Omdat het werk op enig moment drie maanden achter op schema lag, zijn twee termijnfacturen van H'lem Afbouw onbetaald gelaten. In de notulen van een bouwvergadering van 3 juni 2016 is vastgelegd dat in verband met de bouwvakantie de werkzaamheden aan het project stil zouden liggen van 25 juli 2016 tot en met 19 augustus 2016. Op basis van het nieuwe termijnschema dat was opgesteld in verband met de hiervoor genoemde vertraging van drie maanden, heeft vervolgens betaling van één van beide termijnen plaatsgevonden. Op 22 juli 2016 vond voornoemde wisseling van de bestuurder/aandeelhouder van H'lem Afbouw plaats. Op 30 augustus heeft de Bestuurder aan Bolle en Zoon c.s. medegedeeld dat H'lem Afbouw zelf haar faillissement had aangevraagd, dat op 6 september ook is uitgesproken.

Bolle en Zoon c.s. vinden dat de (indirect) Bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld door (1) voorbereidingen te treffen althans voor te sorteren op een faillissement van H'lem Afbouw; en (2) door de activiteiten van H'lem Afbouw niet tijdig vanaf in elk geval 1 april 2016 te staken terwijl het faillissement van H'lem Afbouw toen al was te voorzien.

Met betrekking tot het eerste verwijt steunen Bolle en Zoon c.s. op een onderzoeksrapport van Contaxus, die de administratie van H'lem Afbouw heeft beoordeeld. Voor de conclusie dat het faillissement is voorbereid zijn daarin twee feiten van doorslaggevend belang: ten eerste het besluit van de Bestuurder om personeel over te hevelen van H'lem Bouw naar H'lem Afbouw en ten tweede de vervreemding van aandelen van H'lem Afbouw in Pro Dev. Het tweede feit vervalt omdat Bolle en Zoon c.s. hun stelling dat H'lem Afbouw aandeelhouder van Pro Dev is geweest en op enig moment in 2015 de door haar gehouden aandelen in Pro Dev zou hebben vervreemd niet langer handhaven na bewijslevering van het tegendeel door de Bestuurder. Ten aanzien van het eerste feit verklaart de Bestuurder de overheveling van het personeel door aan te geven dat deze overgang plaatsvond om administratieve en bedrijfseconomische redenen, hetgeen door Bolle en Zoon c.s. onvoldoende is weersproken. De rechtbank stelt verder vast dat niet is gebleken dat die overheveling op zichzelf zodanige kosten met zich bracht dat H'lem Afbouw daardoor in de problemen zou kunnen komen of dat de Bestuurder anderszins onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de crediteuren van H'lem Afbouw. De rechtbank volgt Bolle en Zoon c.s. daarom niet in hun eerste verwijt.

Voor het tweede verwijt moet de rechtbank op zoek naar het juiste peilmoment: wanneer was het faillissement onafwendbaar? Volgens de rechtbank moet dit niet 1 april 2016 zijn maar 3 juni 2016 voor Pro Dev en 22 juni voor H'lem Bouw. Zij had al vastgesteld dat de Bestuurder onvoldoende heeft onderbouwd dat er andere inkomstenbronnen van betekenis waren dan de geldstromen die uit het project met Bolle en Zoon c.s. kwamen of dat hij mocht verwachten dat die er zouden komen. Al voor 3 juni kampte de vennootschap met liquiditeitskrapte, terwijl zij dus (nagenoeg) volledige afhankelijk was van de inkomsten uit het project. Tijdens het bouwoverleg werd duidelijk dat het project in de vakantie kwam stil te liggen en werd het termijnschema opnieuw vastgesteld, zodat duidelijk was wanneer welke betalingen konden worden verwacht. Op dat moment was daarom ook duidelijk voor de Bestuurder dat H'lem Afbouw haar lopende en toekomstige verplichtingen niet zou kunnen voldoen. Na die datum heeft de Bestuurder ook geen contact meer gehad met Bolle en Zoon c.s., terwijl vervolgens wel op 22 juli 2016 de kapitaalkrachtige bestuurder Pro Dev is vervangen door een lege vennootschap (H'lem Bouw) en de statutaire naam is gewijzigd.

De rechtbank oordeelt dat de Bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld jegens Bolle en Zoon c.s. voor zover H'lem Afbouw na de peildatum nog nieuwe verplichtingen is aangegaan en voorzover zij na die datum Bolle en Zoon c.s. niet hebben gewaarschuwd dat H'lem Afbouw haar bestaande verplichtingen niet meer zou kunnen nakomen en ook geen verhaal zou kunnen bieden voor eventuele schade als gevolg daarvan.

De uitspraak biedt de lezer ten slotte nog interessante inzichten met betrekking tot de schadevaststelling in dit verband.

J.E. van Nuland, juli 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 17-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:4451

Zaaknummer: C/15/291945 / HA ZA 19-511

Rechters: A.K. Korteweg, M. Wouters en M.C.J. Lommen

Advocaten: L.P. Kortmann, mr. drs. V.G.M. Leferink en M.S.F. Loor

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Rodopi/Jetten Vastgoed c.s.

Bestuurder bewerkstelligt vlak voor surseance dat een onderaannemer wordt ingeschakeld voor schilderwerk aan een boot. De bewindvoerder weigert vervolgens de onderaannemer volledig en direct te betalen. Het feit dat de klant vooruit zou betalen voor het schilderwerk, neemt de aansprakelijkheid van de bestuurder wegens schending van de Beklamelnorm niet weg. De bestuurder mocht er niet van uitgaan dat de onderaannemer tijdens surseance uit die vooruitbetaling zou worden voldaan.

Jetten Yachting B.V. meldt op 3 mei 2018 op een watersportwebsite dat ze in financiële moeilijkheden verkeert en dat naar verwachting haar faillissement zal worden uitgesproken op 8 mei 2018. Op 9 mei 2018 wordt aan Jetten Yachting voorlopige surseance van betaling verleend.

Eveneens op 9 mei 2018 geeft Jetten Yachting opdracht aan Rodopi Marine GmbH ('Rodopi') om een boot te schilderen. Medewerkers van Rodopi werken aan de boot van 14 tot en met 28 mei 2018, zonder dat aan Rodopi wordt meegedeeld dat aan Jetten Yachting surseance van betaling is verleend. Op 28 mei 2018 ontdekt Rodopi dit feit toch, en legt zij haar werkzaamheden neer.

De bewindvoerder van Jetten Yachting weigert om Rodopi uit het vermogen van Jetten Yachting voor haar werkzaamheden te betalen, op de grond dat hij geen toestemming heeft gegeven voor het inschakelen van Rodopi. Rodopi stelt het bestuur van Jetten Yachting aansprakelijk voor de schade op grond van de norm die is ontwikkeld in het Beklamel-arrest en voortgezet in het arrest Ontvanger/Roelofsen.

Het bestuur van Jetten Yachting voert als verweer aan dat het ervan uit mocht gaan dat de vennootschap de vordering van Rodopi zou kunnen voldoen, omdat met de eigenaar van de boot een aanneemsom was afgesproken die de kosten van onder meer Rodopi volledig zou dekken en de aanneemsom ook zou worden betaald voordat de opdracht aan Rodopi werd

verstrekt. Daarnaast stelt het bestuur dat de bewindvoerder akkoord was met het uitvoeren van het werk aan de boot, wat blijkt uit het feit dat (een medewerker van) de bewindvoerder akkoord heeft gegeven op de aankoop van verf voor de klus.

De kantonrechter verwerpt het verweer van het bestuur. Daartoe overweegt de kantonrechter dat het bestuur ten tijde van het verstrekken van de opdracht aan Rodopi wist dat Jetten Yachting in financiële problemen verkeerde, getuige de waarschuwing op de watersportwebsite en het feit dat daags voor de opdrachtverlening aan Rodopi een verzoekschrift tot voorlopige surseance van betaling was ingediend door het bestuur. Zelfs als de aanneemsom voor het schilderwerk al van de eigenaar van de boot zou zijn ontvangen voordat Rodopi werd ingeschakeld, kon het bestuur van Jetten Yachting er niet van uitgaan dat deze zou kunnen worden aangewend om Rodopi te betalen.

Uit de volgorde van gebeurtenissen op 9 mei 2018 blijkt dat de opdracht aan Rodopi al gegeven was voordat de bewindvoerder voor het eerst met het bestuur van Jetten Yachting sprak. De medewerker van de bewindvoerder die akkoord gaf voor de aankoop van verf, heeft verklaard dat het bestuur van Jetten Yachting in het intakegesprek met de bewindvoerder niets heeft gezegd over de opdracht aan Rodopi. Volgens de kantonrechter volgt uit de verklaring van (de medewerker van) de bewindvoerder dat deze niet op de hoogte was van de inschakeling van derden voor het uitvoeren van het schilderwerk. De enkele instemming met aankoop van verf impliceert niet het akkoord van de bewindvoerder met de aan Rodopi verstrekte opdracht.

De kantonrechter wijst de vordering van Rodopi – bestaande uit de verstuurde facturen voor het gedane werk, vermeerderd met wettelijke rente, buitengerechtelijke kosten en de proceskosten – grotendeels toe. De gevorderde buitengerechtelijke kosten worden evenwel afgewezen omdat niet (voldoende) is onderbouwd dat er aan buitengerechtelijke werkzaamheden meer is gedaan dan een enkele aanmaning, een eenvoudig schikkingsvoorstel en de normale opbouw van een dossier. Rodopi vorderde voorts niet alleen vergoeding van de lopende wettelijke rente (die wordt toegewezen), maar ook rente over de tot dan toe reeds verschenen rente. Dat laatste wordt afgewezen, omdat de rente op grond van de wet pas na een vol jaar wordt opgeteld bij de hoofdsom om zelf ook rente te gaan dragen.

I.F.M. Lakwijk, juli 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 01-07-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2019:5833

Zaaknummer: 7572395 \ CV EXPL 19-1572

Rechters: J.A. Werkema

Advocaten: U. Acker

Wetsartikelen: 233 Fw, 228 Fw en 6:119 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Stichting derdengelden niet aansprakelijk, advocaat wel.

Bekrachtiging persoonlijke aansprakelijkheid advocaat jegens de bank wegens omleiding van gelden via stichting derdengelden. Vernietiging hoofdelijke aansprakelijkheid stichting derdengelden.

Het onderhavige arrest is gewezen in de langslepende twist tussen Rabobank en (de derdengeldenstichting van het kantoor van) de curator in het faillissement van Zinvest Fashion B.V. De discussie komt er in de kern op neer dat de curator de pandhouderspositie van Rabobank heeft gefrustreerd door een vordering van € 363.000 van een dochtervennootschap van Zinvest ('de Dochter') op zijn instigatie op de derdengeldenrekening van zijn kantoor te laten betalen en vanaf daar op de latere faillissementsrekening van de Dochter te laten storten. De feiten liggen als volgt.

Rabobank heeft in 2008 op basis van een *facilities agreement* € 80.000.000 concernfinanciering aan de groepsstructuur van Zinvest verstrekt. Uit hoofde van de kredietdocumentatie was – onder andere – de Dochter verplicht tot periodieke verpanding van handelsvorderingen door middel van door de bank op te maken en krachtens volmacht te registreren verzamelpandaktes en moest zij haar betalingsverkeer via een bij de Rabobank aangehouden bankrekening laten verlopen. Eind 2012 raakt de groep in financieel zwaar weer en wordt de curator als stille bewindvoerder van de aandeelhouder van de Dochter ('de Moeder') benoemd. Om en nabij 14 december 2012 raakt de curator bekend met een overeenkomst die de Dochter had gesloten ter beëindiging van de huur van een winkelpand, uit hoofde waarvan zij € 363.000 van de nieuwe huurder te vorderen had. De Moeder wordt op 17 december 2012 failliet verklaard met aanstelling van de curator als zodanig en de bank zegt daarop op 18 december 2012 het krediet op. Het 'sleutelgeld' is die dag op advies van de curator op zijn derdengeldenrekening betaald. Op 20 december 2012 heeft de curator Rabobank laten weten dat het sleutelgeld was ontvangen en hij er rekening mee hield dat de corresponderende vordering van de Dochter op de derdengeldenstichting aan Rabobank was verpand. (Het pandrecht op de vordering van de Dochter op de nieuwe huurder was inmiddels door voldoening teniet gegaan.) Op 21 december 2012 heeft de bank nog een verzamelpandakte laten registreren. Op 24 december 2012 wordt ook de Dochter failliet

verklaard met aanstelling van de curator als zodanig. De curator vraagt de derdengeldenstichting dan om het sleutelgeld op de faillissementsrekening van de Dochter te betalen.

Rabobank heeft de curator in hoedanigheid en in persoon, alsook de derdengeldenstichting onrechtmatig handelen verweten, omdat zij de pandhouderspositie van Rabobank hebben gefrustreerd. Zou het sleutelgeld op de lopende rekening van de Dochter bij Rabobank zijn gestort – dat was de Dochter (en in faillissement dus de curator) uit hoofde van de kredietdocumentatie ook verplicht – dan had Rabobank de ontvangst uit hoofde van haar stil pandrecht kunnen verrekenen met de openstaande kredietschuld (HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (*Mulder q.q./CLBN*). Anders dan de rechtbank in eerste aanleg (Rechtbank Limburg 20 juli 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6168, *JOR* 2016/317, m.nt. Van Zanten) heeft het hof geoordeeld dat de curator een en ander vanaf het moment van de kredietopzegging op 18 december 2020 had moeten begrijpen en ook tuchtrechtelijk (art. 6 lid 4 Verordening op de administratie en financiële integriteit) was verplicht het sleutelgeld op de bankrekening van de Dochter bij Rabobank te betalen (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4184, *JOR* 2018/318, m.nt. red.). Het hof acht de curator (pro se) en de derdengeldenstichting daarmee jegens Rabobank aansprakelijk voor het sleutelgeld; de stichting door mee te werken aan een betaling met benadeling van een schuldeiser tot gevolg (6.18 van het hofarrest).

In cassatie klaagt de curator dat het hof zou hebben miskend dat Rabobank in de hypothetische situatie dat het bedrag op of na 18 december 2020 op de lopende rekening van de Dochter zou zijn gestort geen recht zou hebben op het bedrag, omdat (1) de bank vanaf die dag niet meer te goeder trouw zou zijn geweest in de zin van artikel 54 lid 1 Fw, (2) de bank van 18 tot en met 20 december 2012 geen pandrecht had – dat was namelijk tenietgegaan – en (3) de verpanding op 21 december 2012 zou kwalificeren als een vorm van schuldoverneming in de zin van artikel 54 Fw die evenmin te goeder trouw kon hebben plaatsgevonden (r.o. 3.1.1). Wat er van dit novum ook zij, de Hoge Raad is hierover in r.o. 3.1.2 kort door te overwegen dat een en ander kwalificeert als een klacht tegen het door het hof aangenomen causaal verband tussen het niet doorstorten van het sleutelgeld en de schade van Rabobank, die in cassatie wegens de noodzaak van een feitelijk onderzoek moet falen.

Het cassatieberoep tegen de hoofdelijke verbondenheid van de derdengeldenstichting slaagt wel. De Hoge Raad overweegt daartoe in r.o. 3.2.1 tot en met 3.2.5 dat het tuchtrecht zich richt tot de advocaat en niet tot de derdengeldenstichting. Weliswaar verplicht dit tuchtrecht tot bepalingen in de statuten van de derdengeldenstichting die inhouden dat zij bij de verrichting van haar werkzaamheden de regels voor advocaten respecteert, maar dat betekent (behoudens redelijke twijfel) niet dat de stichting een actieve plicht tot onderzoek naar de aard van

ontvangen gelden heeft. De Hoge Raad voegt hieraan nog toe het obiter dictum dat een vordering tot schadevergoeding jegens een derdengeldenstichting niet kan worden verhaald op het saldo van de derdengeldenrekening; het vorderingsrecht ter zake van dat saldo wordt in gemeenschap gehouden door de rechthebbenden tot de gelden, ieder voor een aandeel evenredig aan het bedrag dat te zijnen behoeve op de rekening is gestort (r.o. 3.2.5). In zoverre vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof en bekrachtigt hij het vonnis van de rechtbank.

J.O. Bijloo, juli 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 19-06-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1078

Zaaknummer: 18/05570

Rechters: C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock en C.A. Streefkerk

Advocaten: J.P. Heering, R.P.J.L. Tjittes en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 3:246 BW, 6:162 BW en 54 Fw

RECHTSPRAAK

Bevoegdheid failliete aandeelhouder aanvragen faillissement bij bestuur

Een failliete aandeelhouder is niet bevoegd het bestuur van een vennootschap opdracht te geven het faillissement van die vennootschap aan te vragen (art. 2:246 BW). De bevoegdheid om hierover te stemmen in de algemene vergadering rust op de curator.

De heer A is enig bestuurder van X B.V. en houdt 96% van de aandelen in deze vennootschap. In januari 2017 is A failliet verklaard. Dit faillissement is nog niet afgewikkeld. Op 10 juni 2020 heeft A als houder van 96 van de 100 aandelen zichzelf als bestuurder opdracht gegeven eigen aangifte te doen van het faillissement van X B.V., waarna de eigen aangifte is gedaan. De rechtbank verklaart de vennootschap niet-ontvankelijk, omdat de bestuurder op grond van artikel 2:246 BW niet bevoegd is namens X B.V. haar faillissement aan te vragen. Naar het oordeel van de rechtbank was de heer A niet bevoegd het stemrecht op de aandelen uit te oefenen bij het nemen van het besluit tot het verlenen van de opdracht aan het bestuur om het faillissement van de vennootschap aan te vragen. Door het faillissement van de aandeelhouder rust die bevoegdheid op de curator.

H.J. de Kloe, juli 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 16-06-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:5338

Zaaknummer: C/09/594338 / FT EA 20/115

Rechters: R. Cats

Wetsartikelen: 1 Fw, 68 Fw en 2:246 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek tot aanpassing voorzieningen

OK; enquête. Verzoekster, aandeelhouder van verweerster, verzoekt de OK de in een eerdere enquêteprocedure bij verweerster getroffen voorzieningen aan te passen, dan wel nieuwe voorzieningen te treffen. De OK stelt voorop dat aanpassing van voorzieningen mogelijk is zolang de getroffen voorzieningen nog niet zijn geëindigd op grond van artikel 2:356 BW en mits de grond hiervoor is dat de huidige voorzieningen ontoereikend zijn. Mogelijk nieuwe aanwijzingen voor onjuist beleid zijn onvoldoende grond voor aanpassing. Tevens kunnen gedurende diezelfde periode onmiddellijke voorzieningen in de zin van artikel 2:349a BW (immers: ‘in elke stand van het geding’) worden verzocht, zonder dat daarvoor een nieuw enquêteverzoek nodig is. De OK ziet voor beide geen aanleiding en wijst de vorderingen af.

A B.V., verzoekster, is samen met C B.V. (C) aandeelhouder van B B.V. (B). B drijft een onderneming in de bloemensector. Natuurlijk persoon D is enig bestuurder van B.

Bij beschikkingen van 4 en 10 april 2014 beval de OK een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij B en trof een aantal voorlopige voorzieningen. In juli 2017 stelde de OK vast dat er in 2012 en 2013 sprake was geweest van onjuist beleid en trof zij, na het opheffen van de eerdere voorlopige voorzieningen, een aantal nieuwe voorzieningen. Zij benoemde Overing tot commissaris bij B, ontsloeg één van de huidige bestuurders van B en droeg de door A in B gehouden aandelen ten titel van beheer over aan Küh. A verzoekt per verzoekschrift van augustus 2019 de getroffen voorzieningen aan te passen. B en C verzoeken per verweerschriften van september 2019 A niet ontvankelijk te verklaren, dan wel de vorderingen af te wijzen.

In onderhavige procedure stelt A dat de in juli 2017 getroffen voorzieningen niet het gewenste

effect hebben en daarom aanpassing behoeven. Subsidiar voert A aan dat er opnieuw gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij B en dat gelet op de toestand van de vennootschap onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Volgens A is de organisatie niet op orde, verschaft D ondanks te hebben toegezegd Küh en Overing beter te informeren, onvoldoende informatie en overlegt D in strijd met de statuten niet over belangrijke besluiten zoals het houden van een zogeheten groene veiling en het daarbij verkopen van een bollenkraam. Daarnaast is B sinds 2016 verlieslatend, zijn er geen duidelijke prognoses, is er geen business plan en staat B onder bijzonder beheer bij de Rabobank. Het beleid van D heeft volgens A desastreuze gevolgen en Overing is D dan ook onterecht blijven steunen.

B, vertegenwoordigd door Overing, stelt primair dat A niet ontvankelijk is in haar verzoek, omdat eenmaal getroffen voorzieningen op grond van artikel 2:357 BW slechts in duur verlengd of verkort kunnen worden; nieuwe voorzieningen kunnen volgens haar slechts worden getroffen na een nieuw onderzoek. Verder wordt met de getroffen voorzieningen het doel van de enquêteprocedure bereikt, te weten dat de gezonde verhoudingen binnen de vennootschap zijn hersteld. Bovendien zijn de maatregelen nog altijd in het belang van de onderneming. Subsidiar voert B aan dat er geen reden is voor een nieuwe enquête. De onderneming zou (weer) winstgevend zijn, Küh en Overing worden juist en tijdig van informatie voorzien en met de Rabobank zijn afspraken gemaakt.

De OK stelt voorop dat aanpassing van voorzieningen mogelijk is zolang de getroffen voorzieningen nog niet zijn geëindigd op grond van artikel 2:356 BW en mits de grond hiervoor is dat de huidige voorzieningen ontoereikend zijn. Mogelijk nieuwe aanwijzingen voor onjuist beleid zijn onvoldoende grond voor aanpassing. Tevens kunnen gedurende diezelfde periode onmiddellijke voorzieningen in de zin van artikel 2:349a BW (immers: 'in elke stand van het geding') worden verzocht, zonder dat daarvoor een nieuw enquêteverzoek nodig is. A is zodoende ontvankelijk in haar verzoek.

De OK ziet echter onvoldoende aanleiding voor aanpassing van de voorzieningen. Zo is het benoemen van een tijdelijke (andere) commissaris niet nodig. A toont namelijk onvoldoende aan dat Overing zijn taak niet adequaat of onpartijdig verricht. Dat de onderneming verlieslatend was – waarvoor in redelijkheid externe factoren zijn aangewezen – of dat Overing niet ingreep om de groene veiling te voorkomen, is volgens de OK onvoldoende om tot die conclusie te komen. Dat laatste is namelijk een beleidskeuze geweest van het bestuur van B. Voor het schorsen of ontslaan van D en het benoemen van een nieuwe bestuurder ziet de OK evenmin aanleiding. Het staat D als enig bestuurder van B vrij om bepaalde beleidskeuzes, zoals het houden van de groene veiling, te maken. Daarnaast is van besluiten in strijd met de statuten, anders dan A stelt, niet gebleken.

Wat betreft de informatieverplichting overweegt de OK dat B uit hoofde van haar zorgplicht jegens A ex artikel 2:8 BW uit eigen beweging én op verzoek, ook buiten de algemene vergadering, transparantie dient te betrachten. Dat de aandelen van A ten titel van beheer zijn overgedragen, maakt dit niet anders; de beheerder kan, zoals A dat voorheen kon, binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid aanspraak maken op stukken, vragen stellen en deze informatie voorts met A delen. Omdat tijdens de zitting door Küh en Overing is aangegeven dat er nadere afspraken zullen worden gemaakt over de wijze van informatie verschaffen en de OK ervan uitgaat dat die afspraken ook met de ondertussen nieuw aangewezen beheerder (die Küh vervangt) zullen worden gemaakt, ziet de OK geen reden om in te grijpen.

De OK wijst zowel het primaire als het subsidiaire verzoek van A af en veroordeelt haar in de kosten van het geding. De beschikking is uitvoerbaar bij voorraad.

F.C.W. Wijffels, juli 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:842

Zaaknummer: 200.209.821/02 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, H.J. Vetter, M.A. Scheltema en W. Wind

Advocaten: M.C. Schepel, H.B. De Regt en R.J. Bakker

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:349a BW, 2:350 BW, 2:356 BW en 2:357 BW

ANNOTATIE

Turboliquidatie van de BV en doorstart van onderneming

H. Beni Driss

Als de onderneming na turboliquidatie van de BV een doorstart maakt in een opvolgende BV, terwijl oude crediteuren onbetaald achterblijven, is sprake van misbruik. De wetgever zou dergelijk misbruik moeten voorkomen. Intussen weten crediteuren via de rechter de opvolgende vennootschap te vinden via vereenzelviging of de weg van de onrechtmatige daad.

1 Inleiding

In deze bijdrage staat de doorstart van de onderneming na turboliquidatie van een besloten vennootschap (hierna: BV) centraal. De focus ligt op de doorstart van de onderneming nadat de BV is geturboliquideerd, waarbij crediteuren het nakijken hebben. Aan de hand van een arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch illustreer ik de problematiek van misbruik van turboliquidatie en doorstart van de onderneming (par. 2). Vervolgens ga ik in op hoe dergelijk misbruik van turboliquidatie door de wetgever zou kunnen worden voorkomen (par. 3). Tot slot besteed ik in paragraaf 4 aandacht aan de wijzen waarop de rechter zou kunnen optreden tegen de BV die de onderneming voortzet en daarmee bijdraagt aan de crediteursbenadeling.

2 Doorstart van de uitvaartonderneming

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch wees in mei 2019 een arrest in een zaak waarin sprake was van doorstart van de onderneming na turboliquidatie. Uitvaartverzorging BV drijft sinds 2007 een onderneming in de uitvaartverzorging. Rond het jaar 2007 heeft de uitvaartonderneming zich voor de bouw van een rouwcentrum gewend tot Bouw en Handelonderneming BV. Hierover is tussen partijen een geschil ontstaan. In 2015 is in rechte komen vast te staan dat Bouw en Handelonderneming BV een vordering van € 171.723,05 heeft op Uitvaartverzorging BV. Uitvaartverzorging BV is niet overgegaan tot betaling na betekening van het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch op 31 juli 2015 aangaande het geschil. Enig aandeelhouder en bestuurder van Uitvaartverzorging BV is de holding (de moedervernootschap). De zeggenschap over de moedervernootschap ligt bij de directeur-grootaandeelhouder (hierna: DGA). De holding heeft op 13 augustus 2015 Uitvaartzorg BV (hierna: de nieuwe BV) opgericht.

Ruim een maand later, op 16 september 2015, is Uitvaartverzorging BV (hierna: de oude BV) ontbonden en wegens een gebrek aan baten per 21 september 2015 opgehouden te bestaan, oftewel geturboliquideerd. De onderneming is op dezelfde locatie voortgezet door de nieuwe BV. De uitvaartonderneming (oftewel de nieuwe BV, de holding en de DGA) stelt geen andere uitweg te hebben gezien dan deze handelswijze, omdat Bouw en Handelonderneming BV niet zou hebben meegewerkt aan een schikking en zou hebben gedreigd met het aanvragen van het faillissement van de oude BV. Het hof gaat hier echter niet in mee.[1]

Het hof overweegt dat de oude BV in de jaren voorafgaand aan de liquidatie winstgevend is geweest. Voor de liquidatie bestonden dan ook geen bedrijfseconomische redenen. Het feit dat de onderneming is voortgezet, toont aan dat de onderneming in de oude BV voldoende levensvatbaar was. De activa van de oude BV zijn gedeeltelijk aangewend om alle andere crediteuren, waaronder de moederverenootschap, te voldoen. Ook is een aantal crediteuren van de moederverenootschap betaald (dit betreft onder andere de betaling van de huurpenningen voor het rouwcentrum). Daarnaast heeft de oude BV betalingen verricht aan de moederverenootschap zonder dat hier een rechtsgrond voor bestond. Het hof is daarom van oordeel dat het overhevelen van de ondernemingsactiviteiten naar de nieuwe BV enkel tot doel had de bovengenoemde betalingsverplichting te ontlopen. Naar het oordeel van het hof had de vordering van Bouw en Handelonderneming BV kunnen worden voldaan.[2]

Zodoende komt het hof tot het oordeel dat misbruik is gemaakt van de verenootschappen als aparte juridische entiteiten, oftewel misbruik van identiteitsverschil.[3] Zouden de handelingen die hebben geleid tot selectieve betalingen en verhaalsfrustratie niet hebben plaatsgevonden en zou de onderneming in de oude BV zijn voortgezet, dan zou de vordering van Bouw en Handelonderneming BV volledig (eventueel in delen) kunnen zijn voldaan.[4]

In lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad[5] overweegt het hof dat het maken van misbruik van het identiteitsverschil tussen rechtspersonen met als doel crediteuren te benadelen een onrechtmatige daad is. Deze gedraging heeft een schadevergoedingsverplichting tot gevolg voor de rechtspersonen zelf en degene die het misbruik maakt tussen deze rechtspersonen (in casu de DGA en/of de moederverenootschap). Zijn de omstandigheden dermate bijzonder dat sprake is van vereenzelviging, dan heeft de crediteur dezelfde vordering op de andere rechtspersoon als die hij had op de oorspronkelijke schuldenaar.[6] In het laatste geval wordt de identiteit van de verschillende personen volledig weggedacht. In paragraaf 4 ga ik nader in op het verschil tussen misbruik van identiteitsverschil en vereenzelviging, en of dit voor de praktijk relevant is in zaken waarin misbruik wordt gemaakt van turboliquidatie.

In deze zaak is sprake van misbruik van identiteitsverschil, nu de oude BV is geturboliquideerd en de onderneming is voortgezet in de nieuwe BV.[7] Onvoldoende gebleken is echter dat deze situatie dermate uitzonderlijk is dat vereenzelviging moet worden

aangenomen, aldus het hof. Het beroep op vereenzelviging faalt derhalve. Dat heeft in dit geval voor Bouw en Handelonderneming BV echter geen negatieve gevolgen. De nieuwe BV is op grond van de onrechtmatige daad een schadevergoeding van € 171.723,05 verschuldigd aan de crediteur. Dit bedrag is gelijk aan de oorspronkelijke vordering op de oude BV.[8]

3 Misbruik van turboliquidatie

In deze paragraaf bespreek ik de turboliquidatie en waarom dit instrument misbruikgevoelig is. Vervolgens ga ik in op hoe de wetgever hier verandering in zou kunnen brengen.

3.1 Turboliquideren of failleren?

Wordt een BV die geen baten meer heeft ontbonden, dan houdt deze op te bestaan (art. 2:19 lid 4 BW).[9] Er vindt in dat geval geen vereffening plaats, aangezien er niets te verdelen is. Ook indien de BV schulden heeft, kan de weg van de turboliquidatie worden bewandeld. Sterker nog, zoals hieronder zal worden uiteengezet, lijkt turboliquideren ook de enige weg voor een BV die geen baten meer heeft. Of de BV schulden heeft, doet niet ter zake. Achtergrond van deze regeling is kort gezegd het opruimen van lege BV's.[10]

Het aanvragen van het faillissement door de bestuurder in de situatie dat er geen baten (te verwachten) zijn, levert misbruik van bevoegdheid op, aldus de Hoge Raad in Hoeksma/Trade. De curator kan zich tegen een dergelijke faillissementsaanvraag verzetten.[11] Als er geen baten te verwachten zijn, is er immers ook niets te verdelen onder de schuldeisers en kunnen boedelschuldeisers, en in het bijzonder de curator in verband met zijn of haar salaris, niet worden voldaan.[12] Het feit dat geen faillissement mag worden aangevraagd indien er geen baten meer (te verwachten) zijn, maar turboliquidatie dient te worden aangevraagd, zou kunnen uitnodigen tot misbruik.[13] Bestuurders hoeven bij deze wijze van opheffing geen rekening en verantwoording af te leggen over de staat van baten en lasten, met als gevolg dat hun handelen niet wordt getoetst. De crediteuren hebben daarom geen zicht op de opheffing van de BV.[14] Er komt geen curator aan te pas die een onderzoek verricht naar bijvoorbeeld paulianeuze handelingen of bestuurdersaansprakelijkheid.[15] Derhalve zou dit een prikkel kunnen vormen voor de bestuurders om de boel informeel te vereffenen en vervolgens de BV te turboliquideren.[16] Informele vereffening houdt in dat voorafgaand aan het besluit tot ontbinding het vermogen van de vennootschap wordt vereffend, de activa te gelde worden gemaakt en de schuldeisers worden voldaan.[17] Anders dan bij ontbinding gevolgd door de formele vereffening, worden de belangen van de crediteuren aanzienlijk minder beschermd bij de informele vereffening.[18] Dit wordt problematisch indien bepaalde schuldeisers *niet* worden voldaan, terwijl zij gelet op de aanwezige activa ten tijde van de informele vereffening wel betaald hadden moeten worden

(art. 3:296 BW; zie ook art. 2:23b lid 1 BW met betrekking tot de formele vereffening). In dergelijke gevallen is sprake van misbruik.[19] Overigens moet worden benadrukt dat zeker niet altijd sprake is van misbruik als een schuldeiser onbetaald blijft nadat de BV door middel van turboliquidatie is opgeheven (al dan niet voorafgegaan door informele vereffening).[20]

3.2 Optreden door de wetgever tegen mogelijk misbruik

Misbruik van turboliquidatie zou kunnen worden tegengegaan door een wijziging aan te brengen in het juridisch kader.[21] Of en wat voor soort wijziging nodig is, hangt volgens mij af van de hoeveelheid misbruik die wordt gemaakt. Het gebruik van turboliquidatie is sinds 2007 toegenomen van circa 66% naar 90% van de ontbindingen.[22] Inzicht in misbruikaantallen ontbreekt echter.[23]

Voor zover dusdanig veel sprake is van misbruik dat een wijziging van het juridisch kader op zijn plaats is, heb ik daar de volgende gedachten over. Turboliquidatie zou slechts mogen worden ingezet voor het opruimen van lege BV's, waar zij immers voor is bedoeld,[24] en niet ook voor de opheffing van BV's die informeel zijn vereffend doordat vermogen is onttrokken aan de vennootschap en daarmee aan verhaal voor crediteuren.[25] Er dient een afweging te worden gemaakt tussen het versneld opheffen van lege BV's enerzijds en het voorkomen van crediteursbenadeling anderzijds.

Turboliquidatie is in 1994 ingevoerd met het doel misbruik van lege BV's te voorkomen. Lege BV's werden destijds opgekocht om de kapitaaleis en de eis van de verklaring van geen bezwaar te ontlopen.[26] Beide eisen gelden tegenwoordig niet meer. De handel in lege BV's moest worden tegengegaan. Daarom dienden deze uit het handelsregister te worden verwijderd.[27] De Kamer van Koophandel (hierna: KvK) kreeg destijds de mogelijkheid om rechtspersonen te ontbinden.[28] Om niet vervolgens nog te hoeven vereffenen, het zou immers steeds om een lege BV gaan, is lid 4 van artikel 2:19 BW ingevoerd.[29] Het is nog altijd onwenselijk als lege BV's zouden blijven bestaan. Het risico bestaat namelijk dat inactieve lege BV's worden gebruikt om fraude mee te plegen. Een lege BV kan worden misbruikt doordat deze onterecht vertrouwen kan wekken.[30] Een algehele afschaffing van turboliquidatie behoort daarom niet tot de opties. Hierna ga ik in op de verschillende wijzen waarop artikel 2:19 lid 4 BW zou kunnen worden aangepast.

3.2.1 Ontbreken van schulden

Renssen meent dat turboliquidatie niet mogelijk zou moeten zijn indien de BV nog schulden heeft. Teneinde de crediteuren te beschermen zou in dat geval het faillissement van de BV moeten volgen. Zo is het instrument in België ook ingericht.[31] Door de eis van het ontbreken van schulden op te nemen voor turboliquidatie wordt in het geval dat de BV schuldeisers heeft

de toets of er geen baten (te verwachten) zijn, verlegd naar de curator. De mogelijkheid van een onderzoek door de curator zou reeds het gewenste afschrikwekkende effect kunnen hebben om misbruik te voorkomen. Daarnaast zou het faillissement kunnen leiden tot een bate voor de BV, doordat de curator bijvoorbeeld met succes de bestuurder aansprakelijk stelt. Daarnaast zou bovendien een civielrechtelijk bestuursverbod kunnen worden opgelegd aan een frauderende bestuurder om te voorkomen dat hij of zij doorgaat met frauduleuze activiteiten in andere BV's.[32]

Het voornaamste knelpunt bij het voorstel van Renssen is wie de kosten van het faillissement draagt. De Garantstellingsregeling curatoren zou hier uitkomst kunnen bieden. Deze regeling biedt de curator een kostenvergoeding voor het vooronderzoek of het instellen van een rechtsvordering op grond van bijvoorbeeld bestuurdersaansprakelijkheid of pauliana.[33] Voor zover de Garantstellingsregeling ontoereikend zou zijn, zou een andere oplossing voor de legeboedelproblematiek gelegen kunnen zijn in het verplichten van nieuw op te richten BV's tot het deponeren van een bedrag bij de notaris of de KvK ten behoeve van een eventueel faillissement in de toekomst.[34] Zodoende zouden de oprichters van de vennootschap zelf de kosten van de toekomstige opheffing dragen.

Voor andere oplossingen zou wederom inspiratie kunnen worden geput uit het rechtssysteem van andere landen. Men denke bijvoorbeeld aan de ambtenaar die door de overheid wordt aangesteld om onderzoek te verrichten in geval van een legeboedelfaillissement, zoals in Engeland en in de Verenigde Staten.[35] De verantwoordelijkheid voor het instellen van een dergelijk onderzoek zou echter ook bij de crediteuren kunnen worden neergelegd die een faillissement wensen. Zo betalen crediteuren, kort gezegd, in Zwitserland en in Oostenrijk zelf de curator om het onderzoek te verrichten.[36] Ik vraag mij echter af of het gerechtvaardigd is de crediteuren op te zadelen met deze kosten.

Aangezien niet duidelijk is in hoeveel van de turboliquidatiegevallen sprake is van misbruik, vind ik het lastig om te beoordelen of rechters en curatoren zullen worden opgezadeld met overmatig veel werk aan BV's die daadwerkelijk geen baten meer hebben maar nog wel schulden, indien de eis van het ontbreken van schulden zou worden ingevoerd. Daarnaast meen ik dat deze eis in ieder geval niet zou moeten gelden indien rechtspersonen worden ontbonden door de KvK (in verband met het opruimen van lege BV's).

3.2.2 Verantwoordingsplicht bestuur

Anders dan Renssen voorstelt, zouden er ook minder vergaande eisen, van meer formele aard, aan turboliquidatie kunnen worden gesteld om misbruik te voorkomen. In oktober 2019 heeft Dekker, Minister voor Rechtsbescherming, in een brief aan de Tweede Kamer laten weten dat

hij momenteel een wetswijziging voorbereidt om de regels die gelden voor de turboliquidatie aan te scherpen. De minister voelt niet veel voor het invoeren van de eis dat een BV geen schulden mag hebben ten tijde van het opheffen van de vennootschap. Schulden kunnen immers worden verzwegen. Bovendien leidt het ontbreken van baten tot een legeboedelfaillissement, dat spoedig na de toewijzing zal worden opgeheven, aldus de minister.[37]

Turboliquidatie zal naar de voorgestelde wijziging in de huidige vorm blijven bestaan, maar crediteuren zullen een betere rechtsbescherming verkrijgen. Het bestuur zal worden verplicht om de turboliquidatie bekend te maken aan de crediteuren[38] en rekening en verantwoording af te leggen door een slotbalans inclusief de jaarrekening van alle eerdere boekjaren ter inzage te leggen bij het handelsregister. Het bestuur zal hierbij tevens een bestuursverklaring moeten deponeren omtrent het ontbreken van baten.[39] De in te voeren verantwoordingsplicht zal volgens de minister de procedure transparanter maken omdat schuldeisers beter in staat zullen zijn de heropening van de vereffening (art. 2:23c BW) in gang te zetten, het ontbindingsbesluit aan te vechten en/of het bestuur aansprakelijk te stellen.[40] Dergelijke eisen zouden een preventieve afschrikwekkende werking kunnen hebben. Nethe stelde in 2016 al voor dat rekening en verantwoording zou moeten worden afgelegd. Volgens haar dient dit gepaard te gaan met een verplichte accountantsverklaring.[41] Hier ben ik het mee eens; het plan van de minister zou hiermee moeten worden aangevuld. Hierbij zou de vrijstelling voor kleine BV's naar mijn mening niet mogen gelden.[42]

Het zal nog moeten blijken of deze eisen ertoe zullen leiden dat de bewijspositie van de crediteuren zodanig zal verbeteren dat de heropening van de vereffening vaker zou kunnen worden verzocht én toegewezen in turboliquidatiezaken (anders dan nu het geval is).[43] Voor kleinere schuldeisers met een lage vordering zullen de kosten en moeite van een rechtsgang waarschijnlijk nog altijd niet in verhouding staan tot een vordering van bijvoorbeeld een paar honderd euro. Indien het voorstel van de minister doorgang zal vinden, zal de toekomst moeten uitwijzen of dit tot minder misbruik leidt.

3.2.3 Externe exitcontrole

In aanvulling op de voorgenomen wijziging van de minister meen ik dat bij de opheffing van een BV gecontroleerd zou moeten (kunnen) worden op verzoek van de schuldeiser(s) of er geen baten aanwezig zijn dan wel aanwezig behoorden te zijn, als voorwaarde voor het doen eindigen van de BV. Een dergelijke controle zou de positie van de schuldeisers kunnen verbeteren doordat de waarheid met betrekking tot het ontbreken van baten boven water komt te liggen (of nu sprake is van opzettelijke crediteursbenadeling of een zeer slechte administratie). Hiervan zou een preventieve werking uit kunnen gaan, omdat een dergelijke

controle een afschrikwekkend effect heeft: de bestuurder denkt wel twee keer na voordat hij of zij vermogen wegsluit. Bovendien zou dit de positie van schuldeisers kunnen verbeteren in een aansprakelijkheidsprocedure tegen de bestuurder(s).

Aan turboliquidatie zou daarom de constitutieve eis kunnen worden verbonden van de notariële akte,[44] waarvan opgave ter inschrijving in het handelsregister moet worden gedaan. De notaris zou dan moeten controleren of er inderdaad geen activa meer zijn en niet op bedrieglijke wijze vermogen is onttrokken aan verhaal van een schuldeiser (dit zal moeten blijken uit de staat van baten en lasten ten tijde van de voorgenomen ontbinding).[45] Betaling van de notaris zou kunnen worden gegarandeerd door deponering van een bedrag bij oprichting (bij de notaris) te vereisen.

Voorkomen zou moeten worden dat turboliquidatie wordt ingezet om van schuldeisers af te komen, waarna de onderneming wordt voortgezet in een andere BV. Daarom zou er naar mijn mening meer aandacht moeten zijn voor andere ingeschreven of in te schrijven BV's van een bestuurder (of bestuurders) die (onlangs) een oude BV heeft (hebben) geturboliquideerd.[46] Mogelijk zou de KvK of de Autoriteit Consument & Markt de bevoegdheid kunnen krijgen om hierop toezicht te houden. Bij de melding van een turboliquidatie zou dan nader onderzoek kunnen worden verricht naar aanverwante BV's.

4 Optreden door de rechter bij doorstart na turboliquidatie

Voor zover misbruik van turboliquidatie nog niet afdoende door middel van adequate regelgeving wordt voorkomen, dient hiertegen hardhandig te worden opgetreden.[47] Turboliquidatie dient geen saneringsinstrument te zijn, waarmee de oude BV met schulden wordt opgeheven en de onderneming wordt voortgezet in een andere (nieuw opgerichte) vennootschap.[48] Indien dergelijk misbruik plaatsvindt, doordat de onderneming wordt voortgezet in een andere vennootschap en turboliquidatie slechts is ingezet om de crediteur(en) te benadelen,[49] zouden de schuldeisers zich moeten kunnen richten tot de vennootschap die de onderneming voortzet.[50] De lijn in de rechtspraak is dan ook dat in een dergelijk geval misbruik van identiteitsverschil wordt aangenomen en de crediteur het exacte bedrag dat hij te vorderen had van de oude BV kan verhalen op de nieuwe BV.[51] Hiervan kan een afschrikwekkende werking uitgaan, waardoor misbruik zou kunnen worden voorkomen. Indien de onderneming na turboliquidatie wordt voortgezet, is het gerechtvaardigd de activa te volgen teneinde de benadeelde schuldeisers alsnog verhaal te bieden.[52] Een benadeelde schuldeiser wordt zodoende beschermd tegen het misbruik. De BV die de onderneming voortzet, zou aansprakelijk kunnen zijn voor de schade die de benadeelde crediteur lijdt op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), dan wel vereenzelvigd kunnen worden met de oude BV.[53]

Vereenzelviging wordt slechts in zeer beperkte gevallen toegewezen.[54] Dit is begrijpelijk, daar vereenzelviging immers een aanzienlijke uitzondering vormt op het beginsel van rechtspersoonlijkheid (vgl. art. 2:5 BW).[55] Slechts in twee gepubliceerde zaken waarin de onderneming van de oude BV na turboliquidatie werd voortgezet door een nieuwe BV werd vereenzelviging aangenomen. In deze zaken was sprake van een gedeeltelijk gelijknamige naam, dezelfde bestuurder, dezelfde adres- en contactgegevens, dezelfde bedrijfsactiviteiten en hetzelfde bankrekeningnummer. De turboliquidatie en voortzetting vonden volgens de rechter slechts plaats teneinde de schuldeisers te benadelen.[56]

De onrechtmatigedaadsactie leidt vaker tot een toewijzing van de vordering. Al meerdere malen is in de rechtspraak aansprakelijkheid van de nieuwe BV op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) aangenomen vanwege misbruik van identiteitsverschil tussen de oude en de nieuwe BV bij doorstart van de onderneming.[57] Voor de toewijzing van de vordering op grond van onrechtmatige daad is met name relevant of sprake is van dezelfde ondernemingsactiviteiten, zeggenschap, werknemers en contactgegevens.[58] Het hebben van enkel en alleen dezelfde DGA is onvoldoende.[59] Anders dan vereenzelviging zou een succesvolle onrechtmatigedaadsactie een schadevergoedingsvordering tot gevolg kunnen hebben die geringer is dan de oorspronkelijke vordering. ‘Slechts’ de schade die het gevolg is van het misbruik van het identiteitsverschil kan worden verhaald. Gekeken dient te worden naar de hypothetische situatie dat geen misbruik zou zijn gemaakt en welk deel van de oorspronkelijke vordering dan zou kunnen zijn verhaald.[60] Voor zover ik echter in de gepubliceerde rechtspraak heb kunnen lezen, zijn nieuwe BV’s tot op heden altijd veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding die gelijk is aan de oorspronkelijke vordering van de benadeelde schuldeiser.[61] Desalniettemin lijkt het verschil tussen vereenzelviging en aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad mij niet geheel irrelevant. Mogelijk zouden andere schuldeisers eenvoudiger mee kunnen liften op een toegewezen vordering op grond van vereenzelviging dan een toegewezen vordering op grond van onrechtmatige daad.

5 Conclusie

De aan het begin van deze bijdrage genoemde zaak van de uitvaartonderneming vormt een goede illustratie van crediteursbenadeling doordat misbruik wordt gemaakt van turboliquidatie, waarna de onderneming wordt voortgezet. De situatie dat een schuldeiser wordt geconfronteerd met het feit dat zijn schuldenaar juridisch is opgehouden te bestaan wegens het ontbreken van baten, terwijl in het echte leven de boel nog op volle toeren draait, is in de rechtspraak geen unicum. Onduidelijk is echter hoe groot dit probleem is. In deze bijdrage is deze problematiek besproken. Misbruik lijkt eenvoudig en indien hier veelvuldig sprake van is, dient de wetgever hiertegen op te treden. Er worden ondertussen stappen gemaakt in die richting, naar een transparantere manier van opheffen van de BV. In aanvulling

op deze door minister Dekker voorgestelde aanpassingen meen ik dat er bij de opheffing ook gecontroleerd zou moeten (kunnen) worden of er geen baten aanwezig zijn, dan wel aanwezig behoorden te zijn op het moment van opheffing, door bijvoorbeeld een notaris. Daarnaast dient er verder te worden gekeken dan de geturboliquideerde BV: toezicht zou moeten worden gehouden op andere (en nieuwe) BV's die worden bestuurd door dezelfde bestuurder(s) teneinde fraude in een vroeg stadium te signaleren en aan te pakken. Bovendien gaat hiervan een afschrikwekkende werking uit. In afwachting van wetgeving die misbruik daadwerkelijk zal voorkomen, treedt de rechtspraak terecht hardhandig op. De lijn in de rechtspraak is dat indien de onderneming na turboliquidatie wordt voortgezet door een opvolgende BV, terwijl de verandering van het juridische omhulsel niets anders is dan een middel tot sanering van schulden, de crediteur zijn vordering, of in ieder geval de schade bestaande uit dit bedrag, kan verhalen op deze nieuwe BV.

Noten

[1] Hof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1825, r.o. 6.1, 6.2.5 (overwegingen van de rechtbank, in eerste aanleg) en 6.4.4.

[2] Hof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1825, r.o. 6.2.5 (overwegingen van de rechtbank, in eerste aanleg), 6.4.2.2, 6.4.2.3, 6.4.5.1, 6.4.5.3-6.4.5.5 en 6.6.3.

[3] Hof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1825, r.o. 6.6.3 en 6.6.6.

[4] Hof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1825, r.o. 6.8.2, 6.8.5, 6.8.8 en 6.8.9.

[5] HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 (Rainbow); HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124 (Maple Leaf).

[6] Hof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1825, r.o. 6.6.5; HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 (Rainbow); HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124 (Maple Leaf).

[7] Naast de nieuwe BV worden ook de DGA en de moederverenootschap veroordeeld tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, wegens bestuursaansprakelijkheid als bestuurders van de oude BV en de nieuwe BV.

[8] Hof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1825, r.o. 6.6.6.

[9] S. Renssen, De turboliquidatie van de besloten vennootschap (diss. Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2016; P.H.N. Quist, Uitkeren & turboliquideren, WPNR 2017, afl. 7141, p. 226;

M.Y. Nethe, Reuring rond turboliquidatie, Ondernemingsrecht 2017, afl. 6, p. 40-44.

[10] Kamerstukken II 1991/92, 22482, nr. 3, p. 1-3.

[11] HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, NJ 2016/172 (Hoeksma/Trade); zie ook S. Jansen & M.W.M. Nijland-van Oorsouw, De curator en verzet ex artikel 10 Fw: een bruikbaar instrument?, FIP 2017/280, p. 42-46. Minder succes heeft de curator indien faillissement wordt aangevraagd door een schuldeiser, aangezien de schuldeiser over minder financiële informatie beschikt dan de bestuurder bij een eigen aanvraag; HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269, NJ 2018/154 m.nt. F.M.J. Verstijlen.

[12] HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, NJ 2016/172 (Hoeksma/RM Trade).

[13] M. Verhoeven, Hoge Raad maakt faillissementsfraude erger, NRC 21 september 2016; zie ook D. Mijnheer, 80 procent van de curatoren doet geen melding van faillissementsfraude, Follow the Money 10 september 2018. Andere voorbeelden van misbruik van turboliquidatie naast de hierboven besproken zaak zijn: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1431; Rb. Midden-Nederland 22 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3415, JOR 2016/267 m.nt. S.M. Bartman; Rb. Noord-Nederland 7 augustus 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3210, JOR 2019/156 m.nt. S.M. Bartman; Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:762.

[14] Hof Den Haag 17 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1677, r.o. 8.

[15] S. Renssen, Recente ontwikkelingen rondom de turboliquidatie, JBN 2017, afl. 4, p. 3-6; Nationaal dreigingsbeeld 2017. Georganiseerde criminaliteit (Politie), bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 29911, nr. 157, p. 142-143; M.Y. Nethe, Informatieverschaffing bij turboliquidatie: meer transparantie graag!, WPNR 2019, afl. 7252, par. 3; Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX7085, JOR 2013/217 m.nt. M.Y. Nethe.

[16] H. Koster, Enkele gedachten over de ontbinding van rechtspersonen, WPNR 2017, afl. 7162, par. 2.3.

[17] Nethe 2017, par. 2 en 5.

[18] Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/404.

[19] Zie ter illustratie de uitzending 'Financieel bedrog' van De Monitor van 20 oktober 2019, <https://demonitor.kro-ncrv.nl/uitzendingen/uitzending-financieel-bedrog>, laatst geraadpleegd op 2 november 2019; Rb. Midden-Nederland 22 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3415, JOR 2016/267 m.nt. S.M. Bartman; Rb. Amsterdam 19 augustus

2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5678; Rb. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3879; Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:762; Rb. Noord-Nederland 7 augustus 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3210, JOR 2019/156 m.nt. S.M. Bartman; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1431.

[20] Nethe 2019, par. 2.

[21] Renssen 2016, par. 5.3.2; Quist 2017, p. 227.

[22] In 2012 vonden ongeveer 20.000 turboliquidaties plaats; zie M.Y. Nethe, Turboliquidatie: oorbaar gebruik, abusievelijk gebruik en misbruik, in B. Bier, M. van Olffen & B. Snijder-Kuipers, Handboek notarieel ondernemingsrecht. Deel I – BV en NV (HI, 132), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 435. In 2017 was het aantal turboliquidaties gestegen naar 27.629; zie B. Mos, Schrikbarende groei van turboliquidaties, De Telegraaf 18 augustus 2018.

[23] C. Driessen, Turboliquidaties blijken ‘prachtige toolkit’ voor fraudeurs, NRC 19 november 2018; Nethe 2016, p. 435. In het FD is te lezen dat sprake zou zijn van ‘grootschalig misbruik’; zie S. Eikelenboom & V. van der Boon, Actie tegen nieuwe fraudevorm met ‘plof-bv’s’, FD 5 september 2016. Volgens Renssen zou misbruik van turboliquidatie vele miljoenen schade tot gevolg hebben; zie Y. Verkaik (redacteur), Turboliquidatie maakt het fraudeurs makkelijk (en kost ons miljoenen), De Monitor 6 september 2019, <https://demonitor.kro-ncrv.nl/artikelen/turboliquidatie-maakt-het-fraudeurs-makkelijk-en-kost-ons-miljoenen>, laatst geraadpleegd op 2 november 2019. Ik vind het lastig te beoordelen of relatief veel misbruik wordt gemaakt van turboliquidatie, aangezien waarschijnlijk niet elke misbruiksituatie tot een rechtszaak leidt, zeker indien de benadeelde schuldeiser(s) een laag bedrag te vorderen heeft (hebben), en daarnaast lang niet alle rechtspraak wordt gepubliceerd. Een onderzoek van de Belastingdienst naar de aard en omvang van misbruik van turboliquidatie levert naar mijn mening geen bruikbare informatie op; zie ‘Analyse (turbo)liquidaties’, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 29911, nr. 253. De Minister voor Rechtsbescherming stelt dat per turboliquidatie zou moeten worden onderzocht of sprake is van misbruik (Kamerstukken II 2019/20, 29911, nr. 253).

[24] Kamerstukken II 1991/92, 22482, nr. 3, p. 1-3.

[25] Opmerking verdient dat het informeel vereffenen van een BV uiteraard niet problematisch is indien geen sprake is van crediteursbenadeling.

[26] Renssen 2016, p. 21.

[27] Kamerstukken II 1991/92, 22482, nr. 3, p. 1-2 (MvT).

- [28] Kamerstukken II 1991/92, 22482, nr. 2, p. 2.
- [29] Kamerstukken II 1991/92, 22482, nr. 3, p. 3, 6 en 8 (MvT); Renssen 2016, p. 31-32 en 58.
- [30] Kamerstukken II 2019/20, 29911, nr. 253, p. 2-3.
- [31] Renssen 2016, p. 58; art. 184 lid 5 van het Belgische Wetboek van Vennootschappen; zie A. Tilleux & C. Verstappen, De ontbinding en vereffening in één akte. Licht aan het einde van de tunnel?, TRV 2015, afl. 1, p. 9; S. Renssen, Kernaanbevelingen inzake de turboliquidatie van de besloten vennootschap, TvOB 2016, afl. 5, p. 138-144. Ik vraag mij af of deze eis in België bijdraagt aan de legeboedelproblematiek. Een onderzoek hiernaar gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Zie over de legeboedelproblematiek in België R. Verheyden, De lege boedelproblematiek: een onderbelichte kwaal zonder adequate remedie, Corporate Finance Lab 10 januari 2017, <https://corporatefinancelab.org/2017/01/10/de-lege-boedelproblematiek-een-onderbelichte-kwaal-zonder-remedie/>, laatst geraadpleegd op 2 november 2019.
- [32] S. Renssen, De nieuwe wetgeving inzake fraudebestrijding in faillissement: een verrijking of een lege huls?, TvOB 2018, afl. 2, par. 2.
- [33] Stcrt. 2012, 3973; vgl. M.J. Blommaert, Perikelen rondom turboliquidaties: opgeruimd staat netjes?, TvI 2016/34, par. 5; vgl. Y. Verkaik (redacteur), Interview Turboliquidaties. Rechter over plof-BV's: 'Je laat schuldeisers van dit soort bedrijven achter in het ongewisse', De Monitor 20 oktober 2019, <https://demonitor.kro-ncrv.nl/artikelen/rechter-over-plof-bvs-je-laat-schuldeisers-van-dit-soort-bedrijven-achter-in-het-ongewisse>, laatst geraadpleegd op 2 november 2019.
- [34] Vgl. M. Brown e.a., onder begeleiding van B. Wessels, Het optreden van de curator in het faillissement. Een rechtsvergelijkend schema en analyse van tuchtrechterlijke uitspraken, <http://bobwessels.nl/site/assets/files/1180/syllabus-optreden-faillissementscurator-april-2008.pdf>, laatst geraadpleegd op 2 november 2019, p. 18.
- [35] In Duitsland wordt een voorlopige curator aangesteld die vooronderzoek verricht. Voor zover de boedel leeg is, wordt de voorlopige curator betaald door de overheid. Zie M.J.M. Franken & J.J. van Hees (red.), Rapport beloning curatoren (INSOLAD), Deventer: Kluwer 2008, p. 12-13.
- [36] Hetzelfde geldt voor Letland, Tsjechië en Kroatië. De crediteuren kunnen de kosten op hun beurt verhalen op de boedelopbrengsten. Zie M.A.L.M. Willems, Hoe het bezwaar tegen turboliquidatie dan wel de 'lege boedel' weg te nemen? Naschrift naar aanleiding van Reactie van mr. J.M. Molkenboer, TvCu 2016, afl. 2, p. 58-60; Franken & Van Hees 2008, p. 12.

- [37] Kamerstukken II 2019/20, 29911, nr. 253, p. 4-5.
- [38] Zie ook over een dergelijke plicht Renssen 2017, p. 3-6; Willems 2016, p. 58-60.
- [39] Vgl. Nethe 2019, par. 4 en 5; Nethe 2017, p. 40-44; Nethe 2016, p. 415. Dit gebeurt al in België, zie Koster 2017, voetnoot 55.
- [40] Kamerstukken II 2019/20, 29911, nr. 253, p. 1 en 4-5.
- [41] Nethe 2016, p. 415.
- [42] Vgl. art. 2:210 jo. art. 2:393 jo. art. 2:394 e.v. BW.
- [43] Kamerstukken II 2019/20, 29911, nr. 253, p. 3 en noot 9. Zie over de heropening van de vereffening Renssen 201a, par. 8.2.
- [44] Zo gebeurt dit ook in België, zie art. 181 lid 4 van het Belgische Wetboek van Vennootschappen; Koster 2017, voetnoot 55.
- [45] Onder omstandigheden dient de notaris de belangen van derden in acht te nemen op straffe van aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, zie E.J.A.M. van den Akker, Notaris en zorgplicht jegens derden, WPNR 2004, afl. 6586, p. 588-589; Peter, in: GS Onrechtmatige daad, VI.1.4.2 (online, bijgewerkt 19 juli 2017); HR 23 december 1994, ECLI:NL:PHR:1994:AD2277 (Curatoren THB, Notarissen THB I).
- [46] Een uitvoerig onderzoek gaat het bestek van dit artikel te buiten, maar de Wet controle op rechtspersonen lijkt mij hier een goed startpunt.
- [47] Zo ook Renssen 2017, p. 3-6.
- [48] Zie ook C. Driessen, Turboliquidaties blijken 'prachtige toolkit' voor fraudeurs, NRC 19 november 2018. Deze problematiek doet zich blijkbaar ook voor bij het ontlopen van boetes op grond van de Wet arbeid vreemdelingen en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Zie 'Staat van eerlijk werk 2019' (Rapport van de Inspectie SZW, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 29544, nr. 950 en R. Winkel, Plof-bv's zijn Inspectie te snel af door zichzelf op te heffen, FD 8 oktober 2019.
- [49] Zie hieromtrent ook M. van Rozen, Vereenzelviging als middel tegen de turbo liquidatie?, KienhuisHoving Blog 5 januari 2017, www.kienhuishoving.nl/nl/blogs/vereenzelviging-als-middel-tegen-de-turbo-liquidatie/, laatst geraadpleegd 2 november 2019.

[50] Naast acties ter zake van bestuurdersaansprakelijkheid, aandeelhoudersaansprakelijkheid, pauliana, heropening van de vereffening van oude BV (art. 2:23c BW), faillissementsaanvraag en een verklaring voor recht dat de vennootschap nooit is opgehouden te bestaan (zie Nethe 2017, p. 40-44). Thans verkeren schuldeisers zoals gezegd niet in een goede bewijspositie; de reeds besproken beoogde wetswijziging zou hier verbetering in aan kunnen brengen. Anderzijds is het zo dat rechters het vereiste van een bate niet zwaar toetsen als om de heropening van de vereffening wordt verzocht, en het gebrek aan informatie compenseren met een zwaardere motiveringsplicht aan de zijde van de bestuurders bij een aansprakelijkheidsstelling van hem of haar (zie HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2727, NJ 1999/194; Quist 2017, p. 227; Nethe 2019, par. 1 en 3).

[51] Vgl. doorbraak van aansprakelijkheid bij inbreuk in het mededingingsrecht (HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204). Zie hierover N.R. de Jong, Civiele aansprakelijkheid voor de 'economisch opvolger' van een overtreder van het mededingingsrecht, MvO 2019, afl. 7, par. 6.2. Het Hof van Justitie van de EU gaat in op de aansprakelijkheid van de ene rechtspersoon voor een gedraging van een andere rechtspersoon in het kader van kartelschade. De ene rechtspersoon wordt als de economische rechtsopvolger van de andere rechtspersoon gekwalificeerd als eerstgenoemde 100% van de aandelen verkrijgt in de rechtspersoon die de gedraging heeft gepleegd, waarna de rechtspersoon die de gedraging heeft gepleegd, wordt ontbonden en eerstgenoemde de onderneming voortzet. Het gaat er de facto om of de onderneming wordt voortgezet door een andere rechtspersoon en de oude, inbreukmakende rechtspersoon achterblijft als lege huls. Dit wordt ook wel het beginsel van economische continuïteit genoemd (HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner)).

[52] Annotatie S.M. Bartman bij Rb. Midden-Nederland 22 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3415, JOR 2016/267, par. 2.

[53] Daarnaast zou de nieuwe BV mogelijk kunnen worden aangesproken tot het betalen van schadevergoeding aan de benadeelde crediteur op grond van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). In het kader van misbruik van identiteitsverschil is schadevergoeding op deze grond toegewezen in de zaak van Maple Leaf. Zie HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124 m.nt. P. van Schilfgaarde, en het vervolg van deze zaak Gem. Hof 1 september 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:174, waarin de vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking is toegewezen. Er zijn echter geen andere gepubliceerde uitspraken te vinden met een vergelijkbare uitkomst.

[54] HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752, NJ 1996/213 (Citco); HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 (Rainbow); HR 7 oktober 2016,

ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124 (Maple Leaf); Rb. Amsterdam 12 oktober 1995, ECLI:NL:RBAMS:1995:AW0931, V-N 1995/4014, 30; Rb. Zwolle 24 juli 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF3673, NJ 2002/593 (i.c. ging het om de doorstart van een onderneming door een nieuwe BV na ontbinding, gevolgd door vereffening van de oude BV. Vereenzelviging is toegewezen. Naar buiten toe was onduidelijk dat een nieuwe rechtspersoon handelde, nu sprake was van hetzelfde logo, dezelfde adres- en contactgegevens, dezelfde werknemers en vrijwel dezelfde naam. Hierdoor werden crediteuren misleid).

[55] Zie ook C.E.J.M. Hanegraaf, Wat zijn de ‘zó uitzonderlijke omstandigheden’? Over bestuurdersaansprakelijkheid, misbruik van identiteitsverschil en vereenzelviging, Bb 2019/64, par. 5.

[56] Rb. Midden-Nederland 22 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3415, JOR 2016/267 m.nt. S.M. Bartman; Rb. Midden-Nederland 7 augustus 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3210, JOR 2019/156 m.nt. S.M. Bartman; Renssen 2017, p. 3-6.

[57] Rb. Leeuwarden 27 augustus 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BE9404 (de nieuwe BV heeft de onderneming die door de ontbonden BV i.o. is gestart, voortgezet); Rb. Amsterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6473 (onderneming voortgezet door andere BV); Rb. Amsterdam 19 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5678 (turboliquidatie en doorstart); Rb. Den Haag 26 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4530 (onderneming voortgezet door een andere BV); Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:762 (turboliquidatie en doorstart); Hof Amsterdam 11 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1737, JOR 2013/235 (de onderneming is via een derde door de nieuwe BV met dezelfde DGA als de oude BV voortgezet, tegen een koopprijs van slechts EUR 1); Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1431, JOR 2015/148 (turboliquidatie en doorstart); Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4587, JOR 2019/157 m.nt. S.M. Bartman (turboliquidatie en doorstart; Bartman verbaast zich over het feit dat vereenzelviging in deze casus niet is aangenomen). Zie uitgebreid over misbruik van identiteitsverschil J. Elbers, Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling. Een onderzoek naar vereenzelviging en klassieke vormen van redres, Zutphen: Paris 2014.

[58] Zie ook Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:109.

[59] Hof Den Haag 18 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2375.

[60] Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/835; Elbers 2014, p. 198; Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4283, JIN 2017/11; Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1151, r.o. 6.6; HR 13 oktober 2000,

ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 (Rainbow); HR 27 februari 2009,
ECLI:NL:HR:2009:BG6445, NJ 2009/318 (Stichting Waaldijk); HR 7 oktober 2016,
ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124 (Maple Leaf).

[61] Hierbij heb ik niet alleen gekeken naar turboliquidatiezaken. Zie Rb. Leeuwarden 27 augustus 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BE9404 (onderneming voortgezet door een andere BV); Hof Amsterdam 11 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1737, JOR 2013/235 (onderneming voortgezet door een andere BV); Rb. Amsterdam 19 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5678 (onderneming door een andere BV voortgezet na turboliquidatie); Rb. Den Haag 26 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4530 (onderneming voortgezet door een andere BV); Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:762 (onderneming door een andere BV voortgezet na turboliquidatie); Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4587, JOR 2019/157 m.nt. S.M. Bartman (onderneming door een andere BV voortgezet, sterfhuisconstructie oude BV).

ANNOTATIE

Kerkgenootschappen en hun religieuze functionarissen in het recht. Beschouwingen naar aanleiding van HR 4 oktober 2019 (NGK/Gort)

P.T. Pel

Op 4 oktober 2019 wees de Hoge Raad een belangwekkend arrest op het snijvlak van het rechtspersonenrecht, arbeidsrecht en kerkelijk recht. De zaak betreft het ontslag van een predikant die werkzaam was in een kerkgenootschap. De juridische kernvraag in cassatie is: welk recht is van toepassing op de rechtspositie van deze voorganger? Is dat het civiele arbeidsrecht, het kerkelijke dienstrecht of een samenloop van beide? De Hoge Raad biedt duidelijkheid op het grensvlak van kerk en staat.

1 Inleiding

We kennen in Nederland het basisprincipe van de ‘scheiding tussen kerk en staat’. Deze klassieke notie is nauw verwant aan twee andere rechtstatelijke basisregels, het recht op vrijheid van godsdienst en de neutraliteit van de overheid. Zij vormen een belangrijke trits als het gaat om de institutionele vormgeving van de relatie tussen kerk en staat.

Aan de scheiding tussen kerk en staat wordt nogal eens de volgende uitleg gegeven: godsdienst is iets privé en hoort niet in het publieke domein. Geloof en politiek gaan niet samen. De samenleving dient een religievrije sfeer te zijn. Daarin klinkt iets door van het Franse model van de *laïcité*: houd de staat religievrij.[1]

Het scheidingsmotief ziet echter historisch juist op het omgekeerde: houd de kerk staatsvrij.[2] De overheid dient zich te onthouden van ongewenste inmenging in kerkelijke aangelegenheden. De kerk hoort gevrijwaard te blijven van ongerechtvaardigde inbreuken van de overheid. De kerk komt een eigen, staatsvrije, geloofsruimte toe. Daarmee heeft de kerk geen aspiraties als ‘staatje in de staat’, maar gaat het om de ontvlechting van ‘een vrije kerk in een vrije staat’.

De eigenstandigheid van kerk en staat heeft wederzijdse juridische consequenties. Kerk en

staat hebben als instituties elk hun eigen regelgeving. Zo goed als de staat zijn *rechtsorde* heeft, bezit de kerk haar *kerkorde*. En zo goed als de rechtsorde van de staat een grote variëteit aan regels omvat, geldt dat ook op kerkelijk terrein. Er is een grote verscheidenheid aan kerkrecht binnen de uiteenlopende kerkgenootschappen. Tegelijk is er, zoals bij vrijwel iedere grens, ook grensverkeer dat geregeld dient te worden. Kerk en overheid functioneren immers beide in de samenleving. Daarbij blijft het bewaren van een goede balans van wederzijdse distantie en betrokkenheid van belang.[3]

2 Opzet

Alvorens het arrest Nederlands Gereformeerde Kerk/Gort[4] zelf te bespreken, verdient de context nadere toelichting. Er wordt eerst ingegaan op de plaats van de kerkgenootschappen in het BW (par. 3). Het in de kerkgenootschappen toepasselijke recht, hun ‘eigen statuut’, staat daarbij centraal (par. 4). Dat eigen statuut wordt begrensd door ‘de wet’, waarbij het begrip ‘wet’ vanuit de parlementaire geschiedenis restrictief wordt uitgelegd (par. 5). Na deze schets wordt de overstap gemaakt naar de toepassing op de religieuze functionarissen in de kerk (par. 6). Zo komen we uit bij de zaak NGK/Gort (par. 7 t/m 10).

3 Kerkgenootschappen in het BW (art. 2:2 lid 1 BW)

In 1815 kregen kerkgenootschappen een plek in de Grondwet. Tot 1848 was er nog sprake van ‘godsdienstige gezindheden’, sinds de Grondwet van Thorbecke is ‘kerkgenootschappen’ de geijkte wettelijke term. Vanaf de invoering in 1983 van de ‘grondrechtencatalogus’ worden kerkgenootschappen echter niet meer afzonderlijk in de Grondwet vermeld. Ze worden geacht te vallen onder de collectieve dimensie van het recht op godsdienstvrijheid van artikel 6 Gw. De overkoepelende Europeesrechtelijke grondrechten van artikel 9 en 11 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) zijn intussen steeds belangrijker geworden en overrulen in de praktijk vanwege hun directe werking de Nederlandse grondrechten.[5]

In de Nederlandse wetgeving fungeert artikel 2:2 BW als de overgebleven kernbepaling over de kerkgenootschappen. Het artikel dateert van de invoering van Boek 2 BW in 1976 en is in 1992 gewijzigd.[6] De tekst luidt sindsdien:

- ‘1. Kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, bezitten rechtspersoonlijkheid.
2. Zij worden geregeerd door hun eigen statuut, voor zover dit niet in strijd is met de wet. Met uitzondering van artikel 5 gelden de volgende artikelen van deze titel niet voor hen; overeenkomstige toepassing daarvan is geoorloofd, voor zover deze is te verenigen met hun

statuut en met de aard der onderlinge verhoudingen.'

Aanknopingspunt voor de opnemingspunt in Boek 2 BW is de rechtspersoonlijkheid van de kerkgenootschappen. Dat blijkt uit de plaatsing in titel 1 van Boek 2 BW bij de indeling van de rechtspersonen en ook uit de tekst van artikel 2:2 lid 1 BW zelf. De wet hanteert een heldere driedeling van de rechtspersonen: de publiekrechtelijke rechtspersonen, de kerkelijke rechtspersonen en de privaatrechtelijke rechtspersonen in respectievelijk artikel 1, 2 en 3 van Boek 2 BW.[7] De kerkgenootschappen worden hier als zelfstandige categorie erkend naast de andere twee categorieën rechtspersonen. In 2008 is die eigen positie van een kerkgenootschap nog eens expliciet door de wetgever bevestigd bij de invoering van de nieuwe Handelsregisterwet.[8]

De Hoge Raad heeft dit in 2017 in een prejudiciële beslissing inzake de Nederlands-Israëlitische Instelling voor Sociale Arbeid (NIISA) ook expliciet onderkend. NIISA was een zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap Nederlands-Israëlitische Hoofdsynagoge te Amsterdam en bezat rechtspersoonlijkheid ingevolge artikel 2:2 lid 1 BW. Zij wenste omzetting naar een civielrechtelijke stichting overeenkomstig artikel 2:18 BW. De Hoge Raad schetst dan in bondige bewoordingen het juridische kader:

'Art. 2:18 BW maakt deel uit van Titel 1 (Algemene bepalingen) van Boek 2 BW en is als zodanig van toepassing op privaatrechtelijke rechtspersonen als bedoeld in art. 2:3 BW. Kerkgenootschappen behoren niet tot deze categorie rechtspersonen. Art. 2:18 BW is daarom niet rechtstreeks van toepassing bij omzetting van of in een kerkgenootschap (vgl. ook art. 2:2 lid 2 BW).'[9]

Op dit vlak heersen nog wel eens misverstanden. Rechtspersoonlijkheid is een privaatrechtelijke hoedanigheid. Doordat de kerkgenootschappen rechtspersoonlijkheid bezitten, kunnen zij net als andere instellingen en organisaties deelnemen aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer. Daarmee behoren de kerkelijke rechtspersonen (art. 2:2 BW) evenals de publiekrechtelijke rechtspersonen (art. 2:1 BW) echter niet tot de categorie van privaatrechtelijke rechtspersonen (art. 2:3 BW). Zij delen alle drie de (externe) rechtspersoonlijkheid, maar worden elk (intern) beheerst door hun eigen toepasselijke rechtsregime.

4 Het eigen statuut van de kerkgenootschappen (art. 2:2 lid 2 BW)

Artikel 2:2 lid 2 BW bevat vervolgens de crux van het artikel: 'Zij [kerkgenootschappen; PP] worden geregeerd door hun eigen statuut, voor zover dit niet in strijd is met de wet.' Dit is de spil in de wettelijke vertaling van de kerk-staatrelatie. De hoofdregel luidt dat

kerkgenootschappen hun eigen rechtsregime kennen, de uitzondering verwoordt dat dit niet mag leiden tot strijd met de wet. Aan deze formule kan een aantal functies worden toegekend.

Allereerst die van een *grondrechtbepaling*. Wat de Grondwet sinds 1983 niet meer concretiseert, staat nu hier: de wet erkent dat de kerkgenootschappen hun kerkelijk recht niet ontleen aan de staat, maar zelf hun eigen interne kerkelijke organisatie en rechtsstructuur ontwikkelen en hanteren. Zij bezitten het recht van zelfregulering en zelfbestuur, institutionele autonomie. De kerken zijn *selfsupporting*.

Tegelijk functioneert de bepaling ook als een *verwijzingsregel*.^[10] Terwijl voor de privaatrechtelijke rechtspersonen van artikel 2:3 BW de toepasselijke organisatieregels zijn opgenomen in het verdere Boek 2 BW, geldt voor de kerkelijke rechtspersonen hun eigen kerkelijk recht, samengevat onder de noemer 'hun eigen statuut'. Voor het toepasselijk kerkelijk recht moet je bij het desbetreffende kerkgenootschap zelf zijn.

In de derde plaats geeft de bepaling uitdrukking aan het *eigen identiteitsrecht* van de kerkgenootschappen. De zinsnede 'hun eigen statuut' verdisconteert dat de uiteenlopende theologische en ecclesiologische overtuigingen die binnen de diverse kerkgenootschappen bestaan, leiden tot een kerkelijk recht van eigen aard en origine (*ius sui generis*). Er is zowel qua herkomst als qua rechtskarakter, inhoud en toepassingsbereik sprake van een bijzonder rechtsgenre.^[11]

Voor de inhoud en omvang van het kerkelijk statuut is beslissend wat de kerkgenootschappen zelf daartoe rekenen. Dat kan per kerkgenootschap variëren, omdat ieder kerkgenootschap zijn eigen kerkelijk statuut heeft, van het omvangrijke universele rooms-katholieke canonieke wetboek (Codex Iuris Canonici; CIC) tot het eenvoudige huishoudelijke reglement van een plaatselijke onafhankelijke baptistengemeente aan toe. Pluriformiteit aan kerkgenootschappen impliceert pluriformiteit aan kerkelijk recht.

Toch is er vanuit regelgevingsoptiek wel een gemeenschappelijk grondpatroon te benoemen voor wat betreft de samenstelling van het kerkelijk statuut in de uiteenlopende kerkgenootschappen. De Hoge Raad zegt daarvan in NGK/Gort:

'3.2 (...) Wat in een concreet geval behoort tot het statuut van een kerkgenootschap, hangt af van de omstandigheden van het geval. In het algemeen behoren daartoe regelingen over de organisatiestructuur en het interne functioneren van het kerkgenootschap, waaronder regels over het bestuur van het kerkgenootschap en over de verhouding tussen het kerkgenootschap en zijn geestelijk ambtsdragers.'

De Hoge Raad verwijst dus in concreto naar de voorzieningen van het kerkgenootschap ('de omstandigheden van het geval') en geeft daarnaast een niet-limitatieve aanduiding van bestuurlijk-organisatorische onderwerpen waarover het eigen statuut in het algemeen regelingen bevat.

Gekeken naar de kerkelijke doctrines en praxis bestaat het statuut veelal uit één of meer van de volgende bestanddelen:[12]

- a. *geschreven recht*: de vastgestelde kerkorde, het kerkelijk wetboek, kerkelijke regelingen, ordinanties, decreten, instructies, enzovoort;
- b. *kerkelijke besluiten*: besluiten van kerkelijke vergaderingen, kerkelijke gezagsdragers en eventuele andere bevoegde instanties in het kerkgenootschap over interne kerkelijke aangelegenheden;
- c. *kerkelijke jurisprudentie*: uitspraken van kerkelijke vergaderingen of van bezwaar- en beroepsinstanties die met interne kerkelijke rechtspraak over geschillen in het kerkgenootschap zijn belast;
- d. *de kerkelijke traditie(s) of gewoonten* die harmoniëren met de overige bestanddelen van het desbetreffende kerkelijk statuut;
- e. *de kerkelijke doctrine*, waaronder is te verstaan: de opvattingen van deskundige en gezaghebbende auteurs in de kring van het desbetreffende kerkgenootschap in verleden en heden.

5 Het eigen statuut en de wet

Intussen impliceert kerkelijke autonomie geen volledige kerkelijke immuniteit in rechtstatelijk opzicht. Grondrechten kennen hun begrenzingen en beperkingen. Zo ook artikel 2:2 lid 2 BW: het eigen statuut vindt zijn grens in de woorden 'voor zover niet in strijd met de wet'. Daarmee rijst de vraag naar de betekenis en reikwijdte van die formule.

Al tijdens de parlementaire behandeling werd gesproken over de interpretatie daarvan. Met name bij de Aanpassingswet 1992 is dit expliciet aan de orde geweest.[13] Uit de beantwoording van de minister blijkt onmiskenbaar van een bewuste inperking van het wetsbegrip. Aanvankelijk werd in vrij summiere bewoordingen verwezen naar 'het dwingend recht'. [14] Nader bevraagd stelde de minister:

'Wanneer Boek 2 – behalve de artikelen 2 en 5 – niet van toepassing zal zijn op de inrichting

van kerkgenootschappen, blijven slechts wettelijke bepalingen van strafrechtelijke aard over, waarmee een kerkelijk statuut in strijd kan komen.

Praktische betekenis zal dit inderdaad slechts kunnen hebben voor een beperkt aantal bepalingen omtrent misdrijven volgens het Wetboek van Strafrecht die van fundamentele aard zijn.’[15]

En nog weer later:

‘Het gaat inderdaad om een sterk dwingend recht. Bij de vaststellingswet is, om te laten zien hoe sterk dwingend recht het wel betreft, gesproken over het verbod om mensenoffers te brengen en het verbod van polygamie. Die begrippen maken wel duidelijk dat er inderdaad aan zeer zwaarwegende dwingend-rechtelijke bepalingen is gedacht.’[16]

Het strafrecht valt uit zijn aard onder het domeinmonopolie van de staat en het kerkelijk statuut kan dan ook nooit een dekmantel zijn voor strafbare praktijken. Voor het bredere statelijke recht gaat het volgens de minister om ‘sterk dwingend recht’ en ‘zeer zwaarwegende dwingend-rechtelijke bepalingen’. In lijn daarmee zijn in de doctrine omschrijvingen gehanteerd zoals ‘fundamentele dwingende regels met voorrangspretentie’, ‘fundamentele beginselen van burgerlijke wetgeving’, ‘fundamentele rechtsbeginselen van de rechtsorde’, ‘regels van openbare orde’, en dergelijke.[17] Uit alles blijkt de restrictieve uitleg van het wetsbegrip in artikel 2:2 lid 2 BW.

Elders heb ik erop gewezen dat ook hier het toepassingsschema van artikel 9 jo. artikel 11 EVRM relevant is. De ‘voor zover-formule’ functioneert als juridisch correctiemechanisme onder de paraplu van artikel 9 lid 2 EVRM. Daarbij blijft het zaak om de hoofdregel (het eigen statuut) en de uitzondering (de wet) op hun plaats te laten en niet, bewust of ongemerkt, de rollen om te draaien.[18]

6 Religieuze functionarissen in de kerk

Een concreet toepassingsgebied van de hier geschetste rechtsverhouding tussen kerkelijk recht en statelijk recht, tussen ‘statuut’ en ‘wet’, is dat van de rechtspositie van geestelijke functionarissen binnen kerkgenootschappen. Kort gezegd laten zich daarbij in het licht van het bovenstaande drie posities denken:

- a. een eigensoortige rechtspositie volgens het kerkelijk statuut;
- b. een arbeidsrechtelijke positie volgens statelijk arbeidsrecht; en

c. een zekere samenloop van beide.

Het zal niet verbazen dat alle drie de lijnen in de literatuur zijn verdedigd en ook in de rechtspraak zijn beproefd.

Een vrijwel onbestreden standpunt is dat een kerkgenootschap kan *opteren* voor de toepassing van het arbeidsrecht van Boek 7 BW op zijn voorgangers, geestelijken en religieuze medewerkers. De incorporatie door een kerkgenootschap van statelijk arbeidsrecht in het eigen kerkelijk recht stuit niet op bezwaar.[19]

Discussies ontstaan in de praktijk als het kerkgenootschap uitgaat van het eigen kerkelijk dienstrecht, terwijl de voorganger zich beroept op toepasselijkheid van het civiele arbeidsrecht. Die situatie deed zich ook voor in de onderhavige zaak NGK/Gort. Twee arresten van de Hoge Raad waren tot nu toe op dit vlak leidend, namelijk het Kruis-arrest en het Imam-arrest, met een tegengestelde uitkomst. Begrijpelijk dat er werd uitgekeken naar een nieuwe casus die hier meer licht op zou kunnen werpen. De Hoge Raad heeft met het arrest NGK/Gort de praktijk een dienst bewezen door de gewenste helderheid inderdaad te bieden.

In het *Kruis-arrest*[20] uit 1991 ging het om een (ex-)predikant bij de Christelijke Gereformeerde Kerken (CGK). Het kerkelijk statuut van de CGK bestond (en bestaat) in hoofdzaak uit de eigen kerkorde (KO), die rechtstreeks is afgeleid van de oude Dordtse Kerkenordening (DKO) uit 1618-1619. Het kerkelijk statuut van de CGK bevat voor de rechtspositie van de predikant geen enkele verwijzing naar het civiele arbeidsrecht. Toch deed predikant Kruis daar een beroep op en kreeg hij van de kantonrechter in Den Bosch gelijk. In appel oordeelde de rechtbank geheel anders, namelijk 'dat de rechtsverhouding tussen partijen burgerrechtelijk gezien geen arbeidsovereenkomst, maar een rechtsbetrekking van geheel eigen aard is'. De rechtbank verwees daarvoor met name naar het feit dat Kruis als predikant voor het leven was benoemd en geacht werd tucht uit te oefenen over de kerkelijke gemeente. De Hoge Raad oordeelde in cassatie dat de rechtbank door het niet aannemen van een arbeidsrechtelijke gezagsverhouding in de relatie tussen CGK en predikant geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en liet dat oordeel in stand. De predikant Kruis had geen arbeidsovereenkomst.

In het *Imam-arrest*[21] uit 1994 was er tussen de imam en de Stichting Moskee al Mouhsenin een schriftelijke arbeidsovereenkomst gesloten. De imam kreeg ontslag en stelde een loonvordering in. De moskee voerde aan dat er gelet op de geestelijke arbeid van de imam geen sprake was van ondergeschiktheid, geen gezagsverhouding en dus geen arbeidsovereenkomst. De kantonrechter wees de vordering af, omdat de imam geen arbeidsovereenkomst kon aantonen. Ook hier kwam de rechtbank met een tegengesteld

oordeel in appel: de uitoefening van de taken door de imam in onderworpenheid aan de Koran staat er niet aan in de weg dat er een overeenkomst wordt gesloten met de moskee die als arbeidsovereenkomst valt aan te merken. In cassatie bleef dit oordeel overeind. De Hoge Raad achtte een tweedeling mogelijk tussen de godsdienstige en overige aspecten van de arbeidsverhouding. De imam had dus wel een arbeidsovereenkomst.

Natuurlijk is de vraag gesteld hoe beide relatief kort na elkaar gewezen arresten zich tot elkaar verhouden.[22] Wat opvalt is dat in beide arresten de beoordeling primair loopt over de band van het arbeidsrecht en dan met name toegespitst op het element van de gezagsverhouding. De wegen lopen uiteen als vervolgens bij de toetsing van het arbeidsrechtelijk kader blijkt dat in het Kruis-arrest de CGK als kerkgenootschap een kerkelijk statuut (art. 2:2 BW) kennen, terwijl in het Imam-arrest sprake is van een stichting die buiten het bereik van artikel 2:2 BW valt.

Het statuut van de CGK bevat een geheel eigensoortige kerkelijke rechtspositie die zich niet met een arbeidsovereenkomst verdraagt, terwijl in geval van de imam geen bijzondere religieuze regeling op de rechtsverhouding van toepassing is verklaard. De bedoeling van partijen bij het aangaan van de relatie, die tot uitdrukking komt in het gekozen en vervolgens toepasselijke rechtsregime, is dus sterk verschillend.[23] De Hoge Raad analyseert in beide gevallen de rechtskeuze van partijen en respecteert die.

Na deze twee arresten diende zich een derde zaak aan met het geding CGK/De Boer. Ondanks de uitspraak van de Hoge Raad in het Kruis-arrest oordeelde de kantonrechter Lelystad in 2005 op een vordering van predikant De Boer dat sprake was van een arbeidsovereenkomst met de CGK (een andere plaatselijke kerk binnen hetzelfde landelijke kerkverband met hetzelfde kerkelijk statuut).[24] In appel bestreed de CGK dit oordeel en beriep zich op de eigensoortige kerkelijke rechtsverhouding tussen kerkgenootschap en predikant krachtens het kerkelijk statuut. Daaraan voorafgaand ging nog het verweer dat de predikant de voorgeschreven interne kerkelijke rechtsgang krachtens hetzelfde kerkelijk statuut niet ten volle had benut en daarom niet-ontvankelijk diende te worden verklaard in zijn vorderingen bij de civiele rechter. Het gerechtshof Arnhem deed een uitvoerige toetsing van de interne kerkelijke procedure en verklaarde de predikant inderdaad niet-ontvankelijk. Het vonnis van de kantonrechter werd daarbij vernietigd.[25] Het door de predikant nog ingestelde cassatieberoep strandde op procedurele gronden.[26] De rechtspositionele verhouding tussen kerkgenootschap en predikant kwam hierdoor in appel en cassatie niet meer aan de orde. Dat is nu in de zaak NGK/Gort evenwel geheel anders.

7 De zaak NGK/Gort

Gort was als predikant verbonden aan de Nederlands Gereformeerde Kerk (NGK). De NGK heeft een eigen kerkelijk statuut in de vorm van een kerkorde (Akkoord van Kerkelijk Samenleven (AKS)) en diverse uitvoeringsregelingen. Daarin is expliciet opgenomen: 'De verbondenheid tussen de predikant en de gemeente [kerkelijke gemeente; PP] is geen arbeidsovereenkomst.' De kerkenraad is gekomen tot een voorgenomen besluit tot beëindiging van de verbondenheid. Na verkregen advies en toestemming van de voorgeschreven kerkelijke organen is de predikant in 2010 door de NGK ontslagen.

De (ex-)predikant is daarop bij de rechtbank Zutphen een procedure gestart tegen het kerkgenootschap uit hoofde van een civiele arbeidsovereenkomst. De zaak is, na verwijzing bij een incidenteel vonnis, behandeld door de kantonrechter Apeldoorn. Bij eindvonnis heeft de kantonrechter in 2012 de vorderingen afgewezen op grond van het oordeel dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.[27]

Daartegen heeft de predikant appel ingesteld. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft bij arrest in 2018 het vonnis van de kantonrechter vernietigd, voor recht verklaard dat de NGK de arbeidsovereenkomst met de predikant onregelmatig en kennelijk onredelijk heeft opgezegd, en de kerk uit dien hoofde veroordeeld tot schadevergoeding.[28] Het hof gaat dus uit van een arbeidsovereenkomst en komt daartoe door – geheel volgens het arbeidsrechtelijk stramien – te toetsen of is voldaan aan de essentialia van artikel 7:610 lid 1 BW. Er is, aldus het hof, sprake van arbeid, gedurende zekere tijd, tegen beloning en in een gezagsverhouding. Het hof gebruikt daarbij het 'Imam-criterium': zelfs als ten aanzien van de godsdienstige aspecten geen gezagsverhouding zou bestaan, sluit dat niet uit dat met betrekking tot de overige aspecten van de contractuele verhouding daarvan wel sprake was. Dat in de kerkelijke uitvoeringsregelingen is opgenomen dat de verbondenheid tussen partijen geen arbeidsovereenkomst is, wordt gepasseerd met beroep op het 'Groen/Schoevers-criterium':[29] bepalend is wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven.[30] Tot slot vindt ook het beroep van het kerkgenootschap op het eigen statuut (art. 2:2 lid 2 BW) geen gehoor bij het hof:

'De NGK werpt de predikant in verband met de vraag of ter zake sprake is van een arbeidsovereenkomst in het bijzonder nog tegen artikel 2:2 BW, op grond waarvan kerken worden geregeerd door hun eigen statuut. Dit eigen statuut geldt volgens artikel 2:2, lid 2 BW "voor zover het niet in strijd is met de wet". Het arbeidsrecht is volgens het BW evenwel, zoals de predikant ook aanvoert, in hoge mate dwingendrechtelijk van aard. Aldus zal het hof het ontslag van de predikant toetsen aan het arbeidsrecht volgens het BW voor zover dit, als dwingend recht, het kerkelijke statuut ter zijde stelt. Het zal daarbij (...) gaan om een toetsing

van het ontslag van de predikant op de gestelde kennelijke onredelijkheid en/of onregelmatigheid ervan.'

Dit alles was voor de NGK voldoende aanleiding om in cassatie te gaan. Voor het kerkgenootschap was de kerk-staatbalans verstoord en waren door het oordeel van het hof ten onrechte de rollen van 'de wet' en 'het statuut' omgedraaid.

8 Conclusie A-G

A-G Wesseling-van Gent heeft in haar conclusie een helder overzicht geboden van het relevante beoordelingskader.[31] Zij stelt terecht voorop dat er twee vragen gesteld moeten worden:

'2.3 Met de vraag of de rechtsverhouding tussen een predikant en zijn kerkgenootschap een arbeidsovereenkomst is, hangt de vraag samen of dan wel in welke mate de arbeidsrechtelijke bepalingen van het Burgerlijk Wetboek wel van toepassing kunnen zijn.'

De tweede vraag gaat niet alleen logischerwijs, maar ook wettelijk aan de eerste vooraf. Overeenkomstig artikel 2:2 lid 2 BW ligt het primaat bij het kerkelijk statuut en wijkt dat alleen bij eventuele strijd met de wet. Daar zat dan ook de basisweeffout bij het hof, dat de zaken verwisselde. Het hof voerde immers eerst de puur arbeidsrechtelijke beoordeling uit op basis van Boek 7 BW.[32] Pas daarna confronteerde het hof zich kort met de 'tegenwerping' (!) van het kerkelijk statuut volgens artikel 2:2 lid 2 BW,[33] om die aansluitend terzijde te stellen met een beroep op de (overwegend) dwingendrechtelijke aard van het civiele arbeidsrecht. Een inhoudelijke toetsing van de rechtsverhouding naar kerkelijk recht heeft het hof niet uitgevoerd en strijd met de wet is door het hof niet vastgesteld.

De A-G heeft in het juiste perspectief eerst de betekenis van artikel 2:2 lid 2 BW vastgesteld op basis van de parlementaire geschiedenis en de doctrine. Vervolgens heeft zij de verhouding van het kerkelijk rechtspositierecht (eigen statuut) tot het statelijk arbeidsrecht (Boek 7 BW) onderzocht aan de hand van de literatuur en het Kruis-arrest en Imam-arrest. Zij concludeert tot gegrondbevinding van het cassatiemiddel op beide hoofdonderdelen:

1. Het hof heeft niet onder ogen gezien dat partijen hun rechtsverhouding volgens het kerkelijk recht hebben geregeld.
2. Het hof heeft miskend dat het kerkelijk statuut slechts wijkt voor 'sterk dwingend recht'.

De Hoge Raad volgt ditzelfde spoor.

9 Het oordeel van de Hoge Raad

Allereerst geeft de Hoge Raad een algemene uitleg van artikel 2:2 lid 2 BW. Daarbij gaat hij in op de betekenis en reikwijdte van beide polen, te weten het kerkelijk 'statuut' en de statelijke 'wet':

'3.2 Art. 2:2 lid 2 BW bepaalt dat kerkgenootschappen worden geregeerd door hun eigen statuut, voor zover dit niet in strijd is met de wet. Deze bepaling berust op het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat. Wat in een concreet geval behoort tot het statuut van een kerkgenootschap, hangt af van de omstandigheden van het geval. In het algemeen behoren daartoe regelingen over de organisatiestructuur en het interne functioneren van het kerkgenootschap, waaronder regels over het bestuur van het kerkgenootschap en over de verhouding tussen het kerkgenootschap en zijn geestelijk ambtsdrager(s). Uit art. 2:2 lid 2 BW volgt dat het eigen statuut alleen geldt voor zover dit niet in strijd is met de wet. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het begrip "wet" in deze bepaling verwijst naar bepalingen van fundamentele aard of "sterk dwingend recht", waarbij is gedacht aan "zeer zwaarwegende dwingendrechtelijke bepalingen".'

Vertaald naar de rechtsverhouding tussen het kerkgenootschap en de geestelijk ambtsdrager, kan deze naar eigen inzicht van het kerkgenootschap worden vormgegeven. Afwijking van wettelijk dwingend recht is daarbij mogelijk. Dit leidt slechts uitzondering, aldus de Hoge Raad, als het gaat om de bescherming van een zo fundamenteel belang dat afwijking niet kan worden aanvaard:

'3.3 Gelet op het voorgaande brengt de in art. 2:2 lid 2 BW vervatte inrichtingsvrijheid mee dat een kerkgenootschap de rechtsverhouding tot een geestelijk ambtsdrager in zijn statuut in beginsel naar eigen inzicht kan vormgeven. Daarbij is afwijking van dwingend recht mogelijk, tenzij dat recht een belang van zo fundamentele aard beschermt dat afwijking van dat dwingend recht in de omstandigheden van het geval, ondanks de aan kerkgenootschappen toekomende inrichtingsvrijheid, niet kan worden aanvaard.'

De NGK heeft haar eigen rechtspositieregeling in haar statuut vormgegeven. Daarbij heeft de NGK onmiskenbaar beoogd het arbeidsrecht van Boek 7 BW uit te sluiten. De eigen ontslagregeling van de NGK schendt geen door het civiele arbeidsrecht beschermde belangen van fundamentele aard:

'3.4 Zoals blijkt uit (...), kent de NGK eigen regelingen over de rechtsverhouding tot zijn

predikant. Die verhouding is een interne kerkelijke verhouding, die de NGK in zijn statuut heeft vormgegeven. Met de daarin voorkomende bepalingen is onmiskenbaar beoogd de toepasselijkheid van de bepalingen van titel 10 van Boek 7 BW op die verhouding uit te sluiten. De in die bepalingen uitgewerkte ontslagregeling wijkt niet zodanig af van het dwingend recht waarop de predikant zich in dit geding beroept [kennelijk onredelijke opzegging en onregelmatig ontslag; PP] dat daardoor belangen van fundamentele aard worden geschonden.'

De slotsom is dan ook dat het hof ten onrechte het dwingend arbeidsrecht van Boek 7 BW heeft laten prevaleren boven het statuut van de NGK:

'3.5 Uit het voorgaande volgt dat het hof in rov. 5.9 en 5.10 ten onrechte heeft geoordeeld dat het dwingend recht waarop de predikant zich beroept, prevaleert boven het statuut van de NGK. De onderdelen 1 en 2 slagen dus.'

10 Kanttekeningen

Het arrest van de Hoge Raad geeft belangrijke verduidelijking over de juridische terreinafbakening tussen kerk en staat, 'statuut' en 'wet'. Een zestal kanttekeningen daarbij:

1. De Hoge Raad benoemt uitdrukkelijk het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat dat aan artikel 2:2 lid 2 BW ten grondslag ligt. Deze verwijzing markeert de institutionele verhoudingen die in geding zijn en onderstreept het rechtstatelijk belang van de uitspraak. Zij biedt ook het goede onderliggende uitgangspunt voor de verdere afwegingen die er in de uitspraak zijn te maken.
2. Van belang is de algemene strekking van de uitleg van artikel 2:2 lid 2 BW door de Hoge Raad. Dat is ook inherent aan de scope van het artikel en de plaats en functie die het artikel in de wetgeving heeft.[34] Desalniettemin is het goed om vast te stellen dat het oordeel van de Hoge Raad in r.o. 3.2 betekenis heeft voor de brede invulling door de kerkgenootschappen van hun kerkelijk statuut en niet alleen voor de specifieke rechtsverhouding met de 'geestelijk ambtsdragers', die de aanleiding vormt voor deze zaak.
3. De Hoge Raad onderstreept de hoofdregel dat de inrichtingsvrijheid van de kerkgenootschappen meebrengt dat zij de rechtsverhouding met hun geestelijk ambtsdragers in beginsel naar eigen inzicht mogen vormgeven. Dat 'eigen inzicht' refereert aan de godsdienstige opvattingen die gelden binnen de uiteenlopende kerkgenootschappen en de daarop gebaseerde heel diverse kerkstructuren.[35] Er is dus vrijheid om de kerkelijke rechtsbronnen te vertalen in positiefrechtelijke kerkelijke regelingen en bepalingen. Dat

bevestigt tegelijk de verantwoordelijkheid, sterker: schept de verplichting voor de kerkgenootschappen om de eigen rechtspositionele regelingen dan ook in alle zorgvuldigheid 'waar te maken'. Deze hoofdregel lijdt slechts uitzondering ('in beginsel') als sprake zou zijn van strijd met 'zeer zwaarwegende dwingendrechtelijke bepalingen'.

4. Kerkelijk recht wijkt niet voor gewoon dwingend statelijk recht. Afwijking van dwingend recht is mogelijk, zegt de Hoge Raad letterlijk. De Hoge Raad heeft het dan over het 'gewone' dwingend recht, in onderscheiding van 'fundamenteel dwingend recht'.

Deze afbakening schept duidelijkheid in het juridisch discours en is belangrijk voor de rechtspraktijk. Met name Van der Ploeg en Oldenhuis hebben zich eerder op het andersluidende standpunt gesteld dat er voor kerkelijk recht geen plaats is naast (gewoon) dwingend recht. Van der Ploeg schreef in 2005: 'Het dwingend recht verhindert een afwijkende regeling in het eigen interne recht.' [36] En in 2009 stelde hij het naar aanleiding van de oratie van Oldenhuis nog scherper:

'Het hebben van een eigen rechtssfeer hoort bij de privaatrechtelijke rechtspersonen als zodanig; artikel 2:2, tweede lid, van het BW voegt daaraan niets toe. Het maakt wel duidelijk dat ook kerkgenootschappen zich daarbij moeten houden aan het dwingende recht (en de openbare orde).'

En:

'Na de behandeling van artikel 2:2 van het BW komt de auteur [Oldenhuis; PP] met drie "toepassingen": de rechtspositie van de predikant, de appeltermijnen (interne geschiloplossing) en de buitencontractuele aansprakelijkheid. Voor hem zijn dit blijkbaar toepassingen van artikel 2:2, tweede lid, van het BW, voor mij zijn dit interessante onderwerpen die niet veel met artikel 2:2 van het BW te maken hebben.' [37]

Oldenhuis zelf heeft ook in diverse bijdragen de eigenstandige positie van het kerkelijk recht ter discussie gesteld. Zo lezen we in 2014 als het gaat om de organisatievrijheid die kerkgenootschappen bezitten:

'(...) Kerkgenootschappen zijn echter wel degelijk onderdeel van het rechtsverkeer, en dus wat het burgerlijk recht betreft, gewoon gebonden aan de regels van de overige boeken uit het Burgerlijk Wetboek. Soms geldt er een bijzonder rechtsregime, maar dat doet aan deze hoofdregel niet af.' [38]

In een bundel met bijdragen over ‘dwingend privaatrecht’ in 2015 kruist hij op dit punt de degen met onderdelen uit mijn proefschrift uit 2013. Volgens Oldenhuis is de stelling dat kerkelijk recht en statelijk recht naast elkaar bestaan en dat eerstgenoemde niet in het statelijk recht wordt gefundeerd ‘de iure niet houdbaar’ en hij acht dit ook niet wenselijk.[39] Blijkens zijn bijdrage is hij van mening dat nog altijd de ‘opperheerschappij der algemene wet’ van toepassing is, waarover de Hoge Raad in 1911 sprak in het arrest Boele van Hensbroek.[40] Oldenhuis merkt dat aan als een ‘standaardarrest’, dat zijns inziens onverkort van kracht is.[41]

Ik heb daartegenover gesteld dat de betekenis van het Boele van Hensbroek-arrest uit 1911, verweven met het toenmalige oud BW en uit een rechtsperiode ver vóór het EVRM, in het licht van de Hasan & Chaush-doctrine van het EHRM sterk is gereduceerd.[42] Het Europees Hof in Straatsburg erkent in zijn jurisprudentie onder artikel 9 jo. artikel 11 EVRM de autonomie van de kerkgenootschappen volmondig en ziet hun organisatiestructuur en interne kerkelijke regels als onlosmakelijk verbonden met hun kerkelijke identiteit, die gevrijwaard moet blijven van ongerechtvaardigde inbreuken daarop van de staat. Aldus het EHRM in 2000 in de zaak Hasan & Chaush.[43] Ook in de conclusie van de A-G wordt hiernaar verwezen.

Uit het arrest NGK/Gort volgt dat de Hoge Raad geen steun biedt aan de opinies van Oldenhuis en Van der Ploeg dat het kerkelijk recht zou moeten wijken voor alle dwingend statelijk recht. Deze opvattingen miskennen de eigen plaats die het kerkelijk statuut overeenkomstig de hoofdregel van artikel 2:2 lid 2 BW toekomt.

5. De Hoge Raad onderscheidt in NGK/Gort dus twee niveaus van dwingendheid. De terminologie blijft daarbij wat variabel. Enerzijds is er sprake van ‘dwingend recht’, waarmee de Hoge Raad doelt op ‘gewoon’ dwingend recht (niveau a). Anderzijds is er sprake van ‘sterk’ dwingend recht of ‘fundamenteel’ dwingend recht (niveau b).

Het kerkelijk statuut mag zijn eigen regelingen bevatten, die zonder bezwaar kunnen afwijken van niveau a. Bij niveau b gaat het om bepalingen die een zo fundamenteel belang beschermen dat afwijking daarvan volgens de Hoge Raad niet kan worden aanvaard. De Hoge Raad noemt hierbij geen voorbeelden, zodat in voorkomend geval discussie kan bestaan of sprake is van een afwijking op niveau a of b. Maar gezien de gehanteerde zware terminologie, gerelateerd aan de parlementaire geschiedenis, en gelet op de context van het beginsel van scheiding van kerk en staat, gaat het hier wel echt om de uitzonderingsgevallen.

6. De Hoge Raad kwalificeert tot slot de rechtsverhouding tussen de NGK als kerkgenootschap en Gort als haar (ex-)predikant als een interne kerkelijke verhouding, die is vormgegeven in het kerkelijk statuut van de NGK en waarbij onmiskenbaar is beoogd het civiele arbeidsrecht

van titel 10 van Boek 7 BW uit te sluiten. Dat mag en daarover maakt de Hoge Raad dan ook geen enkele opmerking.

Wel maakt de Hoge Raad hierbij in korte bewoordingen gewag van een toetsing van de kerkelijke ontslagregeling op niveau b. De kerkelijke ontslagregeling is in het arrest uitvoerig beschreven bij de weergave van de feiten, ontleend aan de conclusie van de A-G. Maar ten aanzien van de toetsing daarvan volstaat de Hoge Raad met de enkele vermelding van de uitkomst: de kerkelijke ontslagregeling wijkt niet zodanig af van het dwingend recht waarop de predikant zich beroept, dat daardoor belangen van fundamentele aard worden geschonden.[44]

11 Slot

De Hoge Raad heeft op het grensvlak van kerk en staat een duidelijke uitspraak geleverd, waarbij het uitgangspunt terecht is genomen in artikel 2:2 lid 2 BW. Daarmee heeft de uitspraak enerzijds een verdergaande betekenis dan alleen ten aanzien van de rechtsverhouding tussen kerkgenootschap en predikant en gaat deze anderzijds ten aanzien van die rechtsverhouding uit van het primaat van het eigen kerkelijk rechtspositierecht boven het statelijk arbeidsrecht. De systematische inbedding en uitwerking hebben geleid tot een overtuigende uitspraak van de Hoge Raad, die tevens een goede basis vormt voor de verdere ontwikkeling van de kerkelijke rechtspraktijk.

Noten

[1] Laïcisme (Frans: *laïcité*) gaat uit van een areligieuze samenleving, waarin religieuze uitingen in het publieke domein verboden zijn. Godsdienst is voor de binnenkamer en verbannen uit het openbare leven. Het Nederlandse systeem gaat daarentegen uit van een pluralistische coöperatieve samenleving, waarin voor religieuze en niet-religieuze overtuigingen ruimte in de samenleving behoort te gelden.

[2] Vgl. S. van Bijsterveld, *Overheid en godsdienst. Herijking van een onderlinge relatie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 172: 'Bij het gevolg geven aan dit nieuwe beginsel in de 19e eeuw lag de nadruk vooral op ontvlechten van institutionele verhoudingen tussen kerk en staat. Daarbij ging het met name om de "terugtrek" van de overheid: het terugbrengen en afschaffen van overheidsbemoeienis met kerken (...).'

[3] Zie daarover Van Bijsterveld 2008, p. 155-177.

[4] HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1531, JAR 2019/274 m.nt. W.A. Zondag, JIN 2019/173 m.nt. K.W. de Jong, TRA 2019/111 m.nt. M.D. Ruizeveld, JOR 2019/274 m.nt. J.M. Blanco

Fernández, Ondernemingsrecht 2020/8 m.nt. K.A.M. van Vught (NGK/Gort).

[5] Art. 9 EVRM betreft het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst. Art. 11 EVRM betreft de vrijheid van vergadering en vereniging. In de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg (EHRM) worden zij vaak in samenhang gehanteerd. Vgl. de corresponderende rechten in art. 10 en 12 Handvest grondrechten EU.

[6] Zie P.T. Pel, *Geestelijken in het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 34-37.

[7] Zie nader Pel 2013, p. 110-126; Blanco Fernández, in: Asser/Rensen 2-III* 2017/383-384.

[8] Aldus de minister in de nota van toelichting op het Handelsregisterbesluit 2008, Stb. 2008, 240, p. 20: 'De rechtspersonen zijn onder te verdelen in privaatrechtelijke rechtspersonen, publiekrechtelijke rechtspersonen en rechtspersonen sui generis. De laatste groep omvat de kerkgenootschappen, alsmede de zelfstandige onderdelen en de lichamen waarin zij zijn verenigd, zie artikel 2, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.'

[9] HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:771, NJ 2017/297 m.nt. P. van Schilfgaarde, Ondernemingsrecht 2017/98 m.nt. B. Snijder-Kuipers, JOR 2017/192 m.nt. J.M. Blanco Fernández (NIISA).

[10] Aldus ook Blanco Fernández 2017, nr. 385.

[11] Zie daarover P.T. Pel, 'Hun eigen statuut': kerkelijk primaat of statelijk privaat?, NTKR 2018, afl. 2, p. 115-130. Ook opgenomen in: C. van den Broeke e.a. (red.), *Perspectieven op de godsdienstvrijheid en de verhouding tussen staat en religie*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 103-116.

[12] Vgl. A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding. De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 71-76; L.C. van Drimmelen, *Bronnen van positief kerkrecht*, in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 215-229.

[13] Zie gedetailleerd Pel 2013, p. 209-213.

[14] Kamerstukken II 1984/85, 17725, nr. 7, p. 13. *Parlementaire geschiedenis NBW Aanpassing BW* (1992), p. 120.

[15] Kamerstukken II 1987/88, 17725, nr. 13, p. 9. *Parlementaire geschiedenis NBW Aanpassing BW* (1992), p. 125.

- [16] Kamerstukken II 1987/88, 17725, Handelingen UCV 18 november 1987, p. 16.
Parlementaire geschiedenis NBW Aanpassing BW (1992), p. 135.
- [17] Blanco Fernández 2017, nr. 386 vat het samen als: ‘Onder strijd met de wet in artikel 2:2 BW moet niet worden verstaan elke strijdigheid met een wet in formele zin. Het moet gaan om strijdigheid met bijzonder dwingend recht.’ Hij noemt het voorbeeld van het verbod van mensenoffers wel vergezocht, maar daardoor niet minder illustratief.
- [18] Zie Pel 2019, p. 110. Aldus ook T.J. van der Ploeg, De verhouding tussen het interne recht van geloofsgemeenschappen en het burgerlijk recht, in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), Geloofsgemeenschappen en recht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 342.
- [19] Een voorbeeld biedt de ‘Rechtspositieregeling voor predikanten, voorgangers en pastoraal werkenden in Doopsgezinde gemeenten, verenigd in de Algemene Doopsgezinde Sociëteit’ (ADS) van november 2012, die expliciet uitgaat van een rechtsverhouding op basis van een arbeidsovereenkomst.
- [20] HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo280, NJ 1992/173 m.nt. H.J. Snijders (Kruis/CGK).
- [21] HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1397, NJ 1994/757 m.nt. P.A. Stein (Imam).
- [22] Zie Pel 2013, p. 414-426, waar beide arresten worden besproken en breder geanalyseerd.
- [23] In deze zin ook W.A. Zondag, Religie in de arbeidsverhouding, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 44-45.
- [24] Rb. Zwolle-Lelystad 2 februari 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AS6771 (De Boer/CGK).
- [25] Hof Arnhem 19 januari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL0003 (De Boer/CGK).
- [26] HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7594 (De Boer/CGK).
- [27] Rb. Apeldoorn (ktr.) 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY0259 (NGK/Gort).
- [28] Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:38 (NGK/Gort).
- [29] HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149 (Groen/Schoevers).
- [30] De toepassing van dit criterium door het hof blijft intussen merkwaardig: wat partijen *voor ogen stond* was nu juist vervat in de kerkelijke uitvoeringsregelingen en overduidelijk: geen arbeidsovereenkomst. Bij de *feitelijke uitvoeringspraktijk* verschilden partijen van mening over de gezagsverhouding, maar wordt de betwisting daarvan door de NGK eerst

weggeredeneerd met het Imam-criterium, om vervolgens te concluderen dat er wel sprake is van een gezagsverhouding. Dit is op beide fronten geen overtuigende juridische aanpak.

[31] Concl. A-G Wesseling-van Gent bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:PHR:2019:434.

[32] Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:38 (NGK/Gort), r.o. 5.9.

[33] Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:38 (NGK/Gort), r.o. 5.10.

[34] Zie par. 2 t/m 4.

[35] Zie par. 3.

[36] T.J. van der Ploeg, Staan het recht en de geschilbeslechting in private organisaties en kerkgenootschappen onder of boven de wet?, in: R.J.C. Flach e.a. (red.), *Amice* (Rutgersbundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 265.

[37] T.J. van der Ploeg, *Bespreking oratie Oldenhuis*, Radix 2009, afl. 3, p. 214.

[38] F.E. Keijzer & F.T. Oldenhuis, Positie van kerkgenootschappen en vrijheid van belijden, in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Geloofsgemeenschappen en recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 423-424.

[39] F.T. Oldenhuis, De bandbreedte van kerkgenootschappen (art. 2:2 BW) in perspectief met dwingend recht, in: R.J.C. Flach e.a. (red.), *Dwingend privaatrecht op maat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 29-40. Citaat op p. 39.

[40] HR 29 december 1911, W9272, WPNR 1912/2215 m.nt. E.M. Meijers (Boele van Hensbroek).

[41] Oldenhuis 2015 brengt het arrest vijf keer ter sprake. Ook in andere publicaties van Oldenhuis keert het arrest regelmatig terug.

[42] Zie Pel 2019, p. 112.

[43] Vgl. EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, nr. 30985/96 (Hasan & Chaush/Bulgarije), par. 62.

[44] De summiere vermelding door de Hoge Raad van de toetsing van de kerkelijke ontslagregeling is opmerkelijk, temeer daar het hier gaat om een toetsing op niveau-b. Het arrest biedt geen concrete handvatten voor de wijze van uitvoering van deze toetsing en de aspecten in het ontslagrecht die daarbij door de Hoge Raad in het bijzonder zijn beoordeeld.