

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 16, 2020

Nummer 16, 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:2020:1635](#) 16-10-2020

Obligatielening Capital Group B.V.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1593](#) 09-10-2020

Ontvankelijkheid cassatieberoep bij inmiddels geëindigde enquêteprocedure Deus Ex Machina

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1539](#) 02-10-2020

Toerekening kennis bestuurder aan vennootschap staat aantasting overeenkomsten in de weg (Aquaserva)

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:3004](#) 03-11-2020

Vereffening na turboliquidatie niet heropend, nu bate er altijd al is geweest

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:8480](#) 20-10-2020

WK Holding/Claassen q.q.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:3230](#) 20-10-2020

Uitleg van een aandelenovereenkomst

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2732](#) 13-10-2020

Arcona/RCM

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2533](#) 29-09-2020

PP-groep

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2474](#) 17-09-2020

Sonangol E.P./Esperaza Holding BV en Exem Energy B.V c.s.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:2838](#) 15-09-2020

Benadeelde spaarders/Betrokkenen bij verkoop (spaar)producten

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2536](#) 07-09-2020

The Digital Xpedition (TDX) Holding/Dmarcian Europe

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2534](#) 02-09-2020

Winplex Pacific Limited/Permanentto Beheer

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2300](#) 18-08-2020

Vastgoed-CV's/(indirect) bestuurder beherend vennoot

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2292](#) 18-08-2020

Vieux Manioc/ Dadtco Philafrica en Philafrica Foods

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2088](#) 21-07-2020

Stak Alt Technologies c.s./Standard Investment Fund c.s.

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:9460](#) 14-10-2020

Geen bestuurdersaansprakelijkheid in relatie tot ontvangen voorschotten op winsten uit maatschap

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:9726](#) 02-10-2020

Belang stelplicht bij instellen vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:9124](#) 30-09-2020

Afwikkeling vaststellingsovereenkomst na einde samenwerking

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:4244](#) 23-09-2020

Van de Vin/EPS

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:3890](#) 15-09-2020

Geldigheid besluiten coöperatie

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:4535](#) 14-09-2020

Overname J-Club door Nordan Capital

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:2965](#) 09-09-2020

Parkdale

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:2947](#) 03-09-2020

Thuiszorg Longlife

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:8779](#) 02-09-2020

AFM/Bestuurder Your Finance

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:3646](#) 28-08-2020

Ontbindingsverzoek van een coöperatie vanwege schending statuten

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:7915](#) 26-08-2020

Stichting het Peuterhuis/(Ex-)bestuurder

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:7549](#) 19-08-2020

Aansprakelijkheid (indirecte) bestuurders failliete vennootschappen Gerlon-groep

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:4066](#) 20-05-2020

Castanje Vermogensbeheer B.V./Turdus B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:2423](#) 02-03-2020

Vordering in kort geding tot benoeming bestuurder afgewezen

RECHTSPRAAK

Stak Alt Technologies c.s./Standard Investment Fund c.s.

In deze zaak staat de vordering centraal van onder andere certificaathouders tot vernietiging van een aandelenuitgifte, vanwege het toepasbaar worden van een regeling van lucratief belang en wederzijdse dwaling. Terwijl een nominale waarde van € 0,02 was beoogd, zijn om onduidelijke redenen cumprefs met een nominale waarde van € 1.000 uitgegeven. Het hof verklaart slechts voor recht dat inderdaad wederzijds is gedwaald, maar wijst de gevorderde nadeelsopheffing af. Certificaathouders zijn immers geen partij bij een aandelenuitgifte. Het wijzigen van de nominale waarde met terugwerkende kracht is bovendien onverenigbaar met het vennootschapsrecht. Er is dan ook geen sprake van een onrechtmatige daad of van wanprestatie van geïntimeerde in verband met de aandelenuitgifte.

De Belastingdienst stelt zich op het standpunt dat de houders van door Stak ALT Technologies Holding ('Stak', appellante) uitgegeven certificaten een lucratief belang hebben in ALT Technologies Holding B.V. ('ALT Holding', appellante), onder meer omdat de onderliggende, door Stak gehouden, gewone aandelen minder dan 10% van het totale geplaatste kapitaal van ALT Holding uitmaken. Dat percentage is zo laag omdat aan de cumprefs die ALT Holding aan de andere aandeelhouders, Standard Airbag B.V. ('Standard Airbag', geïntimeerde) en Sabag Holding B.V. ('Sabag', appellante), heeft uitgegeven een nominale waarde van € 1.000 is toegekend, in plaats van de eerder afgesproken € 0,02, waarop dan € 999,98 agio zou worden gestort. In dat laatste geval zou geen sprake zijn geweest van een lucratief belang van de certificaathouders. Kennelijk is in de uitvoering van de aandelenuitgifte een fout geslopen.

Stak, de certificaathouders, Sabag en ALT Holding dagvaarden Standard Airbag en diens achterliggende fondsbeheerder (Standard Investment Fund II Holding Coöperatief U.A.). Kortgezegd vorderen zij (i) een verklaring voor recht dat de uitgifte van de cumprefs

vernietigbaar is vanwege dwaling, (ii) dat de gevolgen van de vernietiging worden gewijzigd in die zin dat het nadeel wordt opgeheven door de nominale waarde met terugwerkende kracht op € 0,02 te stellen en (iii), subsidiair, een verklaring voor recht dat gedaagden wanprestatie hebben gepleegd en/of onrechtmatig hebben gehandeld.

De rechtbank wijst de vorderingen af en eisers in eerste aanleg komen in hoger beroep. Wat betreft het beroep op (wederzijdse) dwaling stelt het hof vast dat niet in geschil is dat is voldaan aan de voorwaarden uit artikel 6:228 lid 1 sub c BW en geen beroep is gedaan op de daarin vervatte 'tenzij-clausule'. Volgens het hof heeft de rechtbank ten onrechte *ambtshalve* lid 2 van deze wetbepaling toegepast (gedaagden/geïntimeerden hadden zich daarop niet beroepen) en geoordeeld dat het toepasselijk worden van de regeling van lucratief belang voor rekening van eisers diende te blijven. De vordering onder (i) is derhalve, anders dan de rechtbank oordeelde, volgens het hof toewijsbaar.

Het hof ziet echter geen mogelijkheid tot nadeelsopheffing (de vordering onder (ii)). De partijen wiens nadeel beweerdelijk zou moeten worden opgeheven, de certificaathouders, zijn immers geen partij bij de vernietigbare aandelenuitgifte. En de partijen die wel partij zijn, hebben als gevolg van de regeling lucratief belang geen nadeel ondervonden. Daarbij komt volgens het hof nog dat de door appellanten voorgestelde wijzigingen (te weten dat de nominale waarde moet worden geacht altijd, met terugwerkende kracht, € 0,02 te zijn geweest) onverenigbaar zijn met het vennootschapsrecht. Immers, artikel 2:208 BW bevat dwingendrechtelijke voorschriften voor kapitaalvermindering en de wettelijke mogelijkheden zijn limitatief. De voorgestelde wijziging zou strijd opleveren met de statuten van ALT Holding (waarin een nominale waarde van € 1.000 is opgenomen) en bovendien zouden de jaarrekeningen die sinds 2012 zijn opgemaakt dan onjuist worden, omdat daarin dan niet langer het correcte (geplaatste) kapitaal wordt genoemd.

Wat betreft de vordering onder (iii) oordeelt het hof dat, anders dan appellanten stellen, niet is gebleken dat geïntimeerden – ingevolge onder meer een aandeelhoudersovereenkomst – een grotere verantwoordelijkheid droegen voor de uitvoering van de gemaakte afspraken, waaronder het uitgeven van cumprefs met een nominale waarde van € 0,02. Bovendien is relevant dat appellant sub 15 ('de bestuurder') in aanloop naar de uitgifte meermaals advies heeft ingewonnen over mogelijke toepasselijkheid van de regeling van lucratief belang en als bestuurder van ALT Holding (en bestuurder van Stak) nauw bij de uitgifte was betrokken en alle documentatie in concept kreeg toegestuurd. Ook brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid in dit geval niet mee dat geïntimeerden appellanten hadden moeten wijzen op hun verkeerde voorstelling van zaken, aldus het hof. De bestuurder wist van de hoed en de rand, althans had dat kunnen en moeten weten. Het hof oordeelt dat geen sprake is van een onrechtmatige daad of van wanprestatie van Standard Airbag in verband met de

aandelenuitgifte.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank, wijst de vordering onder (i) jegens Standard Airbag toe en wijst de eis in hoger beroep voor het overige af.

E.A. Buziau, oktober 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-07-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2088

Zaaknummer: 200.260.216/01

Rechters: M.M. Korsten-Krijnen, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en A.P. Wessels

Advocaten: A. van Hees en A.J. van Soele

Wetsartikelen: 6:228 lid 2 BW, 6:230 BW en 2:208 BW

RECHTSPRAAK

Vieux Manioc/ Dadtco Philafrica en Philafrica Foods

OK; enquête. De OK verklaart alle bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken bij DADTCO Philafrica B.V. ongegrond en ook is het doel van de verzochte enquête onduidelijk. De OK wijst het enquêteverzoek af.

Vieux Manioc B.V. ('Vieux Manioc') heeft om een onderzoek verzocht naar het beleid en de gang van zaken bij DADTCO Philafrica B.V. ('DPA'). Vieux Manioc houdt ongeveer een kwart van de aandelen in DPA, Philafrica Foods Mauritius Limited ('Philafrica') houdt de rest.

DPA houdt alle aandelen in DADTCO Africa Limited ('DAL'). DAL houdt op haar beurt alle aandelen in Philafrica Mandioc Côte d'Ivoire ('PAMCI') en vrijwel alle aandelen in DADTCO Mandioca Mozambique Lda ('DMM'). De resterende aandelen in DMM houdt DPA. Philafrica, Vieux Manioc en DPA sluiten een aandeelhoudersovereenkomst waarin onder meer is bepaald dat als het bestuur van DPA meent dat DPA aanvullende financiering nodig heeft, en dit niet door vreemd vermogen kan worden verkregen, zij de aandeelhouders om aanvullend kapitaal mag verzoeken. Indien een van de aandeelhouders niet in staat is om naar evenredigheid van haar belang mee te financieren, kan dat leiden tot verwatering.

DPA stelt een raad van commissarissen in, waarvan Philafrica drie leden mag voordragen en Vieux Manioc één. Het bestuur wordt vanaf dan gevormd door twee bestuurders, waarvan elke aandeelhouder er één mag voordragen. De door Vieux Manioc voorgedragen bestuurder neemt ongeveer een jaar hierna ontslag en wordt niet vervangen. Kort na het ontslag zijn er drie leningen verstrekt: (i) van Philafrica aan DPA, (ii) van Philafrica aan Vieux Manioc en (iii) van Vieux Manioc aan DPA. Partijen spreken met elkaar af dat als Vieux Manioc het aan haar geleende bedrag niet op tijd aflost, de lening kan worden omgezet in aan Philafrica uit te geven aandelen, waardoor het aandelenbelang van Vieux Manioc zal verwateren.

Het bestuur van DPA – dus bestaande uit slechts de door Philafrica voorgedragen bestuurder – acht op een gegeven moment aanvullend kapitaal noodzakelijk en meldt dit aan de aandeelhouders. Het bestuur stuurt daarbij een conceptrapport van Deloitte mee, waarin staat dat de waarde van de aandelen in het vermogen van DPA nihil is. De RvC van DPA keurt een

bestuursbesluit goed dat ertoe strekt dat DPA zal worden ontbonden.

Vieux Manioc accepteert de door Deloitte uitgevoerde waardering niet en maakt per brief haar bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van DPA aan DPA kenbaar.

Het bestuur van DPA roept een algemene vergadering bijeen met als agendapunt onder meer de verkoop door DPA aan Philafrica van het volledige aandelenbelang van DPA in DAL en het aandelenbelang van DPA in DMM. Vieux Manioc verzoekt de geplande vergadering uit te stellen, maar het bestuur wijst dit uitstelverzoek van de hand. De vergadering stemt vervolgens in met het besluit om het aandelenbelang in DAL en DMM aan Philafrica te verkopen. Vieux Manioc schrijft het bestuur van DPA aan dat zij onrechtmatig handelt door uitvoering te geven aan het besluit tot verkoop van de aandelen, welk besluit volgens de brief nietig of vernietigbaar is, en verzoekt het bestuur om voortaan wekelijks de aandeelhouders van DPA te informeren over het verloop van het door DPA ingezette verkoopproces en de gevolgen daarvan. DPA reageert en betwist de aantijgingen uit de brief van Vieux Manioc.

Vervolgens wordt door Vieux Manioc het enquêteverzoek ingediend. Bij de OK stellen DPA en Philafrica dat Vieux-Manioc niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat de bezwarenbrief niet aan de wettelijke vereisten voldoet. De OK verwerpt dit verweer.

Vieux Manioc legt meerdere bezwaren aan haar enquêteverzoek ten grondslag. Zo zou zij niet voldoende geïnformeerd zijn over een bestuursbenoeming en zou Philafrica DPA, via de door haar voorgedragen bestuurder die in Zuid-Afrika woont, willen leiden op een manier die enkel Philafrica welgevallig is. Deze bestuurder zou zijn wettelijke plicht verzaken om als onafhankelijk bestuurder op te treden. De OK overweegt dat uit de omstandigheid dat deze bestuurder in Zuid-Afrika is blijven wonen niet kan worden afgeleid dat bestuurstaken zijn verzaakt. Uit de benoeming en handelwijze van deze bestuurder kan geen gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid worden afgeleid. Ook de beslissing om geen directiereglement op te stellen, kan hier niet aan bijdragen. Vieux Manioc voert verder nog aan dat er bestuurders zijn die onvoldoende bij de besluitvorming werden betrokken, maar de OK vindt dat argument onvoldoende geconcretiseerd. De OK overweegt dat het te laat verspreiden van stukken voor een RvC-vergadering, waardoor deze uitgesteld moest worden, van zo geringe betekenis is dat dat ook geen gegronde reden kan opleveren.

Verder stelt Vieux Manioc dat het besluit tot verkoop van de aandelen in DAL en DMM zonder enige vooraankondiging is geagendeerd. De OK oordeelt echter dat het bod op deze aandelen met voldoende voortvarendheid aan Vieux Manioc bekend is gemaakt en dat Vieux Manioc voldoende gelegenheid is geboden om zich tijdig voor de algemene vergadering op het bod te beraden. Ook andere bezwaren tegen de AvA – bijvoorbeeld dat deze niet fysiek en in

het Engels werd gehouden – acht de OK niet begrijpelijk.

Vieux Manioc meent voorts dat DPA praktisch is geliquideerd en dat dat, inclusief de manier waarop, een gegronde reden oplevert. Het besluit tot feitelijke liquidatie is door het bestuur genomen, hoewel een besluit tot ontbinding van DPA door de algemene vergadering genomen moet worden, aldus Vieux Manioc. Er is ook geen besluit tot ontbinding van DPA geagendeerd voor de algemene vergadering. DPA en Philafrica voeren hiertegen aan dat de algemene vergadering heeft ingestemd met de aandelenverkoop en daarmee de materiële ontbinding van DPA. Zodra DPA formeel wordt ontbonden, wordt dat eerst aan de algemene vergadering voorgelegd. Verder kwam de liquidatie voor Vieux Manioc niet onverwacht, aldus DPA en Philafrica. De OK ziet niet in dat de manier waarop is besloten om de aandelen te verkopen een gegronde reden kan opleveren. Het bestuursbesluit is niet onbevoegd genomen en de overwegingen tot deze besluiten waren redelijk.

Een ander bezwaar van Vieux Manioc is dat niet in valt te zien waarom de aanvullende financiering nodig was. DPA en Philafrica hebben in reactie hierop toegelicht dat DPA voortdurend operationele verliezen leed en dat deze aanvullende financiering daarom noodzakelijk was om een faillissement van DPA af te wenden. Dit wordt niet betwist door Vieux Manioc, waardoor ook dit geen gegronde reden oplevert.

Het rapport van Deloitte kan volgens Vieux Manioc niet onder aanvaardbare omstandigheden haar uittreden effectueren. Die rapportage zou op gebrekkige wijze tot stand zijn gekomen en tot een onaanvaardbare exit-compensatie van bijna nihil leiden. Omdat dit betoog niet uitmondt in de stelling dat de totstandkoming of de inhoud van de rapportage twijfel wekt aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij DPA, kan het volgens de OK onbesproken blijven.

De verkoop door DPA van de aandelen in DAL en DMM zou onredelijk zijn jegens Vieux Manioc. DPA blijft daardoor als lege huls achter en Vieux Manioc werd hier onvoldoende over geïnformeerd. De OK beaamt dat de consequentie van de aandelenverkoop is dat DPA als lege huls achterblijft, maar oordeelt wederom dat dit geen gegronde reden oplevert.

Alle bezwaren van Vieux Manioc tegen het beleid en de gang van zaken zijn ongegrond. Ook in samenhang bezien leveren zij volgens de OK niet de benodigde twijfel op. Het enquêteverzoek dient daarom te worden afgewezen. De OK merkt ten overvloede nog op dat Vieux Manioc onvoldoende heeft toegelicht welk doel met het door haar verzochte onderzoek gediend zou zijn, wat ook een zelfstandige grond voor afwijzing vormt.

J.M. Schepel, oktober 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 18-08-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2292

Zaaknummer: 200.278.177/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, C.C. Meijer en G.C.C. Lewin

Advocaten: D.H. Lodder, M. Holtzer, T.S.F. Hautvast, T.S. Theunisse en L. van Leeuwen

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:349 BW

RECHTSPRAAK

Vastgoed-CV's/(indirect) bestuurder beherend vennoot

Een aantal vastgoed-CV's vorderen van de voormalig (indirect) bestuurder van de beherend vennoot een aantal betalingen terug uit hoofde van onverschuldigde betaling en onrechtmatige daad. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Het hof wijst de vorderingen gedeeltelijk toe.

Südfastgoed I B.V. ('Südfastgoed') is de beherend vennoot van C.V. Nieuwegein Newtonbaan, C.V. Apeldoorn Sutton en C.V. Amstelveen Touwslagerij (hierna gezamenlijk 'de CV's'). Borvad Beheer B.V. ('Borvad Beheer') was commanditaire vennoot van de CV's. X is bestuurder van Mabel Beheermaatschappij B.V. ('Mabel Consultancy'). Mabel Consultancy is op haar beurt bestuurder van VDG B.V. ('VDG'). VDG was bestuurder van Südfastgoed.

Borvad Beheer en VDG hebben een uittredingsovereenkomst getekend, waarin is vastgesteld dat VDG onbetaalde vordering heeft op Südfastgoed, die Südfastgoed niet kan voldoen en dat VDG aftreedt als statutair bestuurder van Südfastgoed. VDG en C.V. Amstelveen Touwslagerij zijn inmiddels ontbonden en uitgeschreven uit het handelsregister.

De CV's en Südfastgoed hebben in eerste aanleg van X terugbetaling gevorderd van een aantal betalingen die X zonder rechtsgrond vanuit de CV's heeft verricht. De rechtbank heeft de vordering tot terugbetaling afgewezen, omdat de bedragen en de daarmee samenhangende vorderingen onvoldoende waren onderbouwd. In hoger beroep buigt het hof zich over de rechtsgrond van 40 betalingen, waarbij het uitgangspunt wordt gehanteerd dat alleen betalingen die X zelf heeft ontvangen mogelijkserwijs als onverschuldigd kunnen worden teruggevorderd. De belangrijkste betalingen worden hierna besproken.

Betalingen aan Mabel Consultancy door de CV's uit hoofde van de managementovereenkomst

Het hof is van oordeel dat ondanks het feit dat niet voor alle betalingen facturen aanwezig zijn, er geen sprake is van onverschuldigde betaling. Hierbij weegt het hof mee dat X als (indirect) bestuurder van Südfastgoed en (indirect) beherend vennoot van de CV's heeft

ingestemd met facturatie van Mabel Consultancy aan de CV's, mede omdat Südfastgoed geen eigen bankrekening had en vanuit de CV's aan X privé werd betaald. Ook van onrechtmatige daad is volgens het hof geen sprake in dit feitencomplex.

Voorgeschoten bedragen C.V. Venlo Noorderpoort

X stelt dat deze bedragen een terugbetaling betreffen van bedragen die hij heeft voorgeschoten aan C.V. Venlo Noorderpoort, een vennootschap waarvan X beherend vennoot was. X stelt dat Südfastgoed de terugbetalingen zelf niet kon verrichten, vanwege het gebrek aan liquide middelen, als gevolg waarvan de CV's de betaling aan X hebben voldaan. Het hof is van oordeel dat zelfs als deze verklaring van X juist zou zijn, zonder verklaring (die ontbreekt) niet valt in te zien waarom een schuld van C.V. Venlo Noorderpoort uit hoofde van voorgeschoten betalingen zou worden voldaan door de CV's. Evenmin kwalificeren deze betalingen volgens het hof als betalingen uit hoofde van de managementovereenkomst tussen Südfastgoed en (indirect) X. Ook het beroep van X op de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 lid 2 BW, omdat de CV's verzuimd zouden hebben voldoende liquide middelen aan Südfastgoed ter beschikking te stellen, zodat aan de betalingsverplichtingen van Südfastgoed jegens X uit hoofde van de managementovereenkomst kon worden voldaan, vindt geen gehoor bij het hof.

Betalingen aan derden zonder factuur en/of rechtsgrond

Conform het uitgangspunt kan er volgens het hof geen sprake zijn van onverschuldigde betaling. Van onrechtmatige daad is wel sprake. Het hof overweegt als volgt. Gedurende de procedure is niet gebleken wie de ontvangers van of wat de redenen voor deze betalingen waren, noch is duidelijk geworden welke werkzaamheden zijn verricht voor deze betalingen. Daarmee staat vast dat de betalingen zonder rechtsgrond zijn verricht. Het hof oordeelt verder dat de ondernemingen van de CV's en de contractpartijen beperkt in omvang waren, alsmede dat het aantal betalingen overzichtelijk was. Daaruit vloeit voort dat X, die als enige verantwoordelijk was voor de betalingen van de CV's, van de betalingen zonder rechtsgrond een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het verweer van X dat de boekhouder de betalingen heeft verricht, vindt geen gehoor bij het hof, omdat X bij een beperkte omvang van de onderneming zelf de betalingen had moeten controleren en hem deze betalingen ook hadden moeten opvallen.

Nu X gehouden is tot terugbetaling van een gedeelte van de betalingen, beoordeelt het hof ook nog het beroep van X op verrekening van de verplichting van X tot betaling van schade aan de CV met de vordering van X op Südfastgoed uit hoofde van onbetaalde managementvergoedingen. Dit verweer slaagt niet volgens het hof, omdat de vordering van X voortvloeit uit een andere rechtsverhouding, waardoor niet is voldaan aan het vereiste van

wederkerigheid. Het stuit ook af op artikel 6:136 BW, omdat de gegrondheid van het verweer van X niet op eenvoudige wijze is vast te stellen.

M.M.H.A. Leurs, november 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 18-08-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2300

Zaaknummer: 200.238.210/01

Rechters: A.P. Wessels, M.M. Korsten-Krijnen en P. Volker

Advocaten: C.W. Houtman en H.M. Eijking

Wetsartikelen: 6:162 BW, 6:136 BW en 6:203 BW

RECHTSPRAAK

Sonangol E.P./Esperaza Holding BV en Exem Energy B.V c.s.

OK; enquête; De OK gelast op verzoek van een meerderheidsaandeelhouder een onderzoek naar het beleid en gang van zaken van de Nederlandse houdstermaatschappij Esperaza B.V. Bij wijze van onmiddellijke voorziening ontslaat de OK de door de minderheidsaandeelhouder benoemde bestuurder en benoemt daarvoor in de plaats een onafhankelijke derde met een beslissende stem. De door de minderheidsaandeelhouder gehouden aandelen worden ten titel van beheer aan een beheerder overgedragen.

Esperaza Holding BV ('Esperaza') is een Nederlandse houdstermaatschappij. Het bestuur bestaat uit twee bestuurders A ('Bestuurders A1 en A2') en een bestuurder B ('Bestuurder B'). 60% van de aandelen in Esperaza ('aandelen A') wordt gehouden door de Sonangol E.P. ('Sonangol'), een Angolees staatsbedrijf dat toezicht houdt op de olie- en aardgasproductie in Angola. De overige 40% van de aandelen in Sonangol ('aandelen B') is in 2006 verworven door Exem Energy BV ('Exem'), een vennootschap gelieerd aan Sindika Dokolo ('Dokolo'). Dokolo is de echtgenoot van Isabel Dos Santos ('Dos Santos'), de dochter van de voormalig president van Angola. Het belangrijkste vermogensbestanddeel van Esperaza is een (indirect) belang in een beursgenoteerd Portugees olie- en gasbedrijf.

In januari 2020 zijn documenten, de zogenoemde Luanda Leaks, openbaar gemaakt die Dos Santos in verband brengen met corruptie onder het voormalige regime in Angola. Inmiddels lopen tegen Dos Santos, Dokolo en Bestuurder B strafrechtelijke onderzoeken. Ook Exem is aangemerkt als verdachte in een in Nederland lopend strafrechtelijk onderzoek. Op de aandelen van Exem in Esperaza is strafrechtelijk beslag gelegd.

Sonangol en Esperaza hebben de OK verzocht een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Esperaza. Zij hebben daarbij tevens verzocht een aantal onmiddellijke voorzieningen te treffen. Aan hun verzoek hebben zij onder andere ten grondslag gelegd dat (i) Exem haar aandelenbelang van 40% in Esperaza niet rechtsgeldig heeft verkregen, (ii) door

Esperaza in het najaar van 2017 een aantal ongeldige besluiten is genomen, waaronder het besluit dat Exem het restant van de koopsom in Kwanza's mocht betalen, en het besluit tot uitkering van een interim dividend, (iii) de verhoudingen tussen de aandeelhouders Sonangol en Exem alsmede de verhoudingen binnen het bestuur ernstig zijn verstoord en (iv) Esperaza hinder ondervindt van de tegen Dos Santos, Dokolo en Bestuurder B lopende strafrechtelijke onderzoeken.

Dokolo, Exem en Bestuurder B hebben verweer gevoerd. Het meest verstrekkende verweer houdt in dat Esperaza en Sonangol niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in hun verzoek. Esperaza zou, gelet op de in de statuten opgenomen beperking van hun vertegenwoordigingsbevoegdheid, niet rechtsgeldig vertegenwoordigd zijn door haar Bestuurders A1 en A2. De OK verwerpt dit verweer. Volgens de OK is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat Exem en Bestuurder B een beroep op deze beperking toekomt, nu aan het enquêteverzoek mede feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd waarbij ook Bestuurder B direct of indirect is betrokken. Een andere opvatting zou te zeer afbreuk doen aan een effectieve werking van het enquêterecht, omdat Bestuurder B dan de facto kan verhinderen dat een onderzoek naar (onder meer) zijn eigen rol en handelen plaatsvindt.

Volgens de OK zijn de wijze waarop Exem het aandelenbelang in Esperaza heeft verworven en de gang van zaken rond de betaling in Kwanza's kwesties die betrekking hebben op de verhouding tussen beide aandeelhouders. Zodoende raken zij niet aan het beleid en de gang van zaken van Esperaza zelf. Deze vragen zouden moeten worden onderworpen aan arbitrage.

Volgens de OK roepen de besluiten van Esperaza in het najaar van 2017 wel vragen op over het beleid van Esperaza. Ook de huidige situatie van Esperaza en de lopende strafrechtelijke onderzoeken leiden naar het oordeel van de OK tot negatieve gevolgen voor Esperaza. De verhoudingen binnen het bestuur acht de OK eveneens problematisch. De OK komt tot het oordeel dat deze omstandigheden gegronde redenen opleveren om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen. Naast het gelasten van een onderzoek acht de OK het met het oog op de toestand van Esperaza noodzakelijk om een aantal onmiddellijke voorzieningen te treffen. De OK schorst Bestuurder B als bestuurder en benoemt in zijn plaats een onafhankelijke derde die een beslissende stem verkrijgt binnen het bestuur en exclusief bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen. Ook worden de aandelen van Exem onder beheer gesteld, waardoor wordt bewerkstelligd dat Exem gedurende het onderzoek niet langer invloed kan uitoefenen op de gang van zaken binnen Esperaza.

D.E. Mandigers, oktober 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-09-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2474

Zaaknummer: 200.275.461/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.W.H. Vink, M.A. Scheltema en J.S.T. Tiemstra

Advocaten: M.J. Drop, C. Boersma, J.W. Leedekerken, T.S. Jansen en A.S. van der Heide

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:349a BW en 2:350 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

PP-groep

Medeaandeelhouders stellen hoger beroep in tegen het vonnis waarin een uittredingsvordering van een van de aandeelhouders is toegewezen. Beroep is echter slechts mogelijk indien de rechter ook de prijs van de aandelen heeft vastgesteld, hetgeen nog niet is gebeurd. De OK verklaart appellanten niet-ontvankelijk in hun hoger beroep.

Het betreft een geschil inzake een familiebedrijf ('de PP-groep'). Vier broers/zussen ('de kinderen') zijn ieder voor 25% (indirect) aandeelhouder van tussenholding MPB. MPB hield een belang van 25% in een ander bedrijf, dat voor een groot bedrag verkocht is aan een koper. Er is echter een geschil tussen MPB en de koper inzake de geldigheid van de koopovereenkomst. Dit geschil wordt uitgevochten in een procedure bij het hof Den Haag.

Tussen de kinderen is ruzie ontstaan en een van hen heeft op grond van artikel 2:343 BW bij de rechtbank Den Haag een vordering tot uittreding ingesteld. Deze vordering is bij tussenvonnis van 8 april 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2020:3000, zie OR 2020-0150) toegewezen, als gevolg waarvan (kort gezegd) de overige drie kinderen ieder 1/3 deel van de door het uittredende kind gehouden aandelen in MPB dienen over te nemen voor een door een deskundige vast te stellen prijs. De overige drie kinderen hebben beroep tegen het tussenvonnis ingesteld bij de OK op grond van artikel 2:336 lid 3 BW. Het uittredende kind heeft echter bij incident aangevoerd dat dit niet kan. Artikel 2:339 lid 1 BW bepaalt immers dat hoger beroep tegen een vonnis waarbij een uittredingsvordering wordt toegewezen, slechts kan worden ingesteld tegelijk met het vonnis waarin de rechter op basis van een deskundigenbericht de prijs van de over te dragen aandelen heeft bepaald, tenzij de rechter in het tussenvonnis anders heeft beslist. Dat laatste is *in casu* niet het geval.

De drie kinderen voeren onder andere aan dat het appelverbod van artikel 2:339 lid 1 BW niet zou moeten opgaan, omdat zij een zwaarwegend belang hebben om nu alvast hoger beroep in te stellen. Dit omdat het gelaste deskundigenonderzoek zeer kostbaar zal zijn en die kosten vermeden dienen te worden. Bovendien hangt volgens hen de onderhavige procedure nauw samen met de procedure tussen MPB en de koper. Vermeden moet worden dat verschillende

rechters tegenstrijdige beslissingen nemen.

De OK overweegt dat artikel 2:339 lid 1 BW geen appelverbod inhoudt, maar slechts het moment bepaalt waarin de bevoegdheid tot het instellen van hoger beroep kan worden uitgeoefend. De ‘doorbrekingsjurisprudentie’, inhoudende dat onder bepaalde omstandigheden ondanks een appelverbod toch hoger beroep kan worden ingesteld, is daarom niet van toepassing. Voorts overweegt de OK dat de kosten van het deskundigenbericht geen factor van belang zijn, gelet op het eigen vermogen van MPB.

De OK verklaart de partijen die het hoger beroep hebben ingesteld niet-ontvankelijk.

Stijn Haanschoten, november 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-09-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2533

Zaaknummer: 200.280.527/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, C.C. Meijer, A.W.H. Vink, E. Eeftink en A.J.C.C.M. Loonen

Advocaten: P.J.Ph. Dietz de Loos en M.C. Schepel

Wetsartikelen: 2:343 BW, 2:336 lid 3 BW, 2:339 lid 1 BW en 337 lid 2 Rv

RECHTSPRAAK

Winplex Pacific Limited/Permanentto Beheer

OK; enquête. Een van drie broers, alle drie (indirect) certificaathouder en bestuurder van Permanentto Beheer, verzoekt om een onderzoek naar het beleid en gang van zaken van de vennootschap vanwege verstoorde verhoudingen met de andere twee broers. De OK wijst het enquêteverzoek toe, omdat de twee broers bij het aangaan van een geldlening en huurovereenkomst handelden zonder de vereiste statutaire goedkeuring en met een tegenstrijdig belang.

Permanentto Beheer B.V. ('Permanentto Beheer') heeft verschillende dochtervennootschappen in Nederland en Azië. De onderneming van het concern houdt zich bezig met de productie en verkoop van zelfklevende componenten voor onder meer de elektronische, automotieve- en medische industrie. De certificaten van aandelen in Permanentto Beheer worden gehouden door de persoonlijke holdings van drie broers. Permanentto Beheer wordt tevens bestuurd door elk van deze persoonlijke holdings. Twee van de drie broers ('Broers A en B') zijn verantwoordelijk voor de Nederlandse tak, de andere broer ('Broer C') voor de Aziatische. De verhoudingen tussen enerzijds Broers A en B en anderzijds Broer C zijn verstoord geraakt. De broers betichten elkaar ervan dat zij, al dan niet via hun persoonlijke holdings, verschillende bestuurlijke activiteiten binnen het concern hebben ondernomen zonder elkaar daarin vooraf te kennen. Zo heeft Broer C alle aandelen in een Aziatische dochtervennootschap aan zichzelf overgedragen buiten medeweten van de andere broers, en hebben Broers A en B de persoonlijke Chinese holding van Broer C, Winplex Pacific Limited ('Winplex'), in het handelsregister uitgeschreven als bestuurder van Permanentto Beheer buiten medeweten van Broer C.

Winplex heeft een enquêteverzoek ingesteld. Volgens Winplex zijn (de persoonlijke holdings van) Broers A en B doelbewust bezig om met gebruikmaking van hun eigen positie binnen Permanentto Beheer de belangen van Winplex te veronachtzamen en te schaden. Daartoe brengt Winplex negen verschillende klachten aan, waarvan er in het kader van deze samenvatting twee nader worden besproken. Permanentto Beheer verweert zich door te stellen

dat zij slechts adequate, noodzakelijke maatregelen heeft getroffen om Permanento Beheer tegen de gedragingen van Wimplex en Broer C te beschermen, die jarenlang in strijd waren met de belangen van Permanento Beheer.

De OK overweegt dat Wimplex twee klachten aandraagt waaruit gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij Permanento Beheer voortvloeien, die van voldoende gewicht zijn om een onderzoek daarnaar te rechtvaardigen. De eerste klacht ziet op een geldlening die via crowdfunding is aangetrokken ter financiering van de aankoop van een nieuw bedrijfspand. H&R Property B.V. ('H&R Property'), een vennootschap die bestuurd wordt door de persoonlijke holdings van Broers A en B, Permanento Beheer en de Nederlandse dochtervennootschappen hebben meegetekend als medeschuldenaren, terwijl H&R Property het pand in eigendom heeft verkregen. Wimplex klaagt dat ten aanzien van deze geldlening niet de vereiste statutaire goedkeuring van de algemene vergadering is verleend. De tweede klacht ziet op de huurovereenkomst die tussen Permanento Beheer en H&R Property is gesloten voor het gebruik van het bedrijfspand. Wimplex stelt dat de persoonlijke holding van Broer B bij het aangaan daarvan een tegenstrijdig belang had, en daarmee in strijd met de statuten heeft gehandeld.

De OK overweegt enerzijds dat Wimplex/Broer C niet zijn geïnformeerd over (het voornemen tot) het aangaan van de geldlening en anderzijds dat niet is gebleken dat daarvoor de vereiste statutaire goedkeuring door de aandeelhoudersvergadering van Permanento Beheer is verleend. Daarmee ontstaat het vermoeden dat de persoonlijke holdings van Broers A en B als bestuurders van Permanento Beheer ten tijde van het aangaan van de geldlening een belang hadden dat tegenstrijdig was aan dat van Permanento Beheer. Immers valt niet in te zien welk belang Permanento Beheer heeft bij het dragen van het risico van terugbetaling ten behoeve van H&R Property.

Evenzeer schuilt een tegenstrijdig belang in de huurovereenkomst tussen Permanento Beheer en H&R Property. De huurovereenkomst is aan beide zijden door de persoonlijke holding van Broer B getekend. Niet volstaat dat de persoonlijke holdings van Broers A en B van tevoren informele toestemming van de aandeelhoudersvergadering hebben verzocht en achteraf formele goedkeuring is verkregen. In geval van tegenstrijdige belangen wordt van de betrokken bestuurders een hoge mate van zorgvuldigheid verwacht. Zij dienen transparant te zijn over het tegenstrijdig belang, een duidelijke scheiding aan te brengen in de door hen te dienen belangen en zo nodig deskundige derden in te schakelen om te waarborgen dat de beoogde transactie op marktconforme voorwaarden plaatsvindt. Er bestaat gerede twijfel dat aan deze vereisten is voldaan met betrekking tot de geldlening en huurovereenkomst. Broers A en B zijn niet transparant geweest jegens Wimplex over de geldlening, de marktconformiteit van de afgesproken huurprijs staat ter discussie en aan de huurprijs ligt geen voorafgaande

onafhankelijke taxatie ten grondslag.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Permanentto Beheer, dat zich in het bijzonder richt op hetgeen is overwogen rondom de geldlening en huurovereenkomst. De OK is van oordeel dat de toestand van Permanentto Beheer niet noopt tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

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

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-09-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2534

Zaaknummer: 200.271.377/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, C.C. Meijer, A.J. Wolfs, P.R. Baart en M.N. Hoogendoorn

Advocaten: M.R.C. van Zoest en M.J. Meermans

Wetsartikelen: 2:349 BW

RECHTSPRAAK

The Digital Xpedition (TDX) Holding/Dmarcian Europe

OK; enquête. In deze zaak oordeelt de OK over een conflict in de dmarcian groep over fundamentele afspraken omtrent de samenwerking tussen de Amerikaanse en de Europese aandeelhouder en over de IE-rechten van nieuw ontwikkelde software door dmarcian Europe. De OK is van oordeel dat het geschil ontwrichtend is voor dmarcian Europe, beveelt een onderzoek en bij wijze van onmiddellijke voorziening wordt een derde bestuurder benoemd en worden alle aandelen (behoudens één aandeel per aandeelhouder) in dmarcian Europe ten titel van beheer overgedragen.

The Digital Xpedition ('TDX') Holding B.V. ('TDX') heeft de OK verzocht een enquête te bevelen bij de vennootschap dmarcian Europe B.V. ('dmarcian Europe'), alsmede een aantal onmiddellijke voorzieningen te treffen. TDX en de belanghebbende in deze procedure houden respectievelijk 49,99% en 50,01% van de aandelen in dmarcian Europe, en TDX is ook diens bestuurder. Dmarcian Europe werkt samen met dmarcian, Inc., een vennootschap naar het recht van Delaware. De belanghebbende in deze procedure is CEO en meerderheidsaandeelhouder van dmarcian, Inc. Dmarcian Europe en dmarcian, Inc. drijven een onderneming op het gebied van identiteitsbeveiliging van e-mailadressen, door middel van software afkomstig van dmarcian, Inc. Daarnaast ontwikkelt dmarcian Europe producten en software, mede met middelen die dmarcian Europe samen heeft ontwikkeld met dmarcian Bulgaria EOOD ('dmarcian Bulgaria'), een vennootschap waarin dmarcian Europe alle aandelen houdt.

TDX en de belanghebbende twisten over afspraken die in 2016 over de samenwerking tussen dmarcian Europe en dmarcian, Inc. zijn gemaakt. Eind 2019 heeft een e-mailwisseling plaatsgevonden tussen TDX en dmarcian, Inc. over dit conflict en over de IE-rechten op door dmarcian Europe en dmarcian Bulgaria ontwikkelde software(applicaties). TDX stelt dat die aan dmarcian Europe toekomen en dat dmarcian Inc. een door dmarcian Europe verleende licentie nodig heeft om de software(applicaties) te gebruiken en te verkopen. Dmarcian

Europe onderschrijft dit standpunt. Dmarcian, Inc. stelt daarentegen dat de nieuwe ontwikkelde software(applicaties) slechts features betreffen op het reeds door dmarcian, Inc. ontwikkelde software, waardoor het IE-recht van dit product bij hen berust.

Hoewel de OK de juridische beoordeling van het geschil over het IE-recht aan de gewone burgerlijke rechter overlaat, acht de OK dat het geschil ontwrichtend is voor de onderneming van dmarcian Europe. De samenwerking met dmarcian, Inc. is volgens de OK immers cruciaal voor de core business van dmarcian Europe. De OK acht het ontbreken van concrete afspraken omtrent de samenwerking en de IE-rechten op belangrijke software(applicaties) een serieuze belemmering voor de bedrijfsvoering van dmarcian Europe. Daarmee oordeelt de OK dat sprake is van voldoende gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van dmarcian Europe. Er wordt een onderzoek gelast naar de onderneming over de periode tussen 2016 en 2020. Bij wijze van onmiddellijke voorziening wordt een derde tot bestuurder van dmarcian Europe met doorslaggevende stem benoemd, die de vennootschap zelfstandig kan vertegenwoordigen. Deze bestuurder krijgt tevens de taak duidelijkheid te verkrijgen over de IE-rechten die op de nieuw ontwikkelde software(applicaties) rusten en een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven. Ook worden de aandelen (behoudens één per aandeelhouder) in dmarcian Europe overgedragen ten titel van beheer.

J. Wareman, november 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-09-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2536

Zaaknummer: 200.281.257/01 OK

Rechters: A.J. Wolfs, A.W.H. Vink, M.P. Nieuwe Weme, C. Smits-Nusteling en J.S.T. Tiemstra

Advocaten: V.R.M. Appelmans, L. Geldof, A. van Bunge, J. Kloots, P.A. Josephus Jitta, M.C. Luiten en F. Henke

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Arcona/RCM

Geschil tussen koper en verkopers van aandelen in een vennootschap wegens verschil van inzicht over de uitleg van de afspraken in de koopovereenkomst met betrekking tot diverse elementen die van invloed zijn op de hoogte van de koopprijs van de aandelen.

A is enig aandeelhouder en bestuurder van RCM Consultancy B.V. ('RCM'). RCM was houder van 50% van de aandelen in Middle Europe Investments N.V., thans Arcona Capital Nederland N.V. ('Arcona'). De andere 50% van de aandelen werd gehouden door X en zijn vennootschap X Beheer B.V. (hierna gezamenlijk: 'X') X en A vormden het statutair bestuur van Arcona. Arcona houdt alle aandelen in MEI Fondsenbeheer B.V., thans Arcona Capital Fund Management B.V. ('Fondsenbeheer'). RCM en X (hierna gezamenlijk: 'de Verkopers') hebben hun aandelen in Arcona verkocht aan Palmer GmbH, thans Arcona Capital GmbH ('de Koper'). De afspraken omtrent de verkoop van de aandelen zijn vastgelegd in een *share purchase agreement* en een addendum daarop (hierna gezamenlijk: 'SPA'). Ten tijde van het tekenen van de SPA en het leveren van de aandelen beheerde Arcona via Fondsenbeheer het beursgenoteerde beleggingsfonds MEI-Real Estate NV, thans Arcona Property Fund N.V. ('PCEEPF'). De aandelen van PCEEPF zijn genoteerd op de beurs van Euronext Amsterdam.

In de SPA hebben de Koper en de Verkopers afgesproken dat de koopprijs uit drie delen bestaat: (i) een bedrag dat de Verkopers ontvangen bij levering, (ii) uitgestelde koopprijs in de vorm van een verkoperslening en (iii) een bedrag gelijk aan een vordering van Fondsenbeheer op PCEEPF uit hoofde van onbetaalde *management fees* (hierna: 'de Vordering').

Ter invulling van het derde deel van de koopprijs hebben partijen afgesproken dat de Vordering zal worden voldaan doordat de Koper aandelen PCEEPF aan de Verkopers doet toekomen, nadat PCEEPF een interim-dividend aan Arcona heeft uitgekeerd (hierna: 'de Conversie'). Over de Conversie hebben de Koper en de Verkopers afgesproken dat die in twee tranches zal gebeuren. De eerste tranche aandelen is aan de Verkopers verstrekt.

In onderhavige procedure verschillen de Koper en RCM op twee punten over de interpretatie van de afspraken in de SPA. Het eerste punt waarover de Koper en RCM van mening

verschillen is de vraag of RCM met de levering van de tweede tranche aandelen het gehele haar toekomende bedrag van de Vordering heeft ontvangen (standpunt Koper), dan wel of RCM daarna nog een vordering heeft op Koper wegens het verschil tussen de intrinsieke waarde (€ 21 per aandeel) en de marktwaarde (€ 8 per aandeel) van de geleverde aandelen PCEEPF (standpunt RCM).

Het hof stelt bij de beoordeling van dit geschil voorop dat het bij de uitleg van de overeenkomst tussen partijen aankomt op de vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan gegeven verklaringen en gedragingen mochten toekennen, alsmede wat zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij alle omstandigheden van het geval relevant zijn. Indien partijen hun afspraken hebben vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst die door beiden is ondertekend, kan er aanleiding zijn om, mede gelet op de aard van de transactie, binnen deze beoordeling relatief veel gewicht toe te kennen aan de betekenis van daarin gebruikte bewoordingen, waarbij van invloed is in hoeverre sprake is van professionele partijen die met deskundige bijstand, na onderhandelingen, een gedetailleerde schriftelijke overeenkomst hebben gesloten. Het hof is van oordeel dat deze omstandigheden aanwezig zijn bij partijen en kent dan ook groot gewicht toe aan de tekst van de SPA om de vragen die partijen verdeeld houden te beslechten. Gelet op dit uitgangspunt en de tekst van de SPA komt het hof tot het oordeel dat het standpunt van de Koper juist is en RCM ten onrechte heeft geweigerd mee te werken aan de levering van de aandelen uit de tweede tranche.

Ter invulling van het tweede deel van de koopprijs hebben partijen afgesproken dat de Verkopers aanspraak hadden op nog niet gerealiseerde baten, waaronder nog niet gerealiseerde desinvesteringen, van Arcona gedurende een bepaalde periode. Gedurende die periode heeft Arcona een gedeelte van haar aandelenbezit in MEI Properties a.s. ('MEI Properties') overgedragen aan een groep investeerders ter voldoening van een bestaande schadevergoedingsverplichting van Arcona jegens hen uit hoofde van een schikking. Koper en RCM verschillen van mening over de vraag of de overdracht van de aandelen van MEI Properties een bate is die leidt tot een verhoging van de koopprijs (standpunt RCM) of juist niet (standpunt Koper).

Het hof herhaalt haar eerder ingenomen uitgangspunt over de uitleg van overeenkomsten en de te hanteren maatstaf in de rechtsverhouding van partijen en oordeelt dat met het leveren van de aandelen MEI Properties een schuld is voldaan, hetgeen moet worden beschouwd als de opbrengst van de vervreemding van de MEI Properties deelneming. Gelet daarop oordeelt het hof dat de vervreemding van de deelneming dient te worden aangemerkt als een bate die leidt tot een verhoging van de koopprijs.

M.M.H.A. Leurs, november 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2732

Zaaknummer: 200.255.984/01

Rechters: G.C.C. Lewin, M.P. van Achterberg en H. Struik

Advocaten: F.G.K. Overkleeft en M.B. Bollen

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Benadeelde spaarders/Betrokkenen bij verkoop (spaar)producten

Eindarrest na getuigenverhoor. Appellanten zijn geslaagd in hun bewijsopdracht met betrekking tot de betrokkenheid van geïntimeerde bij de verkoop van ondeugdelijke spaarproducten. Hiermee is bestuurdersaansprakelijkheid vast komen te staan.

Het arrest betreft een eindarrest na een getuigenverhoor naar aanleiding van een bewijsopdracht van het hof aan appellanten. In het tussenarrest heeft het hof overwogen dat indien zou komen vast te staan dat geïntimeerde wist dat er aan de spaarders, waaronder appellanten, producten als (spaar)polissen werden verkocht en/of vast zou komen te staan dat geïntimeerde bij de verkoop daarvan betrokken was, daarmee gegeven zou zijn dat aan geïntimeerde als bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt op grond waarvan hij aansprakelijk is voor de door appellanten geleden schade. Volgens het hof staat namelijk vast dat het verkochte product volstrekt ondeugdelijk was. Uit onderzoek van de FIOD is gebleken dat de opzet van de verkoop van de polissen de kenmerken van een zogenoemde piramideconstructie had. Appellanten zijn vervolgens toegelaten tot het bewijs van hun stellingen dat geïntimeerde weet had van de producten die aan de spaarders werden verkocht. Appellanten hebben daartoe meerdere getuigen gehoord en hebben zelf ook getuigenverklaringen afgelegd.

Het hof acht de verklaringen van appellanten zelf duidelijk, betrouwbaar en overtuigend. De getuigen hebben specifiek, concreet en consistent verklaard over gesprekken met geïntimeerde, waarin geïntimeerde heeft verteld over spaarproducten en bewoordingen heeft gekozen die onmiskenbaar de strekking hadden appellanten aan te sporen deze producten te kopen. De verklaringen betreffen partijgetuigenverklaringen die in beginsel, zoals iedere getuigenverklaring, vrije bewijskracht toekomen (art. 152 lid 2 Rv). Artikel 164 lid 2 Rv beperkt dat in zoverre dat, met betrekking tot de feiten die dienen te worden bewezen door de verklarende partij, aan die verklaring slechts bewijs in het voordeel van die partij kan worden ontleend indien er aanvullende bewijzen zijn die zodanig sterk zijn en zodanig essentiële

punten betreffen, dat zij de partijgetuigenverklaring voldoende geloofwaardig maken (HR 13 april 2001, NJ 2002, 391).

Het hof is van oordeel dat er voldoende aanvullende bewijzen voorhanden zijn die zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten betreffen, dat zij de partijgetuigenverklaringen voldoende geloofwaardig maken. Het hof slaat daarbij acht op het proces-verbaal van de FIOD, het faillissementsverslag van de curator en verklaringen van meerdere getuigen in deze procedure en in de strafzaak tegen geïntimeerde.

Geïntimeerde heeft er op gewezen dat hij door het hof Den Haag is vrijgesproken van oplichting en het medeplegen van oplichting. Het hof stelt voorop dat aan een strafrechtelijke vrijspraak in een civiele procedure geen dwingende bewijskracht toekomt (art. 161 Rv). Het oordeel van dat hof was dat niets erop wees dat geïntimeerde bemoeienis had met het benaderen van de (potentiële) kopers van de (spaar)producten en dat niet gebleken is dat geïntimeerde wist dat de producten onder valse voorwendselen werden aangeboden en verkocht. Dit oordeel staat niet in de weg aan een andersluidend oordeel van de civiele rechter. Het hof weegt bij zijn oordeel in deze zaak mee dat de (partij)getuigen in de verhoren ten overstaan van het hof duidelijk verklaard hebben over de uitlatingen van geïntimeerde bij de verkoop van de producten.

Al het voorgaande, in onderlinge samenhang en verband bezien, brengt het hof tot de conclusie dat geïntimeerde wist dat aan spaarders, waaronder appellanten, producten als (spaar)polissen werden verkocht en dat hij zelf betrokken was bij de verkoop van de (spaar)polissen. Appellanten zijn volgens het hof dus geslaagd in het opgedragen bewijs, en dat betekent dat geïntimeerde als bestuurder van de betrokken vennootschap een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt op grond waarvan hij aansprakelijk is voor de door appellanten geleden schade.

M.F. van Schendel, november 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-09-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:2838

Zaaknummer: 200.216.182/01

Rechters: H.A.G. Fikkers, E.H. Schulten en L.S. Frakes

Advocaten: J.C. Duvekot en M.C. de Jong

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Uitleg van een aandelenovereenkomst

In deze zaak wordt een vordering tot nakoming van een aandelenovereenkomst, die in eerste aanleg is toegewezen, in hoger beroep alsnog afgewezen. De vraag hoe een aandelenovereenkomst moet worden uitgelegd, kan volgens het hof niet worden beantwoord op grond van alleen een taalkundige uitleg van de bepalingen van de overeenkomst. Bij de uitleg komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. In casu is niet gebleken dat de aandelenovereenkomst inhield dat appellante aansprakelijk werd voor de verplichtingen van de joint-venture vanwege een leenovereenkomst, of met aansprakelijkheid heeft ingestemd.

Op 10 november 2008 is een joint-venture ('Joint-Venture') tussen een vennootschap ('Geïntimeerde') en een GmbH opgericht. De aandelen die de GmbH in de Joint-Venture houdt, zijn vervolgens overgenomen door een andere GmbH ('Appellante'). De aandeelhouder van Geïntimeerde heeft in juni 2009 met de Joint-Venture een leenovereenkomst gesloten, waarbij deze aandeelhouder € 75.000 heeft geleend aan de Joint-Venture. Ook Appellante heeft aan de Joint-Venture een lening verstrekt van € 75.000. Nadien heeft Geïntimeerde bij overeenkomst van 27 maart 2012 ('Aandelenovereenkomst') haar aandelen in de Joint-Venture verkocht aan Appellante. Na deze aandelenoverdracht hield Appellante dus alle aandelen in de Joint-Venture.

Bij brief van 27 juni 2013 stuurt Geïntimeerde aan Appellante een factuur voor (de rente over) de aandeelhouderslening over 2012. Appellante heeft het bedrag van de factuur niet betaald en heeft overigens ook geen rente over de lening aan Geïntimeerde betaald. De Joint-Venture is in september 2014 geliquideerd. Geïntimeerde vordert in eerste aanleg veroordeling tot

betaling van de hoofdsom van € 75.000, te vermeerderen met de contractuele rente, incassokosten en met de proces- en nakosten.

In eerste aanleg wijst de rechtbank de vorderingen van Geïntimeerde toe. De rechtbank oordeelt – kort gezegd – dat uit diverse bepalingen uit de Aandelenovereenkomst af te leiden is dat het de bedoeling van partijen was dat Appellante de betalingsverplichting van de Joint-Venture uit de leenovereenkomst overnam. Appellante komt tegen het oordeel van de rechtbank op. Appellante weerspreekt dat zij de verplichtingen uit de leenovereenkomst heeft overgenomen. Overigens is niet in geschil dat de aandeelhouder van Geïntimeerde haar vorderingen uit de leenovereenkomst aan Geïntimeerde heeft overgedragen.

Het hof constateert allereerst dat het geschil de uitleg van de Aandelenovereenkomst betreft. Volgens Geïntimeerde zijn partijen overeengekomen dat Appellante de verplichtingen van de Joint-Venture overnam. De stelplicht en bewijslast liggen volgens het hof bij Geïntimeerde, omdat zij een beroep doet op de rechtsgevolgen van de gestelde overname.

Het hof maakt uit de overwegingen van de rechtbank op dat de rechtbank de bedoeling van de partijen uit de bewoordingen van de overeenkomst heeft afgeleid. De vraag hoe een Aandelenovereenkomst moet worden uitgelegd, kan volgens het hof niet worden beantwoord op grond van alleen een taalkundige uitleg van de bepalingen van de overeenkomst. Bij de uitleg komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Ook komt betekenis toe aan de context van de desbetreffende bepaling, de wijze van totstandkoming, de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de ene of de andere uitleg, de aard van de overeenkomst, en de gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst.

Het hof oordeelt dat Geïntimeerde onvoldoende feiten of omstandigheden naar voren heeft gebracht om het oordeel te rechtvaardigen dat de Aandelenovereenkomst inhield dat Appellante aansprakelijk werd voor de verplichtingen van de Joint-Venture uit de leenovereenkomst, of dat Geïntimeerde dit redelijkerwijs mocht aannemen. Dit wordt alleen anders, indien blijkt dat Appellante uitdrukkelijk ermee heeft ingestemd dat zij aansprakelijk werd voor die verplichtingen. Dat dit het geval is, blijkt niet uit de door Geïntimeerde overgelegde schriftelijke verklaringen van getuigen, de bedrijfsjurist en de aandeelhouder van Geïntimeerde.

Geïntimeerde heeft verder ook geen concrete feiten of omstandigheden aangeboden, waaruit

blijkt dat Appellante ermee heeft ingestemd dat zij aansprakelijk werd voor de verplichtingen van de Joint-Venture uit de leenovereenkomst, althans waaruit Geïntimeerde die instemming redelijkerwijs heeft mogen afleiden. Geïntimeerde heeft daarmee niet voldaan aan haar stelplicht en komt om die reden niet toe aan het leveren van bewijs.

Het hof komt tot de conclusie dat Appellante niet uit hoofde van de Aandelenovereenkomst aansprakelijk is voor het terugbetalen van de lening, die Geïntimeerde aan de Joint-Venture heeft verstrekt, en voor het betalen van de rente over de lening. De grieven van Appellante treffen dus doel. Nu verder ook geen grondslag is gesteld of gebleken om Appellante te verplichten tot het terugbetalen van de lening en het betalen van de rente over de lening, moeten de vorderingen van Geïntimeerde alsnog worden afgewezen.

K.C.J. Vermeulen, november 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 20-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:3230

Zaaknummer: 200.250.503_01

Rechters: W.J.J. Los, L.S. Frakes en B.E.L.J.C. Verbunt

Advocaten: R.A.M.D. Smit en S.C. van Loon

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Castanje Vermogensbeheer B.V./Turdus B.V.

Kort geding. Een langdurig conflict tussen drie aandeelhouders/bestuurders escaleert dermate, dat de besluitvorming in de AVA vastloopt en de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Partijen wensen een overdracht van de aandelen via een uittredingsprocedure. Hoewel een gebod tot aandelenoverdracht in principe niet tot een tijdelijke voorziening kan worden gerekend, wijst de voorzieningenrechter het gebod tot overdracht van de aandelen toch toe, gelet op de uitzonderlijke omstandigheden van het geval.

Eiseres 1, Castanje Vermogensbeheer B.V. ('Castanje') heeft drie aandeelhouders: (i) gedaagde 1, Turdus B.V. ('Turdus'), (ii), eiseres 2, KifKurn B.V. ('KifKurn'), en (iii) eiseres 3, VinHof B.V. ('VinHof'). De drie aandeelhouders vormen gezamenlijk het bestuur van Castanje en de achterliggende natuurlijke personen zijn actief binnen Castanje als relatie- en vermogensbeheerder. Gedaagde 2 is de natuurlijke persoon achter Turdus en gedaagde 3, Catalpa Vermogensbeheer B.V. ('Catalpa') is een vennootschap waarvan gedaagde 2 eveneens de achterliggende natuurlijke persoon is.

Vanaf 2017 zijn Turdus enerzijds en KifKurn en VinHof anderzijds in conflict over de verdere groei van Castanje, als gevolg waarvan de onderlinge verhoudingen ernstig verslechteren en escaleren. Dit uit zich onder meer in een melding bij de AFM door Turdus, nadat VinHof voor een examen is gezakt in 2017, aan welke melding de AFM geen gevolg geeft. Daarnaast verzoekt Turdus de OK op 23 maart om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken in Castanje. De OK wijst dit verzoek af. Vervolgens ontstaat er onenigheid over de advocaatkosten die Castanje heeft gemaakt voor deze procedure en doet Turdus aangifte bij de politie van valsheid in geschrifte, oplichting en verduistering door KifKurn en VinHof. Het OM besluit niet tot onderzoek of vervolging over te gaan, waarop Turdus tegen dit besluit tevergeefs een artikel 12 Sv-procedure voert. Turdus weigert tijdens de AVA van Castanje van 25 juni 2019 de jaarrekening van 2018 goed te keuren, vanwege de opname van voornoemde advocaatkosten. Op 13 december 2019 wordt de managementovereenkomst van Turdus met

Castanje beëindigd, nadat Turdus geruime tijd de bestuursvergaderingen niet meer bijwoont. In januari 2020 geeft Turdus aan te stoppen met zijn werk als vermogensbeheerder bij Castanje, waarop KifKurn en VinHof de relaties met de cliënten van Turdus opzeggen. Via de nieuwe vennootschap Catalpa zet Turdus zijn werk als vermogensbeheerder voort in dezelfde markt als Castanje. Op 13 maart 2020 start Turdus tegen VinHof en KifKurn een uittredingsprocedure voor de overname van zijn aandelen in Castanje.

Eiseressen vorderen (i) het aftreden, dan wel schorsen van Turdus als bestuurder van Castanje, (ii) de overdracht door Turdus van haar aandelen in Castanje aan VinHof en KifKurn, dan wel opschorting van het stemrecht van Turdus en (iii) Turdus een tweejarig concurrentieverbod ten opzichte van Castanje op te leggen, in het bijzonder een verbod om voormalige cliënten van Castanje te benaderen of te bedienen.

In reconventie vordert Turdus voorwaardelijk, ingeval de vordering van eiseressen tot overdracht van de aandelen wordt toegewezen, tot betaling van € 500.000 en het verstrekken van een bankgarantie van € 250.000 door Vinhof en KifKurn.

De voorzieningenrechter start met een beoordeling van vordering (ii) van eiseressen en overweegt in dit kader dat de voorzieningenrechter in kort geding in beginsel slechts bevoegd is tot het treffen van tijdelijke voorzieningen. Een gebod tot overdracht van de aandelen in Castanje is dit niet, omdat de gevolgen hiervan niet meer herstelbaar zijn. Echter, gelet op de aan de orde zijnde uitzonderlijke omstandigheden moet in dit geval van dit uitgangspunt worden afgeweken en moet een gebod tot overdracht van de aandelen worden uitgesproken. Als uitzonderlijke omstandigheden noemt de voorzieningenrechter allereerst dat partijen het al jaren fundamenteel oneens zijn over het te voeren beleid en dat dit heeft geleid tot een zeer ernstig conflict. Als gevolg hiervan vindt belangrijke besluitvorming in de AVA (zoals goedkeuring van begrotingen en jaarrekeningen) niet tijdig plaats, wat een reële en acute bedreiging kan vormen voor het voortbestaan van de onderneming. Ten tweede: de concurrerende handelingen van Turdus via Catalpa vormen een omstandigheid die een snelle en definitieve scheiding uitermate urgent maakt. VinHof en KifKurn hoeven niet te dulden dat Turdus zowel aandelen in Castanje als in een concurrent van Castanje heeft; dat is onzorgvuldig tegenover VinHof en KifKurn vanwege mogelijke conflicterende belangen. Ten derde: uit de uittredingsprocedure blijkt dat partijen een overdracht van de aandelen van Turdus beogen. Een gebod tot overdracht van de aandelen door de voorzieningenrechter kan dus in het belang van partijen worden geacht. De rechtbank stelt de voorlopige koopprijs van de aandelen op € 1, totdat een onherroepelijk vonnis over de prijs is vastgesteld of totdat partijen een definitieve prijs zijn overeengekomen en stelt een dwangsom vast voor Turdus voor het niet voldoen aan het gebod.

Met betrekking tot de in reconventie gevorderde overnameprijs van de aandelen oordeelt de rechter dat KifKurn en VinHof een bankgarantie voor de definitieve overnameprijs stellen. Over de hoogte van de bankgarantie overweegt de rechtbank dat bij het toekennen van een waarde aan de aandelen rekening moet worden gehouden dat deze waarde fors zal zijn afgenomen door het vertrek van alle door Turdus beheerde cliënten. De voorzieningenrechter gaat uit van een omzetverlies van 40%, waardoor de door gedaagden toegekende intrinsieke waarde aan haar aandelen van circa € 750.000 met dit percentage dient te worden verlaagd.

De vordering van eiseressen tot een verbod voor Turdus om met Castanje te concurreren, wijst de voorzieningenrechter af. Ondernemingen mogen met elkaar concurreren. Onder omstandigheden kan de wijze waarop met andere ondernemingen geconcurrereerd wordt onrechtmatig zijn en dus verbodswaardig. Dit is onvoldoende gebleken, waarbij van belang is dat Castanje zelf de relaties met door Turdus bediende cliënten heeft opgezegd.

Tot slot schorst de voorzieningenrechter Turdus als bestuurder van Castanje tot het moment van overdracht van de aandelen.

De rechtbank wijst de vorderingen toe.

J.J. Trommel, november 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 20-05-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:4066

Zaaknummer: C/16/500879 / KG ZA 20-174

Rechters: A.A.T. van Rens

Advocaten: F.M.A. 't Hart, S.C.S. Rijpkema en B.A. Boer

Wetsartikelen: 2:336 BW

RECHTSPRAAK

Van de Vin/EPS

Eiser vordert betaling van een geldsom onder een garantieovereenkomst. Nu de garant de betalingsverplichting niet nakomt, vordert eiser tevens betaling van de garant en haar bestuurder op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank wijst de vordering ten aanzien van de garant toe op grond van de garantieovereenkomst. De vorderingen tegen de garant en de bestuurder op grond van onrechtmatige daad worden afgewezen.

Van de Vin Ramen en Kozijnen B.V. ('Van de Vin') en EPS Bouw NL B.V. ('EPS') hebben een overeenkomst gesloten tot het leveren van onder andere kozijnen. EPS Holding B.V. ('EPS Holding') heeft zich garant gesteld voor verplichtingen van EPS ('de garantstelling'). Gedaagde 3, bestuurder van EPS Holding ('de Bestuurder') heeft de garantstelling namens EPS Holding ondertekend. EPS is haar verplichtingen uit de overeenkomst niet nagekomen. Zij verkeert inmiddels in staat van faillissement, zodat het geschil ten opzichte van haar van rechtswege is geschorst.

Van de Vin vordert van EPS holding primair vervangende schadevergoeding op grond van artikel 6:74 BW en subsidiair nakoming van de garantstelling. Zij stelt hiertoe dat zij schade heeft geleden, nu zowel EPS als EPS Holding hun contractuele verplichtingen niet nakomen. Daarnaast zou EPS Holding aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad. Ook de Bestuurder zou aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:11 BW en artikel 6:162 BW.

EPS Holding erkent dat zij op grond van de garantstelling de factuur moet betalen, maar betwist gehouden te zijn tot het betalen van de extra kosten. Ook zou zij niet onrechtmatig handelen. De Bestuurder ontkent dat hij onrechtmatig heeft gehandeld.

De rechtbank overweegt dat Van de Vin de oorspronkelijke verbintenis heeft omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding. Op grond van artikel 6:87 BW komt de vervangende schadevergoeding neer op de waarde van de vervangen prestatie. De rechtbank oordeelt dat vaststaat dat de hoofdsom verschuldigd is en dat ook de verschuldigdheid van de

wettelijke handelsrente niet wordt betwist. Daarnaast komen op grond van artikel 6:96 lid 1 sub c BW ook de buitengerechtelijke incassokosten voor vergoeding in aanmerking, nu voldoende is gesteld dat deze werkzaamheden zijn verricht. Niet is gebleken dat deze kosten niet noodzakelijk waren, zoals door EPS Holding gesteld.

Van de Vin stelt dat EPS Holding aansprakelijk is op grond van onrechtmatig handelen. Volgens Van de Vin zou EPS Holding hebben bewerkstelligd dan wel toegelaten dat EPS haar betalingsverplichtingen niet is nagekomen. Het persoonlijk verwijt zou zijn gegeven doordat EPS Holding EPS een overeenkomst heeft laten sluiten, waarvan zij wist of behoorde te weten dat EPS de daaruit voortvloeiende verplichtingen niet zou kunnen nakomen.

Volgens de rechtbank heeft Van de Vin echter onvoldoende onderbouwd waarom EPS Holding wist of behoorde te weten dat EPS op het moment van het aangaan van de overeenkomst niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Ook heeft Van de Vin onvoldoende onderbouwd waarom EPS Holding ervoor had moeten zorgdragen dat EPS over voldoende financiële middelen zou moeten blijven beschikken. Gezien de garantstelling ligt een dergelijke afspraak ook niet voor de hand.

Nu de rechtbank oordeelt dat EPS Holding niet onrechtmatig heeft gehandeld, kan ook van aansprakelijkheid van de Bestuurder op grond van artikel 2:11 BW geen sprake zijn.

De onrechtmatigheid van het handelen van de Bestuurder zou volgens Van de Vin gelegen zijn in het niet ervoor zorgdragen dat EPS en EPS Holding hun betalingsverplichtingen zijn nagekomen. Dit zou kort gezegd strijdig zijn met de maatschappelijke betamelijkheid. De Bestuurder heeft, door het ondertekenen van de garantstelling, de indruk gewekt dat EPS over voldoende financiële middelen zou beschikken. Ook zou de Bestuurder misbruik hebben gemaakt van het identiteitsverschil tussen verschillende vennootschappen.

De rechtbank beoordeelt deze vordering aan de hand van de criteria uit HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*). De rechtbank stelt vast dat de situatie waarin een vordering onbetaald en onverhaalbaar blijft, zich hier niet voordoet, nu Van de Vin zich nog steeds op basis van de garantstelling op EPS Holding kan verhalen. Zonder nadere motivering van Van de Vin kan bovendien niet worden vastgesteld dat er, naast het niet nakomen van de contractuele verplichting door EPS Holding, sprake is van een zelfstandige onrechtmatige gedraging door de Bestuurder. Het enkele niet betalen van een geldsom is hiervoor onvoldoende, aldus de rechtbank.

De rechtbank concludeert dat EPS Holding op grond van de garantstelling gehouden is de factuur, rente en kosten te voldoen. De vordering op grond van onrechtmatig handelen wordt ten opzichte van EPS Holding en de Bestuurder afgewezen.

T.M. Goudzwaard, november 2020

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 23-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:4244

Zaaknummer: C/01/349008 / HA ZA 19-499

Rechters: I.S. Verstraelen

Advocaten: M.R. Verhagen en E.A.M. Brugman

Wetsartikelen: 6:162 BW, 6:74 BW, 6:87 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Geldigheid besluiten coöperatie

Een lid van een coöperatie roept – met gedeeltelijk succes – nietigheid in van door de coöperatie genomen besluiten over jaarlijkse (voorschot)bijdragen.

Eigenaren van verschillende bungalows in een vakantiepark zijn verenigd als leden van een coöperatie ('de Coöperatie'). De Coöperatie vordert betaling van jaarlijkse (voorschot)bijdragen van een van de leden ('Gedaagde'). Deze (voorschot)bijdragen zien op door de Coöperatie gemaakte kosten in verband met het onderhoud van het park en het faciliteren van voorzieningen. Gedaagde is het oneens met de achterliggende besluitvorming en weigert (een deel) te betalen. De Coöperatie legt de kwestie voor aan de kantonrechter.

De weg van vernietiging van de besluiten op grond van artikel 2:15 BW staat volgens de kantonrechter niet open voor Gedaagde, omdat Gedaagde niet tijdig gebruik heeft gemaakt van deze bevoegdheid (zie art. 2:15 lid 5 BW). De kantonrechter toetst echter wel aan artikel 2:14 BW en concludeert dat een aantal besluiten in overeenstemming met de statuten van de Coöperatie is genomen. Dat geldt echter niet voor één besluit, waarbij het vereiste quorum voor de stemming niet aanwezig was. De kantonrechter overweegt dat de quorumeis een fundamenteel totstandkomingsvoorschrift betreft en dat de niet-naleving daarvan nietigheid van het betreffende besluit met zich brengt. Gedaagde gaat met € 50 naar huis en moet de overige € 844,81 plus rente en (proces)kosten betalen.

B.J. Hermans, november 2020

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:3890

Zaaknummer: 8020713 UC EXPL 19-9600 NK/35171

Rechters: J.W. Wagenaar

Advocaten: O.J. Boeder

Wetsartikelen: 2:53a BW, 2:14 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Ontbindingsverzoek van een coöperatie vanwege schending statuten

Verzoek tot ontbinding van een bv (ex art. 2:21 lid 3 BW) wordt afgewezen, omdat geen sprake is van enige ernstige schending van de statuten.

Coöperatie X U.A. is opgericht door B.V. X en Coöperatie Y U.A.

Partijen (Coöperatie X U.A. en Coöperatie Y U.A.) hebben een samenwerkingsovereenkomst en een huurovereenkomst gesloten. Deze overeenkomsten zijn in december 2018 door partijen ontbonden.

De huurovereenkomst had betrekking op een woonproject. De doelgroep van het woonproject waren statushouders en het doel was het huisvesten van nieuwe Nederlanders in een zelfvoorzienende gemeenschap, waarbij werd uitgegaan van inclusie en diversiteit.

Coöperatie Y U.A. verzoekt – kort gezegd – om bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, Coöperatie X U.A. met onmiddellijke ingang te ontbinden, een externe vereffenaar te benoemen, de goederen van Coöperatie X U.A. onder bewind te stellen en Coöperatie X U.A. te veroordelen in de kosten van het geding.

Coöperatie Y U.A. heeft aan haar verzoeken ten grondslag gelegd dat Coöperatie X U.A. handelt in strijd met haar statuten, omdat zij na ontbinding van de overeenkomsten tussen partijen, het project commercieel is gaan exploiteren. Coöperatie X U.A. heeft zich het project toegeëigend en heeft sindsdien de ideologie van het plan en haar maatschappelijke doelstelling verlaten. Het project wordt niet meer sociaal geëxploiteerd, maar commercieel verhuurd.

De grondslag voor dit verzoek is gelegen in artikel 2:21 lid 3 BW, dat de rechtbank de bevoegdheid geeft om een rechtspersoon te ontbinden wanneer deze in ernstige mate in strijd met zijn statuten handelt. Dit is een ingrijpende bevoegdheid die alleen in uitzonderlijke gevallen kan worden gebruikt. Daarbij moet worden gekeken naar het gewicht van de

betreffende statutaire bepalingen en de mate waarin deze zijn overtreden. Op het moment van het instellen van het verzoek was Coöperatie X U.A. een coöperatieve vereniging. Inmiddels zijn de statuten gewijzigd en is Coöperatie X U.A. omgezet in een bv.

De eerste vraag die voorligt, is of Coöperatie Y U.A. ontvankelijk is in haar verzoek en belanghebbende is. Coöperatie Y U.A. heeft gesteld dat zij lid is van Coöperatie X U.A. en tevens medeoprichter en initiatiefnemer van Coöperatie X U.A.

De rechtbank stelt vast dat Coöperatie Y U.A. in de oprichtingsakte van Coöperatie X U.A. wordt genoemd als aspirant-lid. In de preambule van die akte is opgenomen dat het de intentie van partijen is om het aspirant lidmaatschap naar een volwaardig lidmaatschap te converteren op het moment waarop tot statutenwijziging is besloten, en het lidmaatschapsreglement, dan wel de ledenovereenkomst, is vastgesteld. Vast staat dat de statuten niet zijn gewijzigd en dat geen lidmaatschapsreglement of ledenovereenkomst is opgesteld of ondertekend. De rechtbank is van oordeel dat een aspirant-lid dat tevens heeft gehandeld als medeoprichter, in beginsel als belanghebbende kan worden aangemerkt. Coöperatie Y U.A. heeft echter gesteld dat zij bij brieven van 29 maart 2019 en 12 december 2019 het aspirant lidmaatschap heeft opgezegd. Verder zijn de statuten van Coöperatie X U.A. met ingang van 22 juni 2020 gewijzigd en is de coöperatieve vereniging omgezet in een bv. Met die bv heeft Coöperatie Y U.A., naar het oordeel van de rechtbank, geen formele juridische relatie. Toch is de rechtbank van oordeel dat Coöperatie Y U.A. wel als belanghebbende kan worden toegelaten tot deze procedure. Coöperatie Y U.A. is als medeoprichter en initiatiefnemer van Coöperatie X U.A. opgetreden en treedt nu op als hoedster van het ideële belang dat de oprichters voor ogen stond. Daarbij weegt de rechtbank mee dat Coöperatie X U.A. geen andere leden of bestuurders kende. Na de opzegging van het aspirant lidmaatschap was B.V. X het enige (aspirant)lid van Coöperatie X U.A. en was de bestuurder van B.V. X de enige bestuurder.

De rechtbank komt aldus toe aan de vraag of Coöperatie X U.A. in ernstige mate in strijd met haar statuten handelt. De schending van de statuten is volgens Coöperatie Y U.A. gelegen in de schending van de doelstelling van de coöperatie.

De rechtbank dient die vraag te beantwoorden aan de hand van de huidige statuten van de bv. Gesteld noch gebleken is dat de statutenwijziging op zich gebreken vertoont. De omstandigheden die door Coöperatie Y U.A. ten gronde zijn gelegd aan haar stelling dat de bv (de omgezette Coöperatie X U.A.) in strijd met haar statuten handelt, komen er in de kern op neer dat commercieel verhuurd wordt zonder dat daarbij een methodiek wordt gehanteerd waarmee de huurders op termijn kapitaal kunnen opbouwen, dan wel eigenaar kunnen worden van het gehuurde.

De rechtbank is van oordeel dat niet is gebleken dat de bv (de omgezette Coöperatie X U.A.) handelt in strijd met haar statuten. Haar statuten bieden de mogelijkheid tot exploitatie van onroerende zaken. Zij kan dus, op basis van de huidige statuten, ook commercieel verhuren. Ook de statuten van de (thans omgezette) coöperatie gaven in de aanhef aan dat de toekomst nog onduidelijk is en dat in de eerste jaren na de oprichting van die coöperatie moet worden gezien wat mogelijk is. Van een schending van de statuten, laat staan van een ernstige schending daarvan, is naar het oordeel van de rechtbank niet gebleken.

De rechtbank wijst de verzoeken van Coöperatie Y U.A. af.

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

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 28-08-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:3646

Zaaknummer: C/16/486513 / HL RK 19-61

Rechters: S.C. Hagendoorn

Advocaten: G. van Atten en T.J. de Groot

Wetsartikelen: 2:21 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Overname J-Club door Nordian Capital

Nieuwe uitspraak in de overnamestrijd van J-Club. Nordian wordt veroordeeld tot nakoming van haar inspanningsverplichting om de externe financiering voor deze overname rond te krijgen.

Eisers houden gezamenlijk ongeveer 61,5% van de aandelen in J-Club International Holding B.V. ('J-Club'). Op 15 mei 2020 hebben eisers een koopovereenkomst ('SPA') getekend met Nordian Acquisition 20 B.V. ('Nordian'), waarbij de door hen gehouden aandelen in J-club onder een aantal opschortende voorwaarden worden verkocht aan Nordian. Een van deze opschortende voorwaarden is de voorwaarde dat Nordian externe financiering weet te verkrijgen voor een bedrag van € 40 miljoen, onder voorwaarden die gebruikelijk zijn in een *leveraged* transactie ('de Financieringsvoorwaarde'). Deze Financieringsvoorwaarde is zo opgeschreven dat er een inspanningsverplichting ontstaat voor Nordian om er alles (voor zover commercieel gezien redelijk is) aan te doen om deze Financieringsvoorwaarde voldaan te krijgen binnen een bepaalde periode. Voorts is bepaald dat indien en voor zover Nordian deze financiering uiteindelijk niet bij de initieel beoogde financier weet te verkrijgen, zij de inspanningsverplichting heeft deze financiering alsnog bij een andere gerenommeerde financiële instelling te verkrijgen.

Nordian heeft eisers voorafgaand aan het tekenen van de SPA voorzien van een *commitment letter* van Idinvest Partners S.A. ('Idinvest'), waarin Idinvest zich onder bepaalde voorwaarden heeft gecommitteerd aan het verstrekken van een lening aan Nordian ter hoogte van € 40 miljoen. Deze *commitment letter* maakte onderdeel uit van het bindend bod dat Nordian op J-Club heeft uitgebracht. Uiteindelijk trekt Idinvest zich terug als financier omdat de financiële gegevens over J-Club, zoals door Nordian aan Idinvest verstrekt, niet te goeder trouw op basis van recente informatie zouden zijn opgesteld en dat bij het opstellen daarvan niet zou zijn uitgegaan van redelijke aannames. Idinvest meent op basis van deze gronden een contractueel recht te hebben om de *commitment letter* te ontbinden. Idinvest heeft nog wel voorgesteld om een derde partij onderzoek te laten doen naar de financiële gegevens van J-Club, op basis waarvan Idinvest en Nordian nieuwe onderhandelingen zouden kunnen voeren over een mogelijke financiering.

Eisers stellen dat Nordian niet voldoende heeft gedaan om aan deze inspanningsverplichting te voldoen en dat daarmee de Financieringsvoorwaarde op grond van artikel 6:23 BW als vervuld dient te worden beschouwd. Eisers eisen dan ook nakoming door Nordian van haar verplichting onder de SPA om de aandelen in J-Club over te nemen en de koopprijs aan eisers te betalen. De voorzieningenrechter gaat hier niet helemaal in mee en stelt dat het niet helemaal te wijten is aan Nordian dat de Financieringsvoorwaarde niet is voldaan en dat het daarom in dit stadium onvoldoende aannemelijk is dat de voldoening van de Financieringsvoorwaarde is belet door Nordian.

Wel oordeelt de voorzieningenrechter dat Nordian niet voldaan heeft aan haar inspanningsverplichting om de Financieringsvoorwaarde alsnog voldaan te krijgen. Nordian heeft volgens de voorzieningenrechter te weinig gedaan om Idinvest alsnog aan haar *commitment letter* te houden. Zo heeft zij ervoor gekozen om Idinvest niet in een gerechtelijke procedure tot nakoming van de *commitment letter* te betrekken. Voorts heeft Nordian de mogelijkheden van alternatieve financiering door andere financiële instellingen onvoldoende onderzocht, terwijl er wel een financieringsvoorstel lag van onder andere Rabobank. Door dit voorstel onvoldoende te onderzoeken, en door bijvoorbeeld geen andere externe financiers te benaderen, heeft Nordian niet voldaan aan haar inspanningsverplichtingen onder de SPA.

De voorzieningenrechter veroordeelt Nordian alsnog tot nakoming van haar inspanningsverplichting onder de SPA, op straffe van een direct opeisbare dwangsom van € 10 miljoen, te vermeerderen met een dwangsom van € 100.000 voor iedere dag dat zij niet aan deze veroordeling voldoet tot een maximum van € 10 miljoen.

P. van der Heide, november 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 14-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:4535

Zaaknummer: C/13/688535 / KG ZA 20-729 CdK/MvG

Rechters: C.M.E. de Koning

Advocaten: P.D. Olden, M.J. Faber, E.D. van Geuns, D. Viëtor, D.C. Roessingh en E.W. Peijster

Wetsartikelen: 6:23 BW

RECHTSPRAAK

Obligatielening Capital Group B.V.

Deze zaak betreft een geschil tussen een obligatiehouder en de bestuurder van een vennootschap omtrent het niet voldoen door de vennootschap van haar verplichtingen onder de lening. De obligatiehouder stelt dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is voor het niet nakomen van de verplichtingen van de vennootschap. Anders dan de rechtbank wijst het hof de vordering van de obligatiehouder af vanwege onvoldoende onderbouwing. In lijn met de conclusie van de A-G verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep van de obligatiehouder en doet de zaak af op grond van artikel 81 lid 1 RO.

Eiser ('de Belegger') heeft een obligatielening ('de lening') verstrekt aan Capital Group B.V. ('Capital Group'). Verweerder ('de Bestuurder') is (indirect) bestuurder van Capital Group. Capital Group heeft niet aan haar verplichtingen jegens de Belegger voldaan en is inmiddels gefailleerd.

In eerste aanleg en in hoger beroep stelt de Belegger dat hij met de Bestuurder heeft afgesproken dat een derde de lening zou overnemen. Hierbij is echter geen gebruik gemaakt van een cessie, maar zou men hebben afgesproken dat de derde het openstaande bedrag onder de lening aan Capital Group zou betalen, waarna Capital Group dit bedrag aan de Belegger zou doorbetalen. De Bestuurder heeft de derde echter separaat laten instappen zonder medeweten van de Belegger, waarna de inleg is aangewend voor de financiering van vastgoed, in plaats van ter aflossing van de lening van de Belegger.

Volgens de Belegger is de afspraak niet nagekomen en heeft de Bestuurder bewerkstelligd dan wel toegelaten dat Capital Group niet aan haar verplichting jegens de schuldeiser voldeed en daar ook geen verhaal voor bood (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZO758, *Ontvanger/Roelofsen*). Waar de rechtbank de vordering heeft toegewezen, heeft het hof geoordeeld dat door enkel te stellen dat de Bestuurder de afspraak niet is nagekomen, de Belegger onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld om te kunnen concluderen dat

de voornoemde afspraak is gemaakt en dat de Bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt van het niet nakomen van de afspraak door Capital Group.

De Belegger klaagt in cassatie in essentie dat het hof te hoge eisen stelt aan de stelplicht van de Belegger ter zake de financiële vooruitzichten van Capital Group.

Naar het oordeel van A-G Assink is de essentie van het oordeel van het hof dat, conform de hoofdregels van artikel 149-150 Rv, de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW op de Belegger rusten. In dit kader heeft de Belegger het verwijt van frustratie van betaling en verhaal onvoldoende onderbouwd met omstandigheden die tot de conclusie leiden dat de Bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt dat Capital Group in gebreke is gebleven in het nakomen van de afspraak.

De Belegger had, aldus de A-G, meer concreet moeten onderbouwen waarom de Bestuurder de lening niet namens Capital Group had kunnen aangaan, terwijl er feiten aanwezig waren die een ander licht zouden kunnen werpen op de financiële vooruitzichten van Capital Group ten tijde van het aangaan van de lening, waaronder onduidelijke leningdocumentatie en vragen rondom de inbreng van andere gelden, terwijl de Belegger wel beschikte over de benodigde documenten omtrent de financiële positie van Capital Group.

De A-G concludeert dat alle klachten van de Belegger doel missen en geeft de Hoge Raad in overweging om de zaak op grond van artikel 81 lid 1 RO af te doen.

De Hoge Raad volgt de A-G in zijn conclusie en doet de zaak af op grond van artikel 81 lid 1 RO. De Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het hof en verwerpt het beroep.

T.M. Goudzwaard, november 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 16-10-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1635

Zaaknummer: 19/04036

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, G. Snijders en C.H. Sieburgh

Advocaten: J.P. Heering en M.A.J.G. Janssen

Wetsartikelen: 6:162 BW, 149 Rv, 150 Rv en 81 lid 1 RO

RECHTSPRAAK

Ontvankelijkheid cassatieberoep bij inmiddels geëindigde enquêteprocedure Deus Ex Machina

Een groep aandeelhouders van Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V. gaan in cassatie tegen een beschikking van de OK. Verweerders stellen zich in cassatie op het standpunt dat het cassatieberoep niet-ontvankelijk is. De enquêteprocedure is inmiddels in een andere OK-beschikking beëindigd, waarmee geen plaats meer is voor een beslissing in cassatie. Verweerders beroepen zich daarbij op de e-Traction-beschikking van de Hoge Raad. Contrair aan de conclusie van A-G Timmerman verwerpt de Hoge Raad het niet-ontvankelijkheidsverweer. Volgens de Hoge Raad kan ook na beëindiging van de enquêteprocedure in cassatie worden onderzocht of een gedurende de enquêteprocedure gegeven beschikking van de OK moet worden vernietigd, mits tijdig en juist cassatieberoep is ingesteld. In dat verband is niet van belang of de OK in haar beschikking al dan niet een voorziening heeft getroffen die een blijvend gevolg heeft. De Hoge Raad doet de overige klachten af op grond van artikel 81 RO.

Het geschil dat in cassatie voorligt kent een lange voorgeschiedenis. De OK heeft hierover sinds 2016 zes beschikkingen gewezen, waarbij in 2011 een onderzoek is bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V. ('DEM'). Ook is toen bij wijze van onmiddellijke voorziening een bestuurder geschorst ('de Geschorste Bestuurder'), een bestuurder door de OK aangewezen ('de OK Functionaris') en bepaald dat een aantal aandelen in DEM ten titel van beheer zijn overgedragen aan een beheerder van aandelen ('Beheerder van Aandelen'). De cassatieberoepen tegen deze beschikking zijn verworpen.

Op 15 maart 2019 hebben DEM en een aandeelhouder waarvan de aandelen ten titel van beheer zijn overgedragen ('de Verkoper'), een vaststellingsovereenkomst gesloten ('VSO') die

ertoe strekt dat DEM alle door de Verkoper in DEM gehouden aandelen koopt.

De Verkoper en de OK Functionaris verzoeken de OK vervolgens bij verzoekschrift van 23 april 2019 om de overdracht ten titel van beheer van de aandelen van de Verkoper in DEM ten aanzien van de Verkoper op te heffen. Daarnaast wordt verzocht om te bepalen dat de OK Functionaris bevoegd is een bedrag van € 1 miljoen in escrow te plaatsen om de te maken kosten van verweer in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure tegen hem en de Beheerder van Aandelen door DEM en de andere aandeelhouders wiens aandelen tevens ten titel van beheer zijn overgedragen ('JKS c.s.') te dekken. Laatstgenoemde verzoeken de OK vervolgens om DEM en de Verkoper te verbieden uitvoering te geven aan de VSO. De OK wijst bij beschikking van 8 juli 2019 het verzoek toe ten aanzien van het plaatsen van een bedrag van € 1 miljoen in escrow. In navolging van haar beschikking van 30 april 2019 in een andere enquêteprocedure (Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535) oordeelt de OK dat de overdracht ten titel van beheer geen goederenrechtelijke gevolgen heeft, en dat opheffing van die voorziening derhalve niet noodzakelijk is voor de Verkoper en DEM om uitvoering te kunnen geven aan de VSO. Het verzoek van DEM om te bepalen dat de OK Functionaris bevoegd is tot het plaatsen van een bedrag in escrow is toegewezen, waarbij tevens is opgemerkt dat als mocht blijken dat de liquiditeitspositie van DEM het plaatsen van het gewenste bedrag in escrow niet toelaat, de OK Functionaris bevoegd is om op andere wijze zeker te stellen dat het gewenste bedrag buiten de macht van DEM wordt gereserveerd ten behoeve van beide functionarissen ter voldoening van de kosten van verweer. JKS c.s. worden niet-ontvankelijke verklaard in hun verzoeken, waarbij tevens geoordeeld wordt dat (ook inhoudelijk) voor toewijzing van de verzoeken geen grondslag bestaat. JKS c.s. gaan tegen deze beschikking in cassatie. Nadat uitvoering is gegeven aan de VSO hebben DEM en de OK Functionaris de OK verzocht de enquêteprocedure en de (onmiddellijke) voorzieningen te beëindigen, welk verzoek op 25 juli 2019 is ingewilligd. JKS c.s. gaan in cassatie tegen de OK-beschikking van 8 juli 2019.

Verweer in cassatie

De OK Functionaris en de Beheerder van Aandelen stellen zich in verweer tegen het cassatieberoep op het standpunt dat het cassatieberoep van JKS c.s. niet-ontvankelijk is. Met een beroep op de *e-Traction*-beschikking van de Hoge Raad (HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1056) voeren zij aan dat de enquêteprocedure met de beschikking van de OK op 25 juli 2019 inmiddels onherroepelijk is geëindigd. Hierdoor zou er volgens de verweerders geen plaats meer zijn voor een beslissing in cassatie over de beschikking van 8 juli. Bovendien zou een gegrondbevinding van de klachten ook niet kunnen leiden tot een andere uitkomst van de zaak, omdat de enquêteprocedure niet kan worden heropend voor een beslissing op de verzoeken. Het belang van JKS c.s. zou derhalve ontbreken.

Conclusie A-G Timmerman

Timmerman herhaalt in zijn conclusie de overwegingen van de Hoge Raad in de *e-Traction*-beschikking. De enquêteprocedure eindigt met het onherroepelijk worden van de beschikking op het verzoek dan wel, ingeval tijdelijke voorzieningen als genoemd in artikel 2:356 BW zijn getroffen die later eindigen dan het tijdstip waarop de zojuist genoemde beschikking onherroepelijk wordt, bij het eindigen van die voorzieningen. Nadat de enquêteprocedure is geëindigd, kunnen geen onmiddellijke voorzieningen meer worden getroffen. Timmerman concludeert vervolgens dat de *e-Traction*-beschikking voor dit geval betekent dat er geen plaats meer is voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen, omdat met de beschikking van 25 juli 2019 de enquêteprocedure definitief is geëindigd. Ook oordeelt de A-G dat uit de *e-Traction*-beschikking volgt dat er geen plaats meer is voor het klagen over de in 2018 gewezen beschikking waarin de bestreden voorzieningen zijn getroffen, omdat tegen die beschikking geen cassatieberoep is ingesteld. De conclusie strekt tot niet-ontvankelijkheid van de verzoekers.

Hoge Raad

Contrair aan de conclusie van de A-G oordeelt de Hoge Raad dat het beroep op niet-ontvankelijkheid van de verweerders faalt. De *e-Traction*-beschikking houdt volgens de Hoge Raad in dat na het eindigen van de enquêteprocedure geen plaats meer is voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in artikel 2:349a lid 2 BW, dan wel voorzieningen als bedoeld in artikel 2:355 lid 1 BW in verbinding met artikel 2:356 BW. De Hoge Raad vervolgt dat uit die beschikking niet volgt dat het eindigen van de enquêteprocedure meebrengt dat een partij niet-ontvankelijk is in haar tijdig ingestelde cassatieberoep van een beschikking die de OK in de loop van de enquêteprocedure heeft gegeven. Ook na beëindiging hiervan kan in cassatie worden onderzocht of een gedurende de enquêteprocedure gegeven beschikking van de OK moet worden vernietigd op de in artikel 79 RO bedoelde gronden, mits tegen die beschikking tijdig en op de juiste wijze cassatieberoep is ingesteld. In dat verband is niet van belang of de OK in haar beschikking al dan niet een voorziening heeft getroffen die een blijvend gevolg heeft.

De overige klachten kunnen echter niet tot cassatie leiden, waarmee het cassatieberoep wordt afgedaan met een beroep op artikel 81 RO.

J. Wareman, november 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-10-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1593

Zaaknummer: 19/04608

Rechters: M.V. Polak, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock en C.H. Sieburgh

Advocaten: E.M. Tjon-En-Fa, I.M.A. Lintel en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 2:349a BW, 2:355 BW en 2:356 BW

RECHTSPRAAK

Parkdale

Een vennootschap vordert de aansprakelijkheid van haar bestuurders terzake van onbehoorlijk bestuur vanwege het verstrekken van een lening die niet past binnen de bestedingsdoelstelling van de vennootschap en zonder het stellen van zekerheid daarvoor en vanwege excessieve bezoldiging. Het beroep van de bestuurders op décharge faalt en de rechtbank wijst de vorderingen toe.

Het feitencomplex in onderhavige zaak is tamelijk ingewikkeld, maar komt, sterk samengevat, op het volgende neer. Parkdale Ltd. is enig aandeelhouder van zowel het Nederlandse Parkdale International BV ('Parkdale') als het Kazachse Dala Mining LLP ('Dala Mining'). Dala Mining is betrokken bij bepaalde projecten die mede door de Parkdale-vennootschappen worden gefinancierd. Gedaagde 2 was, vanuit een maatschap waar hij vennoot van was ('de Maatschap'), benoemd tot bestuurder van Parkdale. Gedaagde 5 was op zijn beurt benoemd als bestuurder van Parkdale Ltd. Daarnaast was hij bestuurder van Dumul Technical Services BV ('Dumul'), een vennootschap die weer bestuurder was van Dala Mining.

De Parkdale-vennootschappen vorderen diverse bedragen van in totaal vijf gedaagden, waarbij de volgende vorderingen voor het doel van deze samenvatting de belangrijkste zijn:

- ruim \$ 600.000 op Dumul vanwege het niet afbetalen van een lening;
- ruim \$ 600.000 op Gedaagde 2 en 5 hoofdelijk, indien Dumul de hiervoor genoemde lening niet binnen 30 dagen terugbetaalt; en
- ruim € 300.000 van de Maatschap, vanwege een excessief hoge bezoldiging voor Gedaagde 2.

Omdat Dumul verstek laat gaan in de procedure, wordt de vordering jegens haar toegewezen. Wat betreft de samenhangende vordering tegen Gedaagde 2 en 5 wordt aangevoerd dat Gedaagde 2 als bestuurder van Parkdale een onrechtmatige daad heeft begaan door aan Dumul een lening te verstrekken zonder enige vorm van zekerheid te stellen, terwijl geen grond voor de lening bestond. Gedaagde 5 wordt verweten dat hij een onrechtmatige daad

heeft gepleegd, onder meer door als bestuurder van Dumul te weigeren de lening terug te betalen.

De rechtbank herhaalt vaste rechtspraak dat een bestuurder slechts op grond van artikel 2:9 en 6:162 BW aansprakelijk kan worden gehouden, indien hem een ernstig verwijt valt te maken. Dit is volgens de rechtbank het geval. Zij overweegt daarbij dat beide gedaagden onvoldoende hebben onderbouwd waarom het verstrekken van een geldlening aan Dumul paste binnen de bestedingsdoelstellingen van de Parkdale-vennootschappen (het financieren van diverse projecten van Dala Mining). Bovendien is geen verklaring gegeven voor het feit dat de lening in de jaarrekeningen was geboekt als lening aan Dala Mining. Samen met het feit dat geen zekerheid is bedongen voor de forse lening, maakt een en ander dat de rechtbank oordeelt dat de bestuurders geen blijk hebben gegeven van het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult, zodat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.

Gedaagde 2 en 5 voeren nog aan dat hen altijd jaarlijkse décharge is verleend door de aandeelhouders van de vennootschappen waarvan zij bestuurder zijn (respectievelijk Parkdale en Parkdale Ltd.). Daarnaast voert Gedaagde 5 aan dat hem bij zijn aftreden als bestuurder van Parkdale Ltd. finale décharge is verleend.

Wat betreft de jaarlijkse décharge overweegt de rechtbank dat deze zich niet uitstrekt tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of anderszins aan de AV zijn bekendgemaakt. Omdat de lening aan Dumul in de jaarrekening staat geboekt als een lening aan Dala Mining, faalt het beroep op de jaarlijkse décharge. Wat betreft de finale décharge van Gedaagde 5 overweegt de rechtbank dat het op zichzelf mogelijk is dat dergelijke décharge ziet op gegevens waarmee de aandeelhouders ten tijde van de déchargeverlening volledig bekend waren, ook al zou de bestuurder door opzettelijk of onzorgvuldig handelen nadeel hebben toegebracht. Nu Gedaagde 5 echter onvoldoende heeft onderbouwd dat de betrokken aandeelhouders op de hoogte waren van het ernstig verwijtbaar handelen van Gedaagde 2 en 5, faalt ook zijn beroep op dit verweer.

Tot slot de vordering tegen de Maatschap in verband met de hoge bezoldiging van Gedaagde 2. Parkdale heeft facturen betaald van de Maatschap die niet alleen inconsistent zijn (bijv. met betrekking tot BTW), maar ook excessief hoog. Zo zijn de gedeclareerde kantoorkosten in een jaar gestegen van 0% naar 7% en is in sommige declaraties een uurtarief van vele duizenden euro's in rekening gebracht. Gedaagde 2 heeft onvoldoende onderbouwd dat de facturen gebaseerd zijn op een afspraak tussen de Maatschap en de vennootschap, waardoor zij op grond van onverschuldigde betaling moeten worden terugbetaald.

S. Haanschoten, oktober 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 09-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:2965

Zaaknummer: C/17/162343

Rechters: T.K. Hoogslag, M. Sanna en M.R. Gans

Advocaten: R.J.T. Kamstra, N.E. Koelemaij, A.H. Lanting en R. Obster

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Thuiszorg Longlife

De medevennoot van een zorgonderneming wordt door de voorzieningenrechter veroordeeld om de door haar ten onrechte aan het vermogen van de onderneming onttrokken gelden terug te betalen, omdat een contractuele of wettelijke grondslag voor die betalingen ontbreekt. In reconventie wordt de medevennoot niet-ontvankelijk verklaard, omdat haar vorderingen in reconventie zich richten tot een natuurlijk persoon die geen partij is in deze procedure.

De zorgonderneming 'Thuiszorg Longlife' ('Longlife') is een vof-samenwerkingsverband tussen twee jeugdvriendinnen, A en X. In 2018 zijn A en X gebrouilleerd geraakt, is er een gesprek gevoerd over het beëindigen van de samenwerking, maar is uiteindelijk toch door betrokkenen besloten de activiteiten van Longlife voort te zetten. Vervolgens wordt begin 2020 aan A medegedeeld dat X de samenwerking binnen Longlife wenst te stoppen en dat zij een gesprek wenst in te plannen om de beëindiging van de samenwerking schriftelijk vast te leggen. Kort daarna heeft X in totaal een bedrag van € 23.200 van de bankrekening van Longlife overgeboekt naar haar eigen bankrekening en een bedrag van € 5.500 overgeboekt naar de bankrekening van haar raadsman. De raadsman van A heeft X daarop gesommeerd om deze bedragen terug te storten op de rekening van Longlife, waaraan door X geen gehoor is gegeven.

In deze procedure vordert Longlife om X te veroordelen tot terugbetaling van de bedragen, haar te verbieden om opnieuw bedragen aan Longlife te onttrekken en haar ook te verbieden om uitlatingen te doen over (het reilen en zeilen van) Longlife, zonder de instemming van A.

Ten aanzien van de terugbetalingsvorderingen overweegt de voorzieningenrechter dat de vennoten binnen de tussen hen bestaande vennootschapsrechtelijke structuur volledig bevoegd zijn om handelingen te verrichten, zoals onder meer het doen van een betaling vanaf de rekening van de vennootschap. Vervolgens wordt door de voorzieningenrechter overwogen dat X niet heeft aangetoond dat voor de overboekingen van de bedragen een wettelijke of contractuele rechtsgrond bestond. De slotsom is dat de voorzieningenrechter van oordeel is

dat deze vorderingen van Longlife voldoende aannemelijk zijn geworden om in kort geding te worden toegewezen.

Het gevorderde verbod om opnieuw bedragen te onttrekken wordt afgewezen, omdat Longlife in dat kader onvoldoende heeft onderbouwd dat en welk spoedeisend belang zij bij deze vordering heeft. Het gevorderde verbod tot het doen van uitlatingen wordt door de voorzieningenrechter toegewezen, omdat verder oplopende financiële schade van Longlife zoveel als mogelijk voorkomen dan wel beperkt moet worden.

In reconventie heeft X vorderingen ingesteld die zich allen richten tegen A in privé. De voorzieningenrechter overweegt in dat kader dat in casu uitsluitend Longlife als eisende partij in conventie is opgetreden, zodat X derhalve geen vordering in reconventie tegen A kan instellen, althans niet op de wijze zoals zij voorstaat in de door haar geformuleerde eis in reconventie. X wordt dan ook niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen in reconventie.

M. van de Graaf, oktober 2020

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 03-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:2947

Zaaknummer: 252597 KG ZA 20-171

Rechters: H. Bottenberg-Van Ommeren

Advocaten: S. Erkel en I. Mercanoglu

Wetsartikelen: 2:8 BW, 3:13 BW, 6:203 BW en 254 Rv

RECHTSPRAAK

Vordering in kort geding tot benoeming bestuurder afgewezen

Een aandeelhouder probeert in kort geding tevergeefs zichzelf als bestuurder van de vennootschap te laten benoemen. De voorzieningenrechter wijst de vordering af. De aandeelhouder kan de gewenste benoeming via andere wegen bewerkstelligen.

Dautzenberg Beheer B.V. ('Doutzenberg Beheer'), Pavema Viride B.V. ('Pavema') en Aliquam Investments B.V. ('Aliquam') (gezamenlijk: 'de Aandeelhouders') houden respectievelijk 32%, 30% en 38% van de aandelen van VerdiTec B.V. ('de Vennootschap'). Dautzenberg Beheer is de (enige) statutair bestuurder van de Vennootschap. Tussen de Aandeelhouders ontstaat onenigheid over het voortbestaan van de Vennootschap. Dautzenberg Beheer treedt af als bestuurder, waardoor de Vennootschap geen bestuurder meer heeft. Een dochtervennootschap van Dautzenberg Beheer vraagt het faillissement van de Vennootschap aan. Pavema start een kort geding tegen haar medeaandeelhouders en de Vennootschap. Zij vraagt de voorzieningenrechter haar te benoemen als statutair bestuurder van de Vennootschap, zodat zij verweer kan voeren tegen de (in haar ogen) onterechte faillissementsaanvraag.

De gevraagde voorziening wordt geweigerd. De rechtbank is niet bevoegd een bestuurder te benoemen. Pavema kan de door haar gewenste benoeming bewerkstelligen door een algemene vergadering bijeen te roepen en een benoemingsbesluit te nemen (art. 2:242 lid 1 BW), of zich tot de OK te wenden (art. 2:345 jo. 2:349a lid 2 BW/art. 2:356 sub c BW). Deze wegen zijn niet bewandeld en lijken te worden omzeild. Een belangenafweging leidt niet tot een ander oordeel.

B.J. Hermans, oktober 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:2423

Zaaknummer: C/10/591548

Rechters: P. de Bruin

Advocaten: D. Hoff, M.W. Huijzer en S.A.C.R. Wahlbrinck

Wetsartikelen: 2:242 lid 1 BW, 2:345 BW, 2:349a BW en 2:356 BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid (indirecte) bestuurders failliete vennootschappen Gerlon-groep

De rechtbank oordeelt dat de (indirecte) bestuurders van vennootschappen behorend tot de Gerlon-groep, waarin een zevental faillissementen zijn uitgesproken, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort, vanwege het handelen bij de inbreng van een Turkse vennootschap en vanwege fraude. Slechts één bestuurder kan zich hieraan onttrekken en zich beroepen op een disculpatiegrond. De (indirecte) bestuurders worden door de curator aangesproken op grond van artikel 2:248 BW vanwege onder andere vermeende schending van de boekhoudplicht, vermeende te late deponering van de jaarrekening, factoringfraude, btw-fraude en een omvangrijke overinvestering.

De curator spreekt in zijn hoedanigheid als curator in een zevental faillissementen (indirecte) bestuurders aan voor de tekortkoming in de failliete boedel.

In 1964 heeft een familie een textielonderneming voor tricot dameskleding opgericht, die in 1994 is voortgezet en ondergebracht in Confectie-Atelier Gerlon B.V. ('CAG'), in 2009 marktleider in de Benelux. Via een participatieovereenkomst tussen bestuurder X, bestuurder Y, bestuurder Q en bestuurder Z wordt in 2009 Gerlon International B.V. opgericht ('Gerlon'). In 2009 zijn alle aandelen van CAG ingebracht in Gerlon en werd zij tevens bestuurder.

In 2004 is in Turkije een fabriek voor de productie van tricot dameskleding geopend. Deze activiteiten werden ondergebracht in de Turkse vennootschap Kapadokya Tekstil Konfeksiyon Diş Ticaret ve San. Ltd. Sti ('Kapadokya'), wiens aandelen werden gehouden door bestuurder X en bestuurder Y.

In januari 2012 laat de Rabobank weten dat het de financiering van

de Gerlon-vennootschappen, alsmede van Kapadokya opzegt als gevolg van een vertrouwensbreuk die is veroorzaakt door onjuist handelen van de (indirecte) bestuurders. In diezelfde maand beëindigt De Lage Landen Factoring, een onderdeel van Rabobank Nederland ('DLL') de factoringovereenkomst met Gerlon International c.s., wederom als gevolg van onjuist handelen van de (indirecte) bestuurders. Kort daarna worden de faillissementen van respectievelijk Gerlon en TLF c.s. (bestaande uit zes Gerlon-vennootschappen) uitgesproken. De curator stelt dat het onbehoorlijk handelen van de (indirecte) bestuurders op een zestal punten tot het faillissement van Gerlon en TLF c.s. heeft geleid en stelt daarvoor de bestuurders ingevolge artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW aansprakelijk. De gezamenlijke (indirecte) bestuurders van de vennootschappen weerleggen dit en stellen niet aansprakelijk te kunnen worden gesteld voor het boedelttekort.

De rechtbank overweegt in de eerste plaats of er is voldaan aan de publicatie- en boekhoudplicht ex artikel 2:394 jo. 2:10 BW. Het niet voldoen hieraan leidt tot het onweerlegbare vermoeden dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling en het weerlegbare vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. De rechtbank is van mening dat het bestuur van Gerlon niet aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 lid 2 BW. De termijn van dertien maanden was nog niet verstreken.

Voorts stelt de curator dat het bestuur niet heeft voldaan aan haar verplichting tot het behoorlijk bijhouden van de boekhouding en bedrijfsadministratie. Gedaagden stellen hier tegenover dat de onjuistheden waar de curator op doelt voortvloeien uit onduidelijke administratie van Kapadokya. Derhalve kan hen geen blaam worden getroffen en is er geen schending van artikel 2:10 BW, op grond waarvan de administratie op een zodanige manier moet worden gevoerd, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon duidelijk zijn. De rechtbank is ten aanzien van dit punt van mening dat er voortdurend aandacht is besteed aan de administratie. Mede uit een rapport van PwC – de controlerend accountant van Gerlon c.s. – blijkt dat de boekhoudplicht niet is veronachtzaamd. Derhalve gaat de rechtbank mee in de verdediging en komt zij tot de conclusie dat de bestuurders niet aansprakelijk kunnen worden gesteld, omdat de boekhoudplicht geschonden zou zijn.

De curator voert verder aan dat de directe aanleiding voor het aanvragen van surseance van betaling – hetgeen heeft geleid tot het faillissement – de vertrouwensbreuk tussen Rabobank en DLL enerzijds en Gerlon anderzijds is. De aanleiding voor DLL hiervoor is vermeende factoringfraude aan de kant van de bestuurders. Gelet hierop komt de rechtbank tot de conclusie dat de fraude een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Geen redelijk denkend bestuurder zou aldus hebben gehandeld, en daarmee kwalificeert het zich als onbehoorlijk bestuur (HR 8 juni 2001,

ECLI:NL:HR:2001:AB2053, *JOR* 2001/171 (*Panmo*)). Hiermee is hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW gegeven.

Het onbehoorlijk bestuur van de bestuurders van Gerlon komt eveneens naar voren in hun handelen rondom de inbreng van Kapadokya, zo stelt de curator. De waarde van Kapadokya zou ten tijde van de inbreng in Gerlon zijn vastgesteld zonder voldoende onderzoek, hetgeen heeft geleid tot budgetoverschrijdingen van tussen de € 3,4 miljoen en € 4,6 miljoen bij de nieuwbouw van Kapadokya. Het betoog van bestuurder X c.s. dat niet zij, maar bestuurder Z verantwoordelijk is voor de financieringsaanvraag en besluitvorming, gaat volgens de rechtbank niet op. Dit aangezien bestuurder X c.s., als houder van 50% van de aandelen, op de hoogte was, althans had moeten zijn, van besluiten met een dergelijke impact. Een budgetoverschrijding van dergelijke omvang valt niet binnen de normale bandbreedte en had opgemerkt moeten worden door bestuurder X c.s. Hiermee heeft zij mededelingsplichten geschonden en andere bestuurders zijn te lichtvaardig afgegaan op onjuiste mededelingen. Dit valt onder een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en daarmee is het bestuur, en de (indirecte) bestuurders, hoofdelijk aansprakelijk voor de tekortkoming in de boedel.

In tegenstelling tot de andere (indirecte) bestuurders doet bestuurder A met succes een beroep op de disculpatiegrond van artikel 2:248 lid 3 BW. Volgens de rechtbank heeft zij voldoende naar voren gebracht dat het onbehoorlijk bestuur niet aan haar te wijten is en heeft zij voldoende maatregelen getroffen om de gevolgen af te wenden.

Ten aanzien van de overige (indirecte) bestuurders ziet de rechtbank onvoldoende aanleiding om de vordering van de curator af te wijzen. Zij veroordeelt Egale c.s., bestuurder X c.s. en bestuurder Y tot hoofdelijke betaling aan de failliete boedel van Gerlon en zij dienen de proceskosten van de curator te voldoen. De curator wordt ten aanzien van bestuurder A veroordeeld tot het voldoen van de gemaakte proceskosten.

K. Becker, November 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 19-08-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:7549

Zaaknummer: C/10/496533 / HA ZA 16-235

Rechters: C. Bouwman, J. van den Bos en J. Roest

Advocaten: M.W. Steenpoorte, M.H.G. Plieger, C. Hellingman en H.L.J.M. van Grinsven

Wetsartikelen: 2:29 BW, 2:10 BW, 2:248 BW en 2:394 lid 3 (oud) BW

RECHTSPRAAK

Stichting het Peuterhuis/(Ex-)bestuurder

Een stichting vordert van een voormalig bestuurder terugbetaling van betalingen en leningen. De rechtbank oordeelt onder meer over de vraag of een aan de bestuurder gegeven en tevens door de bestuurder zelf genomen déchargebesluit in de weg staat aan de vorderingen van de stichting. De stichting beroept zich op nietigheid c.q. vernietigbaarheid van dit besluit. De bestuurder verweert zich met een beroep op het vervalrecht van artikel 2:15 lid 4 BW. De rechtbank oordeelt dat de rechtsvordering van de stichting niet is vervallen en wijst de vordering tot vernietiging van het déchargebesluit toe wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Stichting Peuterhuis ('de Stichting') drijft een kinderopvang en een peuterspeelzaal. Gedaagde ('Ex-bestuurder') was vanaf 1 december 2005 tot en met 31 december 2018 bestuurder van de Stichting. Hij is per 1 januari 2019 afgetreden. Van 1 januari 2006 tot 13 september 2011 had het bestuur van de Stichting naast gedaagde nog drie andere leden. Het huidige bestuur van de Stichting is op 15 januari 2019 aangetreden en bestaat uit drie leden.

Naast een bestuur heeft de Stichting een directie, die belast is met de algemene leiding van de kinderopvang. De directeur is op basis van een door gedaagde ingevuld en ondertekend inschrijvingsformulier gedurende een periode van 1,5 jaar (per abuis) ingeschreven als bestuurder van de Stichting.

In de statuten van de Stichting is bepaald dat de leden van het bestuur geen beloning genieten voor hun bestuurswerkzaamheden. Zij hebben wel recht op vergoeding van de door hen in de uitoefening van hun functie gemaakte kosten.

In de periode dat gedaagde bestuurder van de Stichting was, heeft hij via zijn eenmanszaak rekeningen gestuurd aan de Stichting voor de door hem verrichte werkzaamheden voor de Stichting. De Stichting heeft op basis van de facturen een bedrag van circa € 33.000 voldaan

aan de eenmanszaak van gedaagde.

Gedaagde heeft in 2006 een bedrag van € 10.000 geleend van de Stichting. In 2009 is van de bankrekening van de Stichting € 10.000 overgeboekt naar de rekening-courant van de eenmanszaak.

Bij bestuursbesluit van de Stichting is aan de Ex-bestuurder décharge c.q. finale kwijting verleend ('het Déchargebesluit'). De Ex-bestuurder was het enige bestuurslid dat op de betreffende bestuursvergadering aanwezig was en voor de vergadering was opgeroepen.

De Stichting vordert bij de rechtbank een verklaring voor recht dat het Déchargebesluit van het bestuur overeenkomstig artikel 2:14 BW nietig is, althans vordert dat besluit te vernietigen op grond van artikel 2:15 BW. De Stichting vordert tevens te verklaren voor recht dat de Ex-bestuurder op basis van de statuten niet gerechtigd was rechtstreeks en/of via een aan hem gelieerde eenmanszaak gelden van de Stichting te ontvangen, anders dan vergoedingen van gespecificeerde onkosten. De Stichting vordert de Ex-bestuurder te veroordelen tot terugbetaling van alle door hem ontvangen gelden.

De Ex-bestuurder verweert zich tegen de stellingen van de Stichting en concludeert dat de vorderingen van de Stichting moeten worden afgewezen. Het meest verstrekkende verweer van Ex-bestuurder houdt in dat de Stichting aan hem décharge c.q. kwijting heeft verleend, waardoor de Stichting geen vorderingsrecht meer heeft. Die décharge zou de Stichting hebben verleend (i) middels het Déchargebesluit (ii) dan wel middels mondelinge overeenkomst met de directeur van de Stichting.

De rechtbank oordeelt allereerst over de rechtsgeldigheid van het Déchargebesluit.

De rechtbank stelt vast dat het Déchargebesluit niet nietig is op grond van artikel 2:14 BW, omdat niet is komen vast te staan dat het besluit in strijd is met de wet of de statuten. De Stichting heeft ter onderbouwing van haar vordering slechts aangevoerd dat de Ex-bestuurder een tegenstrijdig belang had bij het besluit. Nu het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen nog niet is aangenomen, kent de wet vooralsnog geen bepaling die inhoudt dat een bestuurder van een stichting die een tegenstrijdig belang heeft, zich moet onthouden van deelneming aan besluitvorming. De rechtbank oordeelt daarom dat het tegenstrijdig belang van de Ex-bestuurder bij het Déchargebesluit geen strijd met de wet oplevert. De Stichting heeft onvoldoende gesteld dat en waarom het Déchargebesluit in strijd is met de statuten van de Stichting. Om die reden faalt het beroep van de Stichting op nietigheid van het Déchargebesluit.

Het beroep van de Stichting dat het besluit vernietigbaar is op grond van artikel 2:15 BW

wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW, slaagt wel. De rechtbank is van oordeel dat er 'zonder twijfel' sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid waarmee een bestuurslid zich jegens een stichting dient te gedragen, indien dat bestuurslid in feite alleen een besluit tot décharge c.q. finale kwijting van zichzelf als bestuurslid neemt. Dat betekent dat de vordering tot vernietiging van het Déchargebesluit toewijsbaar is, tenzij de bevoegdheid om die vernietiging te vorderen op grond van artikel 2:15 lid 5 BW was vervallen op het moment dat de Stichting de vordering tegen de Ex-bestuurder instelde (juni 2020).

De rechtbank oordeelt dat het overdragen van administratie, met daartussen het Déchargebesluit, géén daad is waarmee bekendheid aan het besluit wordt gegeven of de ontvanger van het besluit wordt verwittigd, een en ander als bedoeld in artikel 2:15 lid 5 BW. Dit wordt volgens de rechtbank niet anders indien de Ex-bestuurder met de directeur van de Stichting in september 2018 heeft besproken dat hem in november 2018 décharge zou worden verleend. Nu de directeur op dat moment in het handelsregister was ingeschreven als bestuurder van de Stichting, mocht zij er volgens de rechtbank van uitgaan dat zij zou worden uitgenodigd voor een bestuursvergadering waarop het voorstel tot het verlenen van décharge besproken zou worden. Dit geldt te meer nu organen van een rechtspersoon geen décharge aan zichzelf plegen te verlenen, aldus de rechtbank.

Het beroep van de Ex-bestuurder op de décharge c.q. finale kwijting uit het Déchargebesluit faalt. De rechtbank wijst de gevorderde vernietiging van het Déchargebesluit toe.

De rechtbank oordeelt vervolgens over de vraag of de Stichting bij mondelinge overeenkomst décharge heeft verleend aan de Ex-bestuurder. De rechtbank draagt de Ex-bestuurder op te bewijzen dat hij eind december 2018 mondeling met de directeur van de Stichting is overeengekomen dat de Stichting hem décharge c.q. finale kwijting over de periode van 2005 tot en met 2018 heeft verleend.

Nu het meest verstrekkende verweer van de Ex-bestuurder geen doel lijkt te treffen, buigt de rechtbank zich inhoudelijk over de geldvorderingen van de Stichting, die gestoeld zijn op onverschuldigde betaling. Als het bestuur beloningsafspraken met een bestuurslid maakt, ligt het volgens de rechtbank in de rede dat die afspraken worden voorafgegaan door, of worden vastgelegd in een rechtsgeldig (bij voorkeur: schriftelijk) bestuursbesluit. Dat geldt te meer omdat in de statuten van de Stichting uitdrukkelijk is bepaald dat de bestuursleden geen beloning genieten en omdat het betreffende bestuurslid bij dergelijke beloningsafspraken een tegenstrijdig belang heeft. Nu een dergelijk besluit of notulen met een betalingsafpraak ontbreken, wordt door de rechtbank voorshands aangenomen dat er geen rechtsgrond bestaat voor de betalingen aan de Ex-bestuurder. De Ex-bestuurder wordt toegelaten tot het leveren van tegenbewijs. Slaagt hij daarin niet, dan zullen de geldvorderingen van de Stichting worden

toegewezen, tenzij één van de overige verweren van de Ex-bestuurder (verjaring en verrekening) zou slagen.

In dat verband wijst de rechtbank het verjaringsverweer van de Ex-bestuurder reeds op voorhand af. Voor de aanvang van de verjaringstermijn geldt weliswaar het uitgangspunt dat de wetenschap bij een bestuurder van een rechtspersoon ten aanzien van enigerlei omstandigheid of handeling de rechtspersoon betreffende, in beginsel tevens aan de rechtspersoon moet worden toegerekend. Dat uitgangspunt geldt volgens de rechtbank in deze zaak echter niet, omdat de Ex-bestuurder ten tijde van de kwestieuze betalingen zowel de ontvanger als de enige bestuurder van de Stichting was. De Ex-bestuurder (als ontvanger) wist of behoorde te weten dat de betalingen zonder rechtsgrond en onbevoegdlijk werden verricht en dat een opvolgend bestuur tot terugvordering daarvan zou kunnen overgaan, aldus de rechtbank.

Ook het beroep van de Ex-bestuurder op verjaring van de vordering tot terugbetaling van de geldleningen wegens het verstrijken van de termijn van artikel 3:307 BW, wordt afgewezen. Het beroep op verjaring van de vordering tot betaling van de contractuele rente slaagt wel. De contractuele rente over de lening is slechts toewijsbaar vanaf vijf jaar voor de dag van dagvaarding.

De Ex-bestuurder wordt toegelaten tot het leveren van het in de uitspraak bedoelde bewijs en tegenbewijs. De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan.

M.C.J. Peeters, oktober 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-08-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:7915

Zaaknummer: C/10/577393/HA ZA 19-621

Rechters: G.J. Heevel

Advocaten: J.A.J.M. Jonk en G.J.M. Volders

Wetsartikelen: 2:14 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

AFM/Bestuurder Your Finance

Bestuurdersaansprakelijkheid. De AFM spreekt de bestuurder van Your Finance aan, omdat zonder vergunning kredieten werden aangeboden. De bestuurder ontkent, voert meerdere procedures en gaat over tot dividenduitkeringen waardoor de AFM geen verhaal heeft voor de door haar opgelegde boete. Dat de AFM geen verhaal heeft kunnen vinden voor haar vordering, is te wijten aan betalingsonwil van de bestuurder en van de in dat kader door hem ondernomen acties om de mogelijkheid van verhaal door de AFM te verijdelen. Met deze acties handelde hij onrechtmatig jegens de AFM en hem treft daarvan een persoonlijk ernstig verwijt.

Your Finance B.V. ('Your Finance') is een dochtermaatschappij van Your Group Holding B.V. ('YGH'). Enig bestuurder van Your Finance ('Gedaagde') was ook indirect aandeelhouder van Your Finance. Your Finance bood aan consumenten kortlopende leningen tegen een hoge rente aan met een looptijd van korter dan drie maanden. Ook heeft zij zogenoemde flitskredieten aangeboden.

Op een gegeven moment wordt de Richtlijn inzake kredietovereenkomsten voor consumenten geïmplementeerd in Nederland. Kort na deze implementatie zoekt de Autoriteit Financiële Markten (AFM, eiser in deze zaak) contact met Your Finance. Zij wijst Your Finance erop dat zij door het aanbieden van de flitskredieten mogelijk in overtreding is op grond van artikel 2:60 lid 1 Wet op het financieel toezicht (Wft), omdat zij geen vergunning had voor het aanbieden van krediet. Later verzoekt AFM om informatie over de aangeboden flitskredieten. Your Finance reageert dat zij niet in overtreding is op grond van de Wft, aangezien zij geen rente en kosten in rekening brengt bij de kredietnemer. De AFM is het hiermee oneens en laat weten dat zij van oordeel is dat Your Finance in strijd met de Wft kredieten aanbood zonder de benodigde vergunning. Er is op Your Finance geen uitzondering van de vergunningsplicht van toepassing, aldus de AFM. Zij is voornemens een last onder dwangsom op te leggen.

Your Finance dient tevergeefs een zienswijze in en de AFM gaat over tot oplegging van de last onder dwangsom. Vervolgens vordert Your Finance om bij voorlopige voorziening het lastbesluit te schorsen. De voorzieningenrechter wijst dit af en overweegt dat de handelswijze van Your Finance in strijd is met artikel 2:60 Wft en dat de AFM bevoegd is om tot lastoplegging over te gaan. Your Finance maakt bezwaar tegen het lastbesluit. Dit bezwaar wordt door de AFM ongegrond verklaard. Zij laat het lastbesluit in stand, waarna Your Finance in beroep gaat.

Your Finance vraagt in de tussentijd bij de AFM een vergunning aan voor het aanbieden van, adviseren over en bemiddelen in consumptief krediet, die zij later ook verleend krijgt. De AFM meldt wel bij verlening van deze vergunning dat er nog een onderzoek loopt naar de handelswijze van Your Finance. De AFM schrijft dat zij afhankelijk van de uitkomst nog passende maatregelen kan nemen.

De aandeelhouders van YGH raken in gesprek met een ander bedrijf over een mogelijke overname of samengaan van de consumentenkrediet activiteiten van YGH met de activiteiten van de geïnteresseerde partij. Hiertoe wordt een bindende *termsheet* opgesteld.

Het beroep tegen de instandhouding van het lastbesluit wordt ongegrond verklaard door de rechtbank. De rechtbank overweegt dat de handelwijze van Your Finance ten tijde van de lastoplegging in strijd was met artikel 2:60 Wft en dat de AFM bevoegd was om tot lastoplegging over te gaan.

De transactie die met de *termsheet* werd beoogd wordt werkelijkheid en alle aandelen in YGH worden overgedragen aan een nieuwe partij. Niet lang na het afronden van de transactie heeft de AFM aan Your Finance een voornemen tot boeteoplegging gestuurd wegens overtreding van artikel 2:60 Wft. De AFM heeft hierbij aan Your Finance het verzoek gedaan om financiële gegevens te verstrekken, zodat de hoogte van de boete vastgesteld kan worden. Er vindt een zienswijzezitting plaats in het kader van het voornemen van de AFM tot boeteoplegging.

Daarna worden er bij Your Finance drie aandeelhoudersbesluiten genomen. Het eerste aandeelhoudersbesluit betreft een forse dividenduitkering van Your Finance aan haar aandeelhouder YGH. De andere twee aandeelhoudersbesluiten stellen dat vorderingen van Your Finance op YGH worden verrekend met de dividenduitkering. Alle activa en passiva van Your Finance, met uitzondering van een mogelijk door de AFM op te leggen boete, worden overgedragen aan YGH.

Your Finance reageert op het informatieverzoek van de AFM en vult een vragenlijst in over haar financiële gegevens. Uiteindelijk besluit de AFM over te gaan tot boeteoplegging, omdat Your Finance in een bepaalde periode zonder vergunning van de AFM in Nederland krediet

heeft aangeboden, wat een overtreding is van artikel 2:60 Wft. Your Finance tekent hiertegen tevergeefs bezwaar aan; de AFM laat het boetebesluit in stand, waarna Your Finance in beroep gaat. De rechtbank verklaart het beroep ongegrond en stelt dat Your Finance, door de vergunningplicht te overtreden, zich geruime tijd heeft onttrokken aan het gedragstoezicht van de AFM. Zij constateert dat de overtreding pas staakte toen de AFM een last onder dwangsom oplegde.

De AFM start een rechtszaak en vordert onder andere (i) een verklaring voor recht dat Gedaagde onrechtmatig jegens de AFM heeft gehandeld wegens het onttrekken van activa aan Your Finance, (ii) een verklaring voor recht dat Gedaagde aansprakelijk is voor de schade die de AFM heeft geleden uit hoofde van onrechtmatig handelen van Gedaagde en (iii) een door Gedaagde te betalen schadevergoeding.

Centraal staan de vragen of Gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld jegens de AFM en of hij is gehouden tot vergoeding van de door AFM geleden schade. De AFM stelt dat Gedaagde – ondanks dat hij wist of behoorde te weten van de boeteoplegging – het vermogen van Your Finance heeft weggesluisd door het doen van dividenduitkeringen/agioterugstortingen en het overdragen van de activa van Your Finance aan YGH, en Your Finance vervolgens heeft ontbonden. De AFM heeft meerdere contactmomenten met Your Finance gehad en haar herhaaldelijk gewezen op de (mogelijke) overtreding van de Wft. Het moet Gedaagde voldoende duidelijk zijn geweest dat een boete voor Your Finance in het vooruitzicht was. Toch bereidde Gedaagde een transactie voor en ging hij – geheel onverplicht – over tot aandeelhoudersbesluiten en dividenduitkeringen. Your Finance keerde daarmee al haar eigen vermogen uit en bleef leeg achter. Volgens de AFM bestond het oogmerk om de AFM de mogelijkheid te ontnemen de door haar op te leggen boete later te innen. Gedaagde bewerkstelligde volgens de AFM dat Your Finance haar verplichtingen jegens de AFM niet kon nakomen, zodat de AFM met een onbetaalbare en onverhaalbare vordering achterbleef.

De rechtbank stelt dat de normen uit Beklamel en Ontvanger/Roelofsen hier relevant zijn. Zij overweegt dat het niet geloofwaardig is dat Gedaagde het onrechtmatige karakter van de activiteiten van Your Finance niet inzag. Hij werd daar door de AFM uitdrukkelijk op gewezen en de AFM werd door de bestuursrechter in het gelijk gesteld. Gedaagde moet zich er ook van bewust zijn geweest dat de AFM tegen het steeds voortgezette onrechtmatig handelen maatregelen zou treffen. Dat de AFM een substantiële vordering zou krijgen was evident. Daar doet volgens de rechtbank niet aan af dat het onherroepelijk vast komen te staan van de op te leggen boete, nog lang kon worden gerekt door middel van bestuursrechtelijke procedures. Dat de AFM geen verhaal heeft kunnen vinden voor haar vordering, is te wijten aan betalingsonwil van Gedaagde en van de in dat kader door hem ondernomen acties om de mogelijkheid van verhaal door de AFM te verijdelen. Met deze acties handelde Gedaagde

onrechtmatig jegens de AFM en hem treft daarvan een persoonlijk ernstig verwijt.

Gedaagde verweert zich met verschillende stellingen. Hij betwist dat hij onrechtmatig zou kunnen hebben gehandeld door gedragingen die hebben plaatsgevonden vele jaren voordat onherroepelijk is komen vast te staan dat daadwerkelijk een boete is opgelegd. Ook voert Gedaagde aan dat hij geen handelingen heeft verricht met het oogmerk om de AFM de mogelijkheid te ontnemen de boete te innen. Daarnaast zou de AFM geen schade hebben geleden door zijn onrechtmatig handelen. Verder stelde Gedaagde dat het de eigen keuze en verantwoordelijkheid van de AFM was om geen conservatoire of andere maatregelen te treffen om zeker te stellen dat zij het bedrag van de boete ooit ook daadwerkelijk zou kunnen innen. Tot slot doet Gedaagde een beroep op matiging van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding.

De rechtbank doet niets met al deze verweren. Zij oordeelt dat Gedaagde jegens de AFM verplicht is om de door haar als gevolg van zijn onrechtmatige daad geleden schade te vergoeden. In haar oordeel (i) verklaart de rechtbank voor recht dat Gedaagde onrechtmatig jegens de AFM heeft gehandeld, (ii) verklaart de rechtbank voor recht dat Gedaagde aansprakelijk is voor de schade die de AFM heeft geleden uit hoofde van het onrechtmatige handelen van Gedaagde en (iii) veroordeelt de rechtbank Gedaagde tot betaling van de gevorderde schadevergoeding, vermeerderd met wettelijke rente.

J.M. Schepel, november 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:8779

Zaaknummer: C/10/562153 / HA ZA 18-1062

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: J.H. van der Weide en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:60 Wft

RECHTSPRAAK

Afwikkeling vaststellingsovereenkomst na einde samenwerking

Twee 50%-aandeelhouders sluiten een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van hun samenwerking in een vennootschap. Een van de aandeelhouders stelt meerdere vorderingen in tegen de andere aandeelhouder, alsmede tegen de enig bestuurder van de vennootschap strekkende tot medewerking aan een correcte afwikkeling van de vaststellingsovereenkomst. De rechtbank wijst de vorderingen toe.

G.C. De Vries Consultancy B.V. ('De Vries B.V.') en haar enig aandeelhouder en bestuurder ('X') zijn een samenwerking gestart met een houdster- en financieringsmaatschappij ('de Holding') waarvan Y de enig aandeelhouder en bestuurder is. Op grond van deze samenwerking houden De Vries B.V. en de Holding ieder 50% aandelen in een vennootschap ('de Vennootschap') die zich bezighoudt met risicoanalyse en schadetaxaties. Y is bestuurder van de Vennootschap.

Als gevolg van een zakelijk geschil beëindigen partijen de samenwerking. Zij sluiten om die reden op 3 augustus 2018 een vaststellingsovereenkomst die, onder meer, bepaalt dat De Vries B.V. (i) haar aandelen in de Vennootschap zal overdragen aan de Holding tegen een – na waardering van de aandelen – vast te stellen koopprijs, en (ii) recht heeft op uitbetaling van haar aandeel in de winst van de Vennootschap over de boekjaren 2016 en 2017 en op een proportioneel aandeel in de winst over het boekjaar 2018. Om waardebepaling en verkoop van de aandelen mogelijk te maken, hebben de Holding en Y zich onder meer verbonden mee te werken aan het opmaken van de relevante jaarrekeningen van de Vennootschap.

Tot vaststelling van de conceptjaarrekening over 2017 en de concepthalfjaarrekening van 2018 – en de daaropvolgende waardebepaling en verkoop van de aandelen – komt het echter niet, omdat De Vries B.V. daartegen bezwaren heeft. Deze bezwaren zien met name op de in de twee conceptjaarrekeningen opgenomen 'voorziening handelsdebiteuren', die volgens De

Vries B.V. is opgenomen om de waardering van haar aandelen in de Vennootschap negatief te beïnvloeden.

In deze procedure stelt De Vries B.V. meerdere vorderingen in die – in de kern genomen – tot doel hebben de Holding en Y te veroordelen om alsnog zorg te dragen voor een correcte afwikkeling van de vaststellingsovereenkomst. De rechtbank wijst deze vorderingen toe.

De rechtbank oordeelt dat de uitvoering van de vaststellingsovereenkomst stroef is verlopen, omdat Y en de Holding daaraan in strijd met de inhoud en strekking hun medewerking niet hebben willen verlenen. Hierbij weegt de rechtbank mee dat (i) pas eind april 2019 een conceptjaarrekening 2017 aan De Vries B.V. is verstrekt, (ii) de conceptjaarrekening 2017 zo is vormgegeven dat de aanspraken die De Vries B.V. daaraan zou kunnen ontleen, zijn geminimaliseerd (bijvoorbeeld door het opnemen van een twijfelachtige voorziening van dubieuze crediteuren), (iii) in de concepthalfjaarrekening 2018 de conceptjaarrekening 2017 (inclusief twijfelachtige voorziening) als uitgangspunt is genomen, en (iv) de concepthalfjaarrekening 2018 buiten medeweten van De Vries B.V. niet door de daartoe in de vaststellingsovereenkomst aangewezen derde is opgesteld.

T.A. Janse, november 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:9124

Zaaknummer: C/10/576192 / HA ZA 19-559

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: B.P.H. Leijnse en P.A.M. Seck

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

WK Holding/Claassen q.q.

Was de deelneming in de Zweedse vennootschap van gefailleerde inbegrepen in de verkoop activa? Beroep op dwaling van de curator slaagt; aangenomen is dat de curator is voorgehouden dat de aandelen in de deelneming waardeloos waren.

Deze procedure draait om de vraag of bij de verkoop door de curator aan WK Holding B.V. van activa van het failliete IFÖ Kampri Export B.V. ('Ifo') was inbegrepen de deelneming in de Zweedse vennootschap WSWK Teknik AB ('WSWK'), voorheen Intermatic Storkok geheten.

Op 10 mei 2011 is het faillissement van Ifo uitgesproken. De curator heeft met machtiging van de rechter-commissaris 'het volledige actief' voor € 4.000 verkocht aan de holding van de toenmalig indirect bestuurder van Ifo ('de bestuurder'). Het was de bestuurder naar eigen zeggen te doen om het immaterieel actief. De bestuurder liet de curator weten dat Ifo feitelijk al in 2009 was ontmanteld en dat de deelneming in Zweden waardeloos zou zijn (de onderneming was geliquideerd).

Op 29 januari 2013 heeft de bestuurder van WSWK aan de curator laten weten dat Ifo als houder van 50% van de aandelen WSWK geregistreerd stond en dat hij geïnteresseerd was in een overname van die aandelen. Nadat overeenstemming is bereikt, heeft de curator de aandelen op 24 april 2017 overgedragen aan de bestuurder van WSWK tegen betaling van € 25.000.

WK Holding vorderde vervolgens € 22.500 van de curator, omdat de curator de aandelen al eerder aan hem had verkocht; die waren begrepen in de verkochte activa van Ifo. De kantonrechter heeft deze vordering afgewezen, nadat WK Holding in de gelegenheid was gesteld te bewijzen dat zij tijdens de onderhandelingen met de curator de aandelen in WSWK ter sprake heeft gebracht, dat zij heeft meegedeeld dat zij niet wist wat de status van die aandelen was en dat zij de aandelen wenste over te nemen. Volgens de kantonrechter is WK Holding niet in dat bewijs geslaagd.

De strekking van de grieven van WK Holding is, dat een bewijsopdracht aan de curator had

moeten worden gegeven in plaats van aan haar en dat WK Holding afgezien daarvan haar stellingen wel heeft bewezen. De kantonrechter had volgens WK Holding bovendien gevolgen moeten verbinden aan het feit dat de curator niet op de comparitie was.

Het hof overweegt dat de stelplicht en bewijslast van de stelling van WK Holding dat de curator de aandelen aan haar heeft verkocht, rusten op WK Holding. Omdat de curator deze verkoop gemotiveerd heeft bestreden, heeft de kantonrechter aan WK Holding terecht bewijs van haar stellingen op dit punt opgedragen. Dat bewijs komt erop neer dat de deelneming van Ifo in WSWK was begrepen in de activa van Ifo die WK Holding van de curator heeft gekocht.

Het hof verwerpt ook de klacht ten aanzien van het niet verschijnen op de comparitie. De curator heeft duidelijk gemaakt dat hij door een andere zitting op hetzelfde moment verhinderd was. Zijn afwezigheid kan de curator daarom niet worden verweten. WK Holding heeft dat niet bestreden.

Het hof overweegt verder dat uit de verklaring van de curator niet valt op te maken dat de aandelen niet in de verkoop betrokken waren. De lage koopprijs wijst ook niet in die richting, al kan die er wel een indicatie voor zijn dat de curator de waarde van de aandelen heeft onderschat. WK Holding heeft dus bewezen dat de curator de aandelen aan haar heeft verkocht.

De curator heeft zich op dwaling beroepen. Het hof is van oordeel dat de rechtsvordering tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling weliswaar is verjaard, maar dat de curator hierop nog wel een beroep toekomt, als verweer tegen de vordering van WK Holding (art. 3:51 lid 3 BW).

De curator heeft aangevoerd dat hij de overeenkomst met WK Holding niet (zo) had gesloten wanneer de bestuurder hem had meegedeeld dat Ifo na de liquidatie van (thans) WSWK nog een vordering op de bestuurder van WSWK meende te hebben op grond van haar deelneming.

Het hof neemt aan dat de curator heeft begrepen van de bestuurder dat de aandelen van de deelneming waardeloos waren. Omdat de bestuurder echter naar eigen zeggen al enkele jaren op betaling van een uitkering op de aandelen wachtte, maar dat niet aan de curator heeft verteld, is hij tekortgeschoten in een op hem rustende informatieplicht als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 aanhef en onder b BW.

Het beroep op dwaling is derhalve gegrond waardoor WK Holding geen aanspraak op levering van de aandelen kan maken, en dus ook niet het recht heeft om in plaats daarvan schadevergoeding te vragen.

Het hof komt daarmee tot de conclusie dat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

J.D. van den Dolder, november 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:8480

Zaaknummer: 200.249.305/01

Rechters: M.W. Zandbergen, O.E. Mulder en S.E. Vlaanderen-Schüttenheim

Advocaten: A.P.C. Houben, M.A. Vles en T.H.I.M. Pierik

Wetsartikelen: 3:51 lid 3 BW en 6:228 BW

RECHTSPRAAK

Belang stelplicht bij instellen vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid

Een (vermeend) schuldeiser stelt de bestuurders van een geturboliquideerde vennootschap aansprakelijk. De rechtbank wijst de vordering af, omdat de schuldeiser geen vordering meer had op de vennootschap.

In deze zaak stelt een schuldeiser de bestuurders van een via turboliquidatie beëindigde vennootschap aansprakelijk voor haar (gepretendeerde) vordering uit hoofde van een aannemingsovereenkomst met deze vennootschap. De schuldeiser zou werkzaamheden hebben verricht op basis van vier – door haar in het geding gebrachte – offertes die volgens haar door de vennootschap waren geaccordeerd. De bestuurders zouden ernstig verwijtbaar en onrechtmatig jegens de schuldeiser hebben gehandeld door (1) de voor de schuldeiser bestemde gelden aan de vennootschap te onttrekken ten behoeve van privédoeleinden, (2) de vennootschap via turboliquidatie te beëindigen, (3) selectieve betalingen te verrichten voorafgaand aan de turboliquidatie en (4) de gelden die de vennootschap ontving van haar opdrachtgever niet rechtstreeks aan de schuldeiser over te boeken hoewel de vennootschap ten aanzien van door de schuldeiser verrichte werkzaamheden voor de opdrachtgever (volgens de schuldeiser) slechts een intermediairs- en kassiersfunctie vervulde. De bestuurders voeren verweer en stellen dat (1) de schuldeiser helemaal geen (restant)vordering op de vennootschap zou hebben en (2) dat zij niet ernstig verwijtbaar en onrechtmatig hebben gehandeld jegens de schuldeiser.

De rechtbank stelt voorop dat uit artikel 7:750 lid 1 BW volgt dat aanneming van werk de overeenkomst is waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld. Ingevolge artikel 150 Rv rust op de schuldeiser de stelplicht en – zo daaraan wordt toegekomen – de bewijslast van haar stelling dat zij met de vennootschap een vaste aanneemsom is overeengekomen. Ten aanzien van twee van de vier door de schuldeiser overgelegde offertes

hebben de bestuurders betwist dat deze zijn overeengekomen; de offertes zijn immers niet door de vennootschap ondertekend. Dit brengt volgens de rechtbank met zich dat de schuldeiser ten tijde van de turboliquidatie van de vennootschap geen vordering (meer) had. De stelling van de schuldeiser dat de turboliquidatie in gang is gezet om het verhaal van de schuldeiser op de vennootschap te frustreren faalt derhalve. Van ernstig verwijtbare selectieve betaling voorafgaand aan de turboliquidatie kan ook geen sprake zijn. De bestuurders zijn er immers van uitgegaan dat de schuldeiser geen vordering meer had op de vennootschap en hoefden bij de uitbetaling van baten aan schuldeisers voorafgaand aan de turboliquidatie in zoverre geen rekening te houden met de belangen van de schuldeiser. Gelet hierop is de rechter van oordeel dat een grondslag voor de vorderingen jegens de bestuurders ontbreekt, zodat de vorderingen reeds om die reden worden afgewezen.

S.A. van Aalst, november 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:9726

Zaaknummer: 7953370 \ CV EXPL 19-33302

Rechters: A.J.L.M. van der Wildt

Advocaten: O.H.A. Mo-Ajok

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

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid in relatie tot ontvangen voorschotten op winsten uit maatschap

In deze kwestie stelt een maatschap de bestuurder van een van haar maten aansprakelijk, omdat aan de maat betaalde voorschotten op de winsten uit de maatschap niet zijn terugbetaald bij uittreding. Bovendien is de vennootschap die als maat optrad volgens de maatschap ten onrechte geturboliquideerd en kan de maatschap daardoor haar schade niet verhalen. Ook daarom spreekt zij de bestuurder van de maat aan.

In 2012 zijn Arbeid Abelt BV, Olivebranch BV, Extrapolant BV, Avicena BV en Rasquin BV voor gezamenlijke rekening in maatschapsverband een praktijk gestart op psychomedisch gebied en op het gebied van advies en consultancy. Zij hebben op 5 juni 2012 een maatschapsovereenkomst gesloten en de Maatschap opgericht. Gedaagde (de 'Bestuurder') was bestuurder en enig aandeelhouder van Arbeid Abelt. In de maatschapsovereenkomst is bepaald dat de maten maandelijks een voorschot op de winst uit de maatschapskas krijgen betaald. Na het vaststellen van de winst of het verlies wordt het verschil op de kapitaalrekening van iedere maat geboekt. Verliezen van de maatschap worden naar rato verdeeld en eveneens in de kapitaalrekening verwerkt. In geval van uittreding ontvangt de maat het positieve saldo op de kapitaalrekening of moet de maat het negatieve saldo aan de Maatschap betalen.

De Maatschap heeft in de jaren 2011-2016 voorschotbetalingen gedaan aan zowel Arbeid Abelt als op de privérekening van Bestuurder. In oktober 2016 heeft Bestuurder aangegeven de maatschap te willen verlaten. Op 6 december 2016 heeft een turboliquidatie plaatsgevonden van Arbeid Abelt. De Maatschap spreekt Bestuurder aan tot terugbetaling van de voorschotbetalingen, nu de maatschap tussen 2012 en 2016 verlies heeft geleden en de kapitaalrekening van Arbeid Abelt een negatief saldo had. Betaling is echter uitgebleven en vervolgens zou Arbeid Abelt onrechtmatig zijn geturboliquideerd.

Ik beperk mij in deze samenvatting tot het geschil over de voorschotbetalingen en de turboliquidatie van Arbeid Abelt. Partijen twisten ook over de vraag of de opbrengst van de verkoop van een voorheen geleasede auto (financial lease) aan de Maatschap toekomt en door de Maatschap als derde-beslagene betaalde bedragen voor rekening van de Bestuurder komen.

De rechtbank oordeelt dat de omstandigheid dat alle maten wisten dat de Maatschap verlieslatend was, niet zonder meer leidt tot de conclusie dat Bestuurder de aan Arbeid Abelt betaalde voorschotten moet terugbetalen. De Maatschap heeft er immers zelf voor gekozen om de voorschotbetalingen aan Arbeid Abelt te continueren, hoewel zij al jaren verliezen leed en wist dat Arbeid Abelt niet beschikte over relevante activa, zodat een groot risico bestond dat Arbeid Abelt de voorschotten niet zou kunnen terugbetalen. Daarbij acht de rechtbank van belang dat het in de rede ligt dat indien Maatschap de voorschotbetalingen zou hebben gestaakt in verband met de gestelde verlieslatende situatie waarin zij verkeerde, Bestuurder haar via Arbeid Abelt verrichte werkzaamheden voor de Maatschap niet zou hebben willen/kunnen voortzetten. Het niet staken van de voorschotbetalingen blijft voor rekening van de Maatschap.

Ten aanzien van de turboliquidatie van Arbeid Abelt overweegt de rechtbank dat dit niet relevant is voor de aansprakelijkheid van Bestuurder. Arbeid Abelt zou ook geen verhaal hebben geboden als de turboliquidatie niet had plaatsgevonden. Uit de stellingen van de Maatschap kan volgens de rechtbank niet worden afgeleid dat Arbeid Abelt ten tijde van de liquidatie de middelen had of had kunnen verwerven om een eventuele vordering van de Maatschap te voldoen. Van schade als gevolg van de liquidatie van Arbeid Abelt is daarom geen sprake. De omstandigheid dat de voorschotbetalingen rechtstreeks aan Bestuurder zijn voldaan, maakt niet dat er nog baten in Arbeid Abelt moeten worden verondersteld en kan evenmin tot aansprakelijkheid van de Bestuurder leiden.

Ook het subsidiaire standpunt van de Maatschap, dat de Bestuurder zich door het stelselmatig in ontvangst nemen van de voorschotten van Arbeid Abelt in de plaats heeft gesteld van Arbeid Abelt en dat om die reden op de Bestuurder een directe terugbetalingsverplichting rust, gaat niet op. De Maatschap heeft zelf gesteld dat de vennoten medio 2014 mondeling hebben afgesproken dat de grote bedragen aan voorschotbetalingen voortaan zouden worden betaald op de privérekening van de desbetreffende vennoot, omdat werd gevreesd voor beslagleggingen onder Maatschap en haar maten door een voormalige maat.

J.E. van Nuland, september 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:9460

Zaaknummer: C/10/566960 / HA ZA 19-95

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: M. Hoogenboom en F.M.A. Rooijakkers

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Vereffening na turboliquidatie niet heropend, nu bate er altijd al is geweest

De vereffening van een vennootschap na turboliquidatie kan niet worden heropend, nu niet alsnog van een bate is gebleken omdat die bate er al die tijd is geweest. De vennootschap is blijven voortbestaan.

De vennootschap ('X Holding BV') is in maart 2001 opgericht en geïntimeerde is daarvan sinds oprichting bestuurder en enig aandeelhouder. De vennootschap is sinds 24 augustus 2006 eigenaar van een onroerende zaak. Op 11 maart 2011 heeft de Ontvanger conservatoir beslag gelegd op de onroerende zaak, waarna tevens navorderingsaanslagen vennootschapsbelasting zijn opgelegd. Op 17 december 2013 is de turboliquidatie van de vennootschap bij de Kamer van Koophandel ingeschreven.

Geïntimeerde heeft op 11 februari 2020 de rechtbank verzocht de vereffening van X Holding BV te heropenen (art. 2:23c lid 1 BW) nu een koper was gevonden voor de onroerende zaak maar geen levering kon plaatsvinden omdat de vennootschap niet zou bestaan. De rechtbank heeft de vereffening van de vennootschap heropend en geïntimeerde als vereffenaar benoemd.

Hoewel de notaris na de verkoop van de onroerende zaak een bedrag aan de Ontvanger heeft uitgekeerd waarmee een groot deel van de vordering van de Ontvanger is voldaan, is de Ontvanger in beroep gekomen tegen deze beschikking van de rechtbank. Zulks om te voorkomen dat geoordeeld zou kunnen worden dat X Holding BV in 2013 is opgehouden te bestaan en daarmee de invordering van de aanslagen is verjaard. De Ontvanger voert aan dat X Holding BV ook na 17 december 2013 is blijven bestaan, nu er nog baten aanwezig waren in de vennootschap, te weten de onroerende zaak. Op grond van artikel 2:19 lid 5 BW blijft de vennootschap dan voortbestaan, nu het vermogen van de rechtspersoon moet worden vereffend.

Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank, nu voor heropening van de vereffening op de voet van artikel 2:23c lid 1 BW geen plaats is. Daarvoor is immers vereist dat

na turboliquidatie alsnog van het bestaan van een bate is gebleken, hetgeen hier niet het geval is nu die bate er al die tijd is geweest.

O. Oost, november 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:3004

Zaaknummer: 200.278.467/01

Rechters: M.L.D. Akkaya, W.A.H. Melissen en M.M. Korsten-Krijnen

Advocaten: E.E. Schipper en Y.E.J. Geradts

Wetsartikelen: 2:19 lid 5 BW en 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Toerekening kennis bestuurder aan vennootschap staat aantasting overeenkomsten in de weg (Aquaserva)

Toerekening kennis bestuurder aan vennootschap. Een vennootschap koopt aandelen en beroept zich jegens de verkoper op schending van diens informatieplicht. Dit beroep stuit af op het feit dat de koper zelf beschikte over de informatie die door de verkoper verzwegen zou zijn, omdat de bestuurder van de koper die informatie ook had en diens kennis door het hof aan de koper wordt toegerekend. De Hoge Raad doet het cassatieberoep van de koper af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO, maar A-G Assink geeft in zijn conclusie een lezenswaardige samenvatting van het leerstuk van kennistoerekening.

Deze zaak gaat over Aquaserva Group B.V. ('Aquaserva') en een aantal van haar werkmaatschappijen, waaronder Aquaserva B.V. en Procas B.V. ('de Werkmaatschappijen') (Aquaserva en de Werkmaatschappijen tezamen hierna te noemen 'Aquaserva groep'). De Aquaserva groep is actief in de installatiebranche, in het bijzonder op het terrein van drinkwatervoorziening.

Aquaserva is opgericht door een aantal voormalige aandeelhouders en bestuurders van de Werkmaatschappijen, tezamen met een nieuwe investeerder in Aquaserva groep. De oprichting van Aquaserva vindt plaats om de participatie van de Investeerder in Aquaserva groep mogelijk te maken. Bij die gelegenheid verkoopt een van de middelijk aandeelhouders ('de Verkoper') zijn aandelen in het kapitaal van de Werkmaatschappijen aan Aquaserva. Bij gelegenheid van de toetreding van de Investeerder en de verkoop van aandelen door Verkopers holdingvennootschappen aan Aquaserva, zijn onder meer twee intentieovereenkomsten, een definitieve overeenkomst en meerdere vaststellingsovereenkomsten gesloten (hierna te noemen 'de Overeenkomsten'). De 'Voortzettende aandeelhouders', blijven aandeelhouder in de Werkmaatschappijen, maar gaan – na de oprichting van Aquaserva – hun belang in Aquaserva groep middellijk houden via Aquaserva. In de Overeenkomsten zijn door de Verkoper en de Voortzettende aandeelhouders

garanties verstrekt aan Aquaserva en de Investeerder over onder meer de financiële situatie van de Werkmaatschappijen.

Er ontstaat al snel een geschil tussen Aquaserva en de Investeerder enerzijds en de Verkoper en de Voortzettende aandeelhouders anderzijds.

Aquaserva, twee Werkmaatschappijen en de Investeerder zijn een gerechtelijke procedure gestart en vorderen in eerste aanleg een veroordeling tot betaling van schadevergoeding wegens een in groepsverband gepleegde onrechtmatige daad, kort gezegd bestaande uit het malverseren van halfjaarcijfers, het uitkeren van dividend en managementvergoedingen terwijl de financiële positie van de Werkmaatschappijen daar niet naar was, en het boeken van privé-uitgaven als zakelijke kosten. Dit valt op te maken uit de conclusie van A-G Assink, waarover hierna meer. In eerste aanleg wijst de rechtbank vrijwel alle vorderingen af, maar veroordeelt de Verkoper wel tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, omdat privékosten ten onrechte ten laste zijn gebracht van de Werkmaatschappijen, en die onrechtmatige onttrekkingen zijn verzwegen voor Aquaserva en de Investeerder.

Aquaserva en de twee werkmaatschappijen Aquaserva B.V. en Procas B.V. gaan failliet. De curatoren van deze failliete vennootschappen ('de Curatoren') zetten het hoger beroep, dat door de vennootschappen was ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank, voort. De Investeerder komt ook in hoger beroep. Door eiswijziging liggen de eisen uit eerste aanleg niet voor ter beoordeling door het hof Arnhem-Leeuwarden. De door de rechtbank jegens de Verkoper toegewezen vordering, valt eveneens buiten de omvang van het hoger beroep.

Na eiswijziging vorderen de Curatoren en de Investeerder kort gezegd nietigverklaring, (partiële) vernietiging of (gedeeltelijke) ontbinding van de Overeenkomsten. Vrijwel alle grondslagen die zij aan deze vorderingen ten grondslag leggen zijn onvoldoende onderbouwd en bovendien ondernemingsrechtelijk niet interessant. De enige stelling die door het hof wordt beoordeeld, is de stelling dat Verkopers holdingvennootschappen bij het aangaan van de Overeenkomsten verplicht waren om Aquaserva te informeren over de manipulatie van de cijfers en de onttrekkingen aan het vermogen van de Werkmaatschappijen, die informatieplicht hebben geschonden, en dat die schending rechtvaardigt dat de Overeenkomsten nietig worden verklaard, worden ontbonden of vernietigd. Dit gaat volgens het hof niet op, omdat Aquaserva – door toerekening van de kennis van haar bestuurders aan haar – al op de hoogte was van deze feiten. De natuurlijke personen achter de Voortzettende aandeelhouders waren ten tijde van het sluiten van de Overeenkomsten bestuurder van Aquaserva. Die personen waren op de hoogte van de gestelde manipulatie van de cijfers en de onttrekkingen. Hun kennis wordt door het hof toegerekend aan Aquaserva, en daardoor kan Aquaserva zich ten opzichte van de Verkoper en de Voortzettende aandeelhouders niet

beroepen op het niet weten. Dat de bestuurders hun kennis niet hebben gedeeld met hun mede-bestuurder, de Investeerder, en dat de bestuurders slechts een tijdelijke bestuursfunctie hadden bij Aquaserva, maakt het oordeel van het hof over de toerekening van kennis niet anders. De Investeerder had, zo blijkt volgens het hof uit het procesdossier, ook uit anderen hoofde kennis van deze zaken. Ook een beroep op schending van de in de Overeenkomsten gegeven garanties, kan Aquaserva en de Investeerder door hun kennis over de manipulatie van de cijfers en de onttrekkingen niet baten. Een koper kan immers niet klagen over een gebrek waar hij al van op de hoogte was toen hij de koopovereenkomst sloot. Nadien zijn bovendien nog vaststellingsovereenkomsten gesloten waarin finale kwijting is afgesproken en die juist ten doel hadden om bestaande onzekerheid te verdisconteren, dus daarmee is de kous helemaal af.

De Curatoren proberen in hoger beroep ook nog dividendbesluiten van de algemene vergaderingen van de Werkmaatschappijen nietig te verklaren dan wel in rechte te vernietigen. Het hof maakt daarmee korte metten. De Curatoren hebben niet gemotiveerd waarom sprake zou zijn van besluiten die in strijd met de wet of de statuten zijn genomen, waardoor nietigverklaring niet aan de orde kan zijn. Bovendien wisten de Curatoren al langer dan een jaar van het bestaan van de dividendbesluiten, waardoor de bevoegdheid om daarvan vernietiging te vorderen, is komen te vervallen. De Curatoren proberen het ook nog over de boeg van de bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij ze zich tevergeefs beroepen op artikel 2:216 lid 3 BW. Dat artikel gold nog niet ten tijde van de dividenduitkeringen, en de Curatoren hebben onvoldoende gemotiveerd waarom de bij de dividenduitkeringen betrokken bestuurders anderszins aansprakelijk zouden zijn.

Zoals aangegeven is de Verkoper in eerste aanleg ter zake van de privé-onttrekkingen wel veroordeeld tot vergoeding van de dientengevolge geleden schade (onrechtmatige daad bestaande in frauduleuze onttrekkingen die aan het zicht van de Investeerder zijn onttrokken). Het hof oordeelt dat dit in gelijke zin zou moeten gelden voor Verkopers holdingvennootschappen, en vernietigt daarom het vonnis van de rechtbank voor zover enkel de Verkoper veroordeeld was. Het hof bekrachtigt voor het overige het vonnis van de rechtbank, en wijst de andere – voor het eerst in hoger beroep – ingestelde vorderingen af. De Verkoper wordt door het hof hoofdelijk veroordeeld tot vergoeding aan de Curatoren van de schade die Aquaserva heeft geleden en nog zal lijden, nader op te maken bij staat, als gevolg van het boeken van privé-uitgaven als zakelijke kosten in de boekhoudingen van de Werkmaatschappijen en het verzwijgen daarvan.

De Curatoren en de Investeerder gaan in cassatie. A-G Assink gaat in op hun klachten. De – voor het ondernemingsrecht – belangrijkste klacht betreft de gehanteerde maatstaf voor toerekening van kennis van de bestuurder aan een rechtspersoon. Volgens de Curatoren en de

Investeerder miskent het hof dat in een geval dat de bestuurder van de rechtspersoon als wederpartij van de rechtspersoon optreedt, hij in dat kader informatie voor de rechtspersoon heeft achtergehouden, en de rechtspersoon, zou hij deze kennis wel hebben gehad, die overeenkomst mogelijk niet of onder andere – voor de rechtspersoon betere – voorwaarden zou zijn aangegaan, een uitzondering moet worden gemaakt op de hoofdregel dat kennis van een bestuurder van de rechtspersoon aan de rechtspersoon moet worden toegerekend. Deze klacht lokt een lezenswaardige samenvatting van de A-G uit over het leerstuk van kennistoerekening.

De A-G benadrukt dat het geen eenduidig leerstuk is. De toe te passen maatstaf heeft een ‘sterk contextuele en multi-factor karakter’: beoordeeld dient te worden of in het concrete geval de kennis van de betreffende persoon ‘in het maatschappelijk verkeer’ ook heeft te gelden als kennis van de betreffende rechtspersoon. Het betreft een open norm, die moet worden ingevuld aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.

Als voorbeelden van relevante omstandigheden worden genoemd:

De formele hoedanigheid. Eerder oordeelde de Hoge Raad al eens dat de enkele vaststelling dat iemand gedurende een bepaalde periode bedrijfsleider, directeur of (mede)eigenaar van een bedrijf is geweest, onvoldoende is om kennis van deze persoon aan dat bedrijf toe te rekenen. Een ‘formele’ hoedanigheid is dus niet beslissend voor de toerekening van zijn kennis aan de rechtspersoon.

Feitelijke zeggenschap. Van belang is of de functionaris feitelijke zeggenschap heeft over het aspect van de handeling waarvoor zijn kennis relevant is. Die zeggenschap kan natuurlijk sneller worden aangenomen als het gaat om een hoger geplaatste functionaris (zoals een bestuurder) met feitelijke zeggenschap over de gehele rechtspersoon.

De kennisorganisatieplicht. Dit is, in de geciteerde woorden van A-G Timmerman, ‘de plicht van de rechtspersoon om ervoor zorg te dragen dat deze zo is georganiseerd dat kennis op een bepaalde plaats in de organisatie aanwezig is’. Is die kennisorganisatie niet op orde, terwijl in het geval dat het wel op orde was geweest de betrokken kennis er had behoren te zijn, dan kan die kennis onder omstandigheden worden toegerekend aan de rechtspersoon. Zo kan kennis van een lager geplaatste functionaris bij een gebrekkige kennisorganisatie toch, ondanks dat hij geen hooggeplaatste functie had, worden toegerekend aan de rechtspersoon.

Hoedanigheidsfactor. Bij de beoordeling kan van belang zijn in welke hoedanigheid een functionaris de kennis heeft opgedaan. Kennis die toevallig is opgedaan in privé, wordt mogelijk minder snel toegerekend aan de rechtspersoon dan kennis die in functie is verkregen.

Kortom: alle omstandigheden van het geval worden betrokken. Het gaat om de verkeersopvattingen en algemene regels of concrete gezichtspunten ontbreken.

Toegesplitst op het ingestelde cassatiemiddel betekent dit volgens de A-G dat, anders dan in dat middel wordt gesteld, er geen hoofdregel bestaat dat de kennis van de bestuurder aan de rechtspersoon moet worden toegerekend, en evenmin dat een vaste uitzondering bestaat voor het in het middel beschreven geval waarin de bestuurder als wederpartij van de rechtspersoon optreedt, zijn kennis verzwijgt en daardoor de rechtspersoon de mogelijkheid ontnemt om betere voorwaarden te bedingen. De maatstaf die moet worden toegepast, zo concludeert de A-G, is of de kennis van een bepaalde persoon die functionaris is van de rechtspersoon 'in het maatschappelijk verkeer' als kennis van de rechtspersoon heeft te gelden, wat afhankelijk is van alle omstandigheden van dat geval. Degene die betoogt dat kennis van een functionaris *niet* kan worden toegerekend aan de rechtspersoon, zal een op het specifieke geval toegespitste motivering moeten geven. De A-G constateert dat de Curatoren en de Investeerder dat hebben nagelaten en tevens dat het hof de juiste maatstaf heeft toegepast. Dat het hof niet uitdrukkelijk de term 'in het maatschappelijk verkeer' bezigt, doet daar niet aan af, omdat het hof wel spreekt over het toerekenen van kennis en daarbij diverse omstandigheden opsomt die niet in de weg staan aan die toerekening.

De andere klachten slagen evenmin, het merendeel omdat de Curatoren en de Investeerder in hoger beroep zelf niet aan hun stelplicht hebben voldaan. A-G Assink concludeert tot verwerping van het cassatieberoep.

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, november 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 02-10-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1539

Zaaknummer: 19/02471

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

Advocaten: B.I. Kraaiapoel

Wetsartikelen: 2:14 BW, 2:15 BW, 2:216 BW en 81 RO