

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 15, 2021

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:8134](#) 24-08-2021

Bestuurders/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2348](#) 27-07-2021

Tomatenhakenwikkelbedrijf/Bestuurder Forpex

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2191](#) 13-07-2021

Bestuurder coöperatie als borg/Eventus Bonus Administratie- en
Belastingadviesbureau B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:6378](#) 29-06-2021

Coating Application Products B.V./Indirect bestuurder

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:5820](#) 15-06-2021

Tonkin Replicas c.s./Holding c.s.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:5819](#) 15-06-2021

Mexit B.V./feitelijk bestuurder en bestuurder/commissaris van Mammoet Salvage B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:5770](#) 15-06-2021

Oud-CFO/De Volksbank

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1570](#) 11-05-2021

Bestuurder CSH Uitzendbureau/Luten q.q.

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:3667](#) 05-08-2021

Oud-CFO/De Volksbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:6630](#) 28-07-2021

Participatiefonds Duurzame Economie Noord-Holland/Bestuurders Tocardo Tidal
Power

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:7898](#) 21-07-2021

Curator/Bestuurder Heintz/Vreezen Bouw

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:4070](#) 21-07-2021

Geen bestuurdersaansprakelijkheid voor niet nakomen betalingstoezegging als gevolg van coronacrisis

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:3113](#) 14-07-2021

Melkveehouder/Zuivelcoöperatie FrieslandCampina U.A.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:7286](#) 14-07-2021

Megève LTD en Holba Vastgoed B.V./Officersgärden Haarlem Immo B.V.,
Officersgärden Finans B.V. en medeaandeelhouder van Nieuwe Zijds 50 B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:6760](#) 07-07-2021

Toepasselijkheid non-concurrentiebeding voormalig aandeelhouder tevens voormalig werknemer

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:3111](#) 30-06-2021

Besluitvorming stichting

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:4753](#) 16-06-2021

CSPlus B.V. en CloudSolutions + B.V./AH Beheer Weert B.V. en bestuurder AH Beheer Weert B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:5209](#) 09-06-2021

Opzegging, ontbinding en vereffening vof

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:2243](#) 28-04-2021

Vordering aandeelhouder tot medewerking overdracht aandelen

RECHTSPRAAK

**Bestuurder coöperatie als borg/Eventus Bonus
Administratie- en Belastingadviesbureau B.V.**

Het hof overweegt dat artikel 1:88 lid 5 BW naar analogie toegepast kan worden op een coöperatie en komt tot de conclusie dat geen toestemming van de echtgenote vereist was ten tijde van het verlenen van de borgtocht.

In 2010 is een coöperatie opgericht door appellant en vijf andere personen, die tezamen de leden en de bestuurders van de coöperatie werden. Kort na oprichting heeft Eventus Bonus Administratie- & Belastingadviesbureau B.V. ('Eventus') een gebruiksovereenkomst gesloten met de coöperatie ('de Overeenkomst'), als gevolg waarvan de coöperatie een bedrag van € 63.000 (plus rente) verschuldigd werd aan Eventus. Volgens de Overeenkomst verstrekte Eventus aan de coöperatie het gebruiksrecht met betrekking tot de activa en inventaris van een pand aan de coöperatie. Appellant heeft op diezelfde dag, zowel namens zichzelf als namens zijn persoonlijke vennootschap ('de Holding'), een borgstelling ondertekend. Deze borgstelling door appellant betrof het nakomen van verplichtingen van de coöperatie uit hoofde van de lening die Eventus aan de coöperatie had verstrekt in verband met het gebruiksrecht van de coöperatie op activa en inventaris.

Op enig moment zijn tussen Eventus en de coöperatie geschillen gerezen. In 2015 hebben partijen een (betalings)regeling getroffen. Vervolgens heeft Eventus de coöperatie in 2018 gewezen op de opgebouwde achterstand in de maandelijkse rentebetalingen en heeft zij direct aanspraak gemaakt op betaling van de hoofdsom en achterstallige rente. Niet veel later heeft de echtgenote van appellant medegedeeld dat zij met een beroep op artikel 1:88 BW en artikel 1:89 BW de borgstelling vernietigt.

Eventus vordert in dit geschil onder meer de betaling door appellant van de helft van de hoofdsom en de opgebouwde rente. De kantonrechter heeft deze vordering toegewezen. Tegen dit vonnis heeft alleen appellant hoger beroep ingesteld en niet ook de Holding. Het hof merkt op dat de Holding niet (pas) bij memorie van grieven tot appellant gemaakt kan worden; de Holding wordt niet-ontvankelijk verklaard in het hoger beroep.

Appellant stelt zich in dit hoger beroep op het standpunt dat uit de borgstellingsovereenkomst volgt dat hij niet in privé of als hoofdelijk aansprakelijke heeft getekend, maar als vertegenwoordiger van zijn Holding. Het hof overweegt dat Eventus redelijkerwijs heeft mogen begrijpen dat appellant zich in privé als borg heeft verbonden nu appellant uitdrukkelijk naast de Holding en een andere vennootschap wordt genoemd als een van de ondergetekenden en tevens als borg. Het enkele feit dat bij zijn handtekening is vermeld *'Holding, vertegenwoordigd door appellant'* is niet voldoende voor een ander oordeel.

Ten aanzien van de door artikel 1:88 BW voorgeschreven toestemming stelt het hof vast dat deze toestemming nimmer door de echtgenote van appellant is gegeven. Eventus stelt zich echter op het standpunt dat de toestemming niet vereist was, omdat appellant zich als borg heeft verbonden ten behoeve van de normale uitoefening van een bedrijf (art. 1:88 lid 5 BW). In dat kader heeft Eventus aangevoerd dat appellant in privé in de coöperatie deelnam en dat de lening is aangewend voor het bedrijf van de coöperatie. Het hof dient aldus na te gaan hoe de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW uitwerkt in het geval dat de borg niet de bestuurder is van een vennootschap, maar van een coöperatie.

Het hof overweegt dat voor de analoge toepassing van artikel 1:88 lid 5 BW in elk geval moet zijn voldaan aan de criteria die hier van belang zijn, namelijk een combinatie van zeggenschap en financieel belang, zoals die zich voor de ondernemer ook voordoet bij de eenmanszaak, de maatschap of de vennootschap onder firma en die voor de vennootschap is beschreven in artikel 1:88 lid 5 BW. De borg zal aldus (direct of indirect) een zeggenschap en een financieel belang in de coöperatie moeten hebben, zoals een bestuurder van een vennootschap die heeft wanneer artikel 1:88 lid 5 BW kan worden toegepast. Voor dit laatste volstaat dat de borg een van de bestuurders is en dat hij, al dan niet middellijk, enig belang heeft in het aandelenkapitaal van de vennootschap, hoe gering ook, mits de bestuurders tezamen de meerderheid van de aandelen houden, aldus het hof.

Het hof stelt vast dat alle leden tevens bestuurders van de coöperatie waren. Daarmee heeft appellant zeggenschap in de coöperatie. Het lidmaatschap leverde de leden een stoffelijk en dus financieel belang op, want de coöperatie was in het leven geroepen, zo blijkt onder meer uit de oprichtingsakte, om de stoffelijke belangen van de leden te dienen, aldus het hof. Dit leidt tot de conclusie dat de leden in meerderheid het financiële belang in de coöperatie hadden. Het hof komt dan ook tot de (deel)conclusie dat de zeggenschap en het financiële belang van appellant in de coöperatie vergelijkbaar is met de zeggenschap en het financiële belang die een bestuurder van een vennootschap moet hebben voor het toepassen van artikel 1:88 lid 5 BW.

Het hof stelt verder vast dat onder meer uit de oprichtingsakte en de Overeenkomst blijkt dat

het bedrijf van de coöperatie erop was gericht te voorzien in het faciliteren van de bedrijfsuitoefening van de leden, onder meer door het gebruik van een bedrijfspand en de inrichting daarvan. De lening van Eventus is, zo overweegt het hof, afgesloten om de inrichting te financieren en is daarmee aangegaan ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van de coöperatie.

De slotsom is dat Eventus een beroep kan doen op het bepaalde in artikel 1:88 lid 5 BW. Dit brengt mee dat de echtgenote van appellant geen toestemming behoefde te geven voor de borgstelling. De borgstelling is daarmee niet vernietigbaar en om die reden niet vernietigd. Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

M.J. van de Graaf, september 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-07-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:2191

Zaaknummer: 200.273.270_01

Rechters: W.J.J. Los, L.S. Frakes en M.C. Schepel

Advocaten: A.H.H.M. Roelofs en R.P.V.W. Willems

Wetsartikelen: 1:88 BW

RECHTSPRAAK

Participatiefonds Duurzame Economie Noord-Holland/Bestuurders Tocardo Tidal Power

Bestuurders zijn niet aansprakelijk voor het vestigen van een waardeloos pandrecht. Zij verkeerden in de veronderstelling dat de vennootschap over vermogen beschikte dat aan het Participatiefonds kon worden verpand. Dat later blijkt dat het vermogen eigendom was van een andere vennootschap, levert geen persoonlijk ernstig verwijt van de bestuurders op.

Tocardo Tidal Power B.V. ('TTP') heeft een pandrecht verstrekt aan Participatiefonds Duurzame Economie Noord-Holland B.V. ('het Participatiefonds'). Volgens het Participatiefonds bleek dat pandrecht later, anders dan gedacht, geen waarde te hebben omdat TTP geen vermogen had. Het Participatiefonds houdt de voormalige bestuurders van TTP aansprakelijk voor de schade als gevolg van wanprestatie dan wel onrechtmatige daad van TTP.

Voor aansprakelijkheid van bestuurders in een geval als dit is nodig dat hun persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken. Uit het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt, volgt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld. Hetgeen het Participatiefonds op dit punt heeft gesteld is niet voldoende. De bestuurders waren namelijk naar eigen zeggen niet op de hoogte van het feit dat het vermogen van TTP voorafgaand aan de verpanding daarvan in een andere vennootschap was ondergebracht. Zij gingen er bij het namens TTP aangaan van de pandakte van uit dat alle in de groepsonderneming aanwezige activa ten gunste van het Participatiefonds zouden worden verpand.

Dat de bestuurders wellicht onzorgvuldig hebben gehandeld door pandaktes te tekenen zonder zelf na te gaan of er te verpanden activa waren en zo ja, welke activa dat dan waren, levert op zichzelf genomen geen ernstig verwijt op. Hetzelfde geldt voor het feit dat de

bestuurders niet actief erop hebben toegezien dat door of in opdracht van de CFO alle beschikbare activa binnen TTP zijn geboekt naar een andere vennootschap.

Verder overweegt de rechtbank dat ook als zou komen vast te staan (zoals het Participatiefonds als bijzondere omstandigheid heeft aangevoerd) dat de bestuurders de indruk hebben gewekt dat TTP de verpande activa in eigendom had terwijl dat niet waar was, de rechtbank deze omstandigheid onvoldoende acht tegen de achtergrond van alle overige omstandigheden om tot de conclusie te komen dat de bestuurders hiervan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De rechtbank wijst de vorderingen van het Participatiefonds af.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, augustus 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 28-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:6630

Zaaknummer: C/15/310503 / HA ZA 20-746

Rechters: S.M. Auwerda

Advocaten: F.E. van 't Hek en W.A.M. Rupert

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Tomatenhakenwikkelbedrijf/Bestuurder Forpex

Een Nederlandse vennootschap stelt de bestuurder van een Belgische klant aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. Het hof acht zich bevoegd en oordeelt dat Nederlands recht van toepassing is. Het hof wijst de vordering af bij gebrek aan feitelijke onderbouwing.

Appellante exploiteert een tomatenhakenwikkelbedrijf en doet al geruime tijd zaken met Forpex België CVBA. In 2016 heeft appellante zaken verkocht en geleverd. Van het gefactureerde bedrag is ongeveer € 130.000 onbetaald gebleven. Appellante heeft niet alleen Forpex in rechte betrokken, maar appellante heeft ook de bestuurder van Forpex aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank heeft de vordering tegen Forpex toegewezen, maar de vordering tegen de bestuurder afgewezen. Appellante komt in hoger beroep.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van de vordering tegen Forpex en haar bestuurder op grond van artikel 25 lid 1 sub a van de EEX-verordening, omdat appellante in de algemene voorwaarden die van toepassing zijn een forumkeuzebeding heeft opgenomen. Omdat hiertegen geen beroep is ingesteld, gaat het hof uit van de juistheid hiervan. Ten aanzien van het toepasselijk recht heeft de rechtbank geoordeeld dat de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering niet valt onder de reikwijdte van artikel 10:119 onder e BW, maar dat het toepasselijk recht moet worden beoordeeld aan de hand van de Rome II-verordening. Omdat de schade zich heeft voorgedaan in Nederland, is Nederlands recht van toepassing op grond van artikel 4 lid 1 Rome II. Het hof oordeelt dit juist en maakt het oordeel van de rechtbank tot het zijne.

Ook inhoudelijk sluit het hof zich aan bij de rechtbank. Volgens het hof heeft appellante onvoldoende feitelijk onderbouwd waarom sprake zou zijn van Beklamelaansprakelijkheid. Appellante heeft niet uitgelegd waarom de bestuurder op het moment van het plaatsen van de bestellingen in 2016 redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat Forpex niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade. Appellante had hiervoor ten minste uiteen moeten zetten wat de financiële situatie van Forpex was op het

moment dat de bestellingen werden gedaan. Omdat appellante dit niet heeft gedaan, stuit het verwijt alleen al hierop af. Ook het verwijt dat sprake zou zijn van betalingsonwil stuit af op een gebrek aan feitelijke onderbouwing. Appellante heeft niet gemotiveerd gesteld dat de factuur niet is betaald, terwijl de financiële situatie van Forpex dit wel toeliet. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 27-07-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:2348

Zaaknummer: 200.258.730_01

Rechters: R.A. van der Pol, O.G.H. Milar en H.F.P. van Gastel

Advocaten: M.A.M. van Dooren

Wetsartikelen: 6:162 BW, 25 lid 1 EEX-verordening, 10:119 onder e BW en 4 lid 1 Rome II-verordening

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid voor niet nakomen betalingstoezegging als gevolg van coronacrisis

De rechtbank oordeelt dat de bestuurder niet aansprakelijk is voor het niet nakomen van een betalingstoezegging als gevolg van de coronacrisis. Op het moment dat de toezegging werd gedaan, waren de gevolgen van de coronacrisis niet te voorzien. Betaling van loon met NOW-gelden is niet onrechtmatig selectief. Er was sprake van betalingsonmacht en niet van betalingsonwil.

Twee vennootschappen zijn op 10 februari 2020 met elkaar een overeenkomst van opdracht aangegaan in het kader van de Nationale Carrièrebeurs die door de eisende partij werd georganiseerd en zou plaatsvinden op 20 en 21 maart 2020. Gedaagde is de bestuurder van de opdrachtnemer ('de Bestuurder').

Eiseres heeft op of kort na 3 maart 2020 een voorschot van € 36.300 betaald, op voorwaarde dat het voorschot zou worden terugbetaald als de beurs niet door zou gaan. De Bestuurder heeft toegezegd dat het voorschot in dat geval zou worden terugbetaald.

Op 12 maart 2020 is een landelijk verbod op evenementen ingesteld in verband met de coronacrisis, waardoor de beurs niet door kon gaan. Op 30 maart 2020 heeft de opdrachtnemer een creditfactuur gestuurd voor het voorschot, maar het voorschot is niet teruggestort. De opdrachtnemer is op 12 mei 2020 op eigen aangifte failliet verklaard.

Eiseres stelt dat de Bestuurder aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad, omdat hij namens de opdrachtnemer een betalingstoezegging heeft gedaan die de bv niet is nagekomen. De rechtbank oordeelt dat de Bestuurder niet aansprakelijk is tegenover eiseres. Op het moment dat de toezegging werd gedaan, wist de Bestuurder niet en behoorde hij ook niet te weten dat de opdrachtnemer de toezegging niet kon nakomen. Dat door de coronacrisis evenementen voor langere tijd zouden worden afgelast waardoor de orderportefeuille van de opdrachtnemer volledig wegviel en haar kasstromen volledig opdroogden, was niet te voorzien.

De Bestuurder heeft betaling ook niet gefrustreerd door onrechtmatig selectief te betalen. Betalingen die zijn gedaan zien op loonbetalingen. Deze betalingen zijn verricht met behulp van ontvangen NOW-gelden. Dit is volgens de rechtbank niet onrechtmatig, omdat NOW-gelden niet voor andere doeleinden mogen worden aangewend. Van andere onrechtmatige selectieve betalingen is niet gebleken. Bovendien was sprake van betalingsonmacht, zodat de Bestuurder geen verwijt kan worden gemaakt van het niet terugbetalen van het voorschot. De rechtbank wijst de vorderingen van eiseres af.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 21-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:4070

Zaaknummer: C/05/379355

Rechters: V.A.J. Abbing

Advocaten: J.M. van Essen en C.D.R. Schoonderbeek

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curator/Bestuurder Heintz/Vreezen Bouw

Als de curator een bestuursverbod vordert, moet hij de rechtbank informeren over andere rechtspersonen waarvan betrokkene bestuurder of commissaris is. Omdat de curator hier geen aandacht aan heeft besteed, moet hij de rechtbank hier alsnog over informeren.

In het faillissement van Heintz/Vreezen Bouw B.V. vordert de curator onder meer dat aan de bestuurder een civielrechtelijk bestuursverbod wordt opgelegd voor de duur van vijf jaar op grond van artikel 106a Fw. De bestuurder is niet verschenen in de procedure.

De rechtbank overweegt dat de curator op grond van artikel 106c lid 1 Fw uittreksels moet overleggen van andere rechtspersonen waarvan betrokkene bestuurder of commissaris is. Op grond van artikel 106c lid 2 Fw worden deze andere rechtspersonen in de gelegenheid gesteld zienswijzen naar voren te brengen over het gevorderde bestuursverbod. Een opgelegd bestuursverbod vormt dan in beginsel een beletsel voor de uitoefening van de functie als bestuurder of commissaris van deze rechtspersonen.

Omdat de curator geen aandacht heeft besteed aan dergelijke andere rechtspersonen, moet de curator de rechtbank informeren over de vraag of er andere rechtspersonen zijn waarvan betrokkene bestuurder of commissaris is. Voor het overige wordt de zaak aangehouden.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:7898

Zaaknummer: C/10/619369 / HA ZA 21-478

Rechters: J. van den Bos

Advocaten: M.L. Dost

Wetsartikelen: 106a Fw, 106b Fw en 106c Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder CSH Uitzendbureau/Luten q.q.

Het hof legt een bestuurder een bestuursverbod op voor de duur van twee jaar. Vast is komen te staan dat hij aansprakelijk is uit hoofde van artikel 2:248 BW en dat hij zijn medewerkings- en informatieplicht jegens de curator heeft geschonden door niet te waarschuwen over de plaats waar de digitale administratie zich bevond en de aanstaande verwijdering ervan.

Een curator vordert dat een bestuursverbod wordt opgelegd aan de bestuurder van het gefailleerde Werving & Selectie Bureau Rijnmond B.V. ('WSBR'). Het hof oordeelde in een tussenarrest al dat de bestuurder aansprakelijk is voor het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW (zie OR 2021-0078). WSBR wordt vervolgens in de gelegenheid gesteld haar zienswijze over het bestuursverbod te geven. In haar zienswijze, waarbij zij wordt vertegenwoordigd door de bestuurder, zet zij uiteen dat een bestuursverbod haar belangen schaadt. Dit betekent immers dat er ofwel een andere bestuurder moet worden ingeschreven, ofwel dat de vennootschap moet worden omgezet in een eenmanszaak. Dit zou vragen oproepen bij relaties en afnemers en kunnen leiden tot terughoudendheid bij hen om zaken te doen met WSBR.

Het hof is van oordeel dat een bestuursverbod van twee jaar gerechtvaardigd is. De bestuurder is namelijk óók (naast zijn aansprakelijkheid als bestuurder uit hoofde van artikel 2:248 BW) in ernstige mate tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen als bedoeld in artikel 106a lid 1 sub c Fw. De bestuurder heeft niet de volledige digitale en fysieke administratie overhandigd aan de curator. Exact bewaarde de administratie en had het abonnement nog vóór het faillissement beëindigd. De bestuurder had de administratie voor € 133 veilig kunnen stellen, maar heeft dit niet gedaan. Hij had de curator niet geïnformeerd over het bestaan en de locatie van de administratie en de dreiging dat deze verwijderd zou worden, terwijl hij ook uit eigen beweging verplicht was de curator over deze feiten en omstandigheden in te lichten (art. 105 Fw). Als gevolg hiervan is de boekhouding verloren gegaan. De bestuurder heeft het de curator hiermee zeer moeilijk, zo

niet onmogelijk gemaakt om zijn taken adequaat te vervullen.

Over de duur van het bestuursverbod stelt het hof voorop dat de rechter beoordelingsvrijheid heeft om de duur daarvan te bepalen tot een maximum van vijf jaar. Daarbij gaat het om een weging van alle omstandigheden van het concrete geval. Het hof acht een bestuursverbod voor twee jaar passend. Redengevend hiervoor is dat de schending van de informatieverplichting beperkt is in duur en omvang. De bestuurdersaansprakelijkheid is met name gebaseerd op het niet voldoen aan de publicatieplicht, terwijl de te late publicatie met name speelt in de periode van vóór 2016, die op grond van het overgangsrecht niet meegenomen kan worden bij het opleggen van het bestuursverbod. Een langer bestuursverbod is niet proportioneel, omdat de andere schendingen van de publicatieplicht spelen bij andere vennootschappen van de bestuurder, terwijl een bestuursverbod gegrond moet worden op onbehoorlijk bestuur van de gefailleerde vennootschap. Dat er sprake is van een ernstige schending van de medewerkings- en informatieplicht, maakt nog niet dat een langer bestuursverbod op zijn plaats is, mede omdat de bestuurder wel een deel van de fysieke administratie aan de curator heeft overhandigd.

Het hof ziet geen aanleiding om bij het bestuursverbod een uitzondering te maken voor WSBR, zoals de bestuurder had verzocht. Het hof ziet niet in waarom de bestuurder de mogelijkheid zou worden ontnomen om in zijn onderhoud te voorzien, aangezien hij in loondienst zou kunnen werken of als zelfstandige. Ook omvat een bestuursverbod geen algeheel verbod om te ondernemen: de bestuurder kan de activiteiten van WSBR immers in de vorm van een eenmanszaak voortzetten. Het laatste schaadt volgens het hof ook niet de belangen van WSBR onevenredig, aangezien de bestuurder al had aangegeven dat WSBR in feite als een eenmanszaak wordt gedreven, met hem als enig bestuurder, enig werknemer en enig aandeelhouder.

Het hof legt de bestuurder een dwangsom op van € 1.000 per dag ter verzekering van de nakoming van het bestuursverbod (art. 106b lid 5 Fw).

S.E. Streng, september 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 11-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1570

Zaaknummer: 200.259.645/01

Rechters: G.C. de Heer, M.T. Nijhuis en J.L.M. Groenewegen

Advocaten: R. Sinke en J.J. Linker

Wetsartikelen: 106a lid 1 sub a Fw, 106a lid 1 sub c Fw, 106c Fw en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg

Het hof houdt bestuurders aansprakelijk tegenover het pensioenfonds wegens het nalaten van het doen van een melding van betalingsonmacht. Het pensioenfonds hoefde niet zonder schriftelijke melding te begrijpen dat sprake was van betalingsonmacht. Omdat op een gegeven moment wel een geldige melding is gedaan, vermindert het hof de vordering die de rechtbank heeft toegewezen, maar het leeuwendeel van de toegewezen vordering moeten de bestuurders alsnog betalen.

Twee natuurlijke personen, een vader en een dochter, zijn (indirect) bestuurder van onder meer Wever Totaal Transport B.V. ('WTT') en Wever Lease B.V. ('WL'). Beide vennootschappen zijn failliet verklaard. De Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg ('het Pensioenfonds') heeft de bestuurders aansprakelijk gesteld voor het niet afgedragen van pensioenpremies. De rechtbank heeft de vordering ten aanzien van WTT toegewezen voor de periode van 1 januari 2013 tot en met 10 augustus 2014 voor bijna € 180.000. Ten aanzien van WL is de vordering toegewezen voor de periode van 1 december 2014 tot en met 26 maart 2017 voor een bedrag van bijna € 105.000. De rechtbank heeft geoordeeld dat geen geldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgehad, zodat op grond van artikel 23 lid 4 Wet Bpf wordt vermoed dat de niet-betaling te wijten is aan de bestuurders. Omdat de bestuurders niet aannemelijk hebben gemaakt dat het niet aan hen te wijten is dat geen tijdige melding van betalingsonmacht is gedaan, worden zij niet toegelaten tot het leveren van tegenbewijs.

De bestuurders gaan in hoger beroep. De bestuurders stellen onder meer dat de vordering over de periode van 1 januari 2013 tot en met 19 maart 2013 is verjaard, omdat zij pas op 19 maart 2018 aansprakelijk zijn gesteld. Het hof oordeelt anders. De oudste factuur over deze periode dateert van 27 maart 2013 en heeft als vervaldatum 10 april 2013. De verjaring begint te lopen op het moment dat een vordering opeisbaar wordt. De vordering is, mede gelet op artikel 23

lid 5 Wet Bpf, opeisbaar vanaf de vervaldatum. De verjaringstermijn van vijf jaar was dus nog niet verstreken op 19 maart 2018.

De bestuurders stellen ook dat WTT geen melding van betalingsonmacht hoefde te doen, omdat het Pensioenfonds al op de hoogte was van de betalingsproblemen. Het hof overweegt dat tot voor kort de eis van een schriftelijke melding van betalingsonmacht strikt werd gehandhaafd, maar dat hierover in de literatuur en rechtspraak inmiddels een andere tendens waarneembaar is. Zo schrijft A-G Assink in paragraaf 3.10 van een recente conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:523) dat een melding niet noodzakelijk is als het Pensioenfonds uit anderen hoofde weet heeft of moet hebben van de betalingsonmacht. De informatie die het Pensioenfonds heeft, moet dan wel vergelijkbaar zijn met het zicht dat zij zou hebben gehad als wel een correcte en tijdige melding van betalingsonmacht was gedaan. In dit geval bestond die duidelijkheid niet, onder meer omdat de dochter aan het Pensioenfonds had geschreven dat het bedrijf weer winstgevend was en dat zij kansen zag om de achterstanden recht te trekken.

De bestuurders stellen tot slot dat meerdere keren een schriftelijke melding van betalingsonmacht is gedaan. Eerdere brieven ziet het hof niet als melding van betalingsonmacht, maar een brief van 27 juni 2016 wordt wel als zodanig gekwalificeerd. In deze brief staat dat de nota's niet in één keer betaald kunnen worden en dat de vennootschap verder in de problemen is gekomen door betalingsproblemen bij een grote klant. Het bewijsvermoeden van artikel 23 lid 4 Wet Bpf geldt daarom niet voor na 27 juni 2016 opgeëiste premies, nu de laatste nota daarvoor op 9 juni 2016 verviel. Omdat het Pensioenfonds onvoldoende heeft onderbouwd dat het niet betalen van die pensioenverplichtingen te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur, hoeven de bestuurders de na 27 juni 2016 in rekening gebrachte premies niet te voldoen.

De bestuurders hebben tot slot gesteld dat de vader vanwege zijn gezondheidsproblemen en leeftijd (79 jaar) feitelijk geen bestuurder was. Het hof gaat hieraan voorbij, omdat de vader steeds als (middellijk) bestuurder stond ingeschreven in het handelsregister. Voor zover de stellingen van de bestuurders zo moeten worden opgevat dat het achterwege blijven van de melding van betalingsonmacht niet aan de vader te wijten is, slagen deze stellingen niet. Ziekte kan hiervoor wel een omstandigheid zijn, maar in beginsel zijn de omstandigheden aan het einde van de termijn waarbinnen uiterlijk betalingsonmacht moest worden gemeld bepalend. De bestuurders hebben wel een verklaring van een neuroloog overgelegd, maar daarmee hebben zij niet aangetoond dat de vader telkens tegen het aflopen van de termijn niet in staat was de betalingsonmacht te melden. Als de bestuurders menen dat de vader tussen 2013 en 2016 niet in staat was zijn bestuurstaken te vervullen, dan is het onbegrijpelijk dat de vader bestuurder is gebleven.

Het hof vermindert de hoofdsom ten aanzien van WL met ongeveer € 20.000 en laat het vonnis voor het overige in stand.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-08-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:8134

Zaaknummer: 200.277.791/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, J.H. Kuiper en W.P.M. ter Berg

Advocaten: G.A. Krol en E. Bakhuis

Wetsartikelen: 23 Wet Bpf

RECHTSPRAAK

Oud-CFO/De Volksbank

De rechtbank oordeelt in de bodemprocedure, evenals de voorzieningenrechter in kort geding maar anders dan het hof in het spoedappel, dat de overeenkomst van een ontslagen statutair bestuurder met een bank niet kwalificeert als arbeidsovereenkomst. Opdrachtnemer is tegen een aanzienlijke beloning tot het hoogste leidinggevende orgaan van de bank toegetreden. Onder deze omstandigheden is er reden om de overeenkomst in hoge mate ‘at face value’ te beoordelen en geen aanleiding om door de tekst heen te kijken. Het recht op een financiële afwikkeling van de rechtsverhouding met de bank zoals opdrachtnemer zich deze voorstelt, hangt daardoor niet samen met de rechtsgeldigheid van het vennootschappelijke ontslagbesluit. Opdrachtnemer heeft derhalve geen belang bij zijn beroep op de vernietigbaarheid van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit.

Feiten

Op 12 december 2019 hebben opdrachtgever, een bank, en opdrachtnemer een overeenkomst gesloten met de titel ‘Overeenkomst van opdracht statutair bestuurder’. Op 1 januari 2020 is opdrachtnemer op basis van deze overeenkomst als directeur Financiën voor de bank gaan werken. Op 20 maart 2020 is hij benoemd tot statutair bestuurder van de bank en de functie van CFO gaan vervullen. Nadat met opdrachtnemer geen overeenstemming over een vrijwillig vertrek was bereikt en de ondernemingsraad van de bank (in positieve zin) over het ontslagvoornemen had geadviseerd, heeft de ontslagvergadering plaatsgevonden op 5 september 2020. De bank heeft hierna besloten om opdrachtnemer met onmiddellijke ingang te ontslaan als bestuurder van de bank. Op 10 september 2020 heeft de bank schriftelijk aan opdrachtnemer bericht dat de overeenkomst van opdracht, vanwege de opzegtermijn van vier maanden, eindigde per 31 januari 2021. Het gaat in dit geding in het bijzonder om de

kwalificatie van de rechtsverhouding tussen opdrachtnemer en de bank, om de vraag of de bank de overeenkomst met hem heeft mogen opzeggen en of opdrachtnemer vanwege de beëindiging van de overeenkomst jegens de bank aanspraak heeft op een geldelijke vergoeding.

Oordeel

Arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht?

In de uitlegfase kan de bedoeling van partijen een rol spelen, maar die bedoeling moet onder omstandigheden – vergaand – gerelativeerd worden als deze vooral is ingegeven door wat de werkverschaffer, als de in economisch opzicht beduidend sterkere partij, bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond en dit niet strookt met de wijze waarop feitelijk uitvoering aan de overeenkomst is gegeven. Dan gaat het ‘wezen’ voor de ‘schijn’ en moet, met het oog op het dwingendrechtelijk karakter van het arbeidsrecht en ter bescherming van de zwakkere positie van de werker, door de in het contract gekozen bewoordingen heen worden gekeken. Dit laatste doet zich in de verhouding tussen opdrachtnemer en de bank niet voor. Zij moeten worden beschouwd als professionele partijen die in rechtskennis niet voor elkaar onderdeden. Toen opdrachtnemer solliciteerde was hij als partner en registeraccountant verbonden aan een gerenommeerd accountants- en belastingadviseurbedrijf en kende hij de banksector als consultant goed. Hij wist dat de bank een overeenkomst van opdracht wilde aangaan en moet zich hebben gerealiseerd dat dit betekende dat hij niet op basis van een arbeidsovereenkomst zou werken; hij heeft daarbij voorheen nooit vragen gesteld. Opdrachtnemer heeft zich gedetailleerd in het hem toegezonden concept van de overeenkomst van opdracht verdiept en zich daarover met de HR-directeur van de bank verstaan. Opdrachtnemer kende bovendien de positie van de bank als staatsbank en was op de hoogte van het streven om de bank binnen afzienbare tijd terug naar de beurs te brengen, in welke situatie de gesloten overeenkomst ingevolge artikel 2:132 lid 3 BW geen arbeidsovereenkomst kon zijn. Het contrast met ‘de onderkant van de arbeidsmarkt’, waar economische afhankelijkheid van de werker tot ongelijkheidscompensatie noopt, kon nauwelijks groter zijn: opdrachtnemer is vanaf 1 januari 2020, tegen een aanzienlijke beloning, tot het hoogste leidinggevende orgaan van de bank toegetreden en daarin een van de meest cruciale functies gaan vervullen.

Onder deze omstandigheden is er reden om de tussen opdrachtnemer en de bank gesloten overeenkomst in hoge mate *at face value* te beoordelen en bestaat er op voorhand geen aanleiding om door de tekst van hun overeenkomst heen te kijken. Ook een nadere beschouwing van de overeengekomen rechten en verplichtingen wijst er niet op dat hier tussen ‘wezen’ en ‘schijn’ veel licht zit. Voor zover de bank in het kader van de overeenkomstige toepassing van arbeidsrechtelijke regels heeft bedongen dat daartegenover

op opdrachtnemer ook bepaalde verplichtingen rustten, kan daaruit niet worden afgeleid dat de positie van opdrachtnemer binnen de bank vergelijkbaar was met die van andere bankmedewerkers, maar moet dit veeleer worden begrepen als een op de rechtsverhouding toegesneden samenstel van condities dat de onderlinge (machts)verhouding tussen partijen en hun onderhandelingspositie bij het aangaan van de overeenkomst weerspiegelt. Anders dan opdrachtnemer meent, leveren ook bijzondere bedingen zoals het relatiebeding en het nevenwerkzaamhedenbeding geen aanwijzing op voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Dat opdrachtnemer zich aan de voor de bank als financiële instelling geldende regels had te conformeren, en dat zijn functioneren door toezicht- en aandeelhouders nauwlettend zou worden gevolgd, brengt niet mee dat sprake was van een gezagsverhouding tussen hem en de bank. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de overeenkomst tussen opdrachtnemer en de bank niet als een arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt, maar kwalificeert als een overeenkomst van opdracht.

Is het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit vernietigbaar?

Ingevolge het bepaalde in artikel 2.3 van de overeenkomst van opdracht mocht de bank de overeenkomst ‘te allen tijde’, dus ook zonder dat van een voorafgaand vennootschapsrechtelijk ontslag als bestuurder sprake was, aan opdrachtnemer opzeggen met inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn. Opdrachtnemer moet de opzegging redelijkerwijs ook aldus hebben begrepen dat deze ten gronde was gebaseerd op de in de brief van 11 augustus 2020 door de raad van commissarissen genoemde redenen voor het wegvallen van de voor het functioneren van opdrachtnemer noodzakelijke vertrouwensbasis, zijnde dezelfde redenen die voor de bank aanleiding waren om hem als bestuurder te ontslaan. Het recht op een financiële afwikkeling van de rechtsverhouding met de bank zoals opdrachtnemer zich deze voorstelt, hangt evenwel – nu de overeenkomst met de bank niet als een arbeidsovereenkomst is aan te merken – niet samen met de rechtsgeldigheid van het vennootschappelijke ontslagbesluit. Opdrachtnemer heeft derhalve geen belang bij zijn beroep op de vernietigbaarheid van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit. Dit deel van zijn verzoek wordt afgewezen.

De (hoogte van de) overeengekomen beëindigingsvergoeding

Opdrachtnemer heeft verzocht om toekenning van de contractuele beëindigingsvergoeding, zoals die in artikel 13.1 van de overeenkomst met de bank is geregeld. Dat opdrachtnemer recht heeft op de overeengekomen beëindigingsvergoeding, heeft de bank niet betwist. De bank verweert zich tegen toewijzing van dit deel van het verzoek, omdat aan de raad van commissarissen contractueel de discretionaire bevoegdheid zou toekomen om binnen het

vastgestelde maximum de hoogte van de vergoeding vast te stellen, en dat de raad de vergoeding op nihil mocht stellen, zoals hij heeft gedaan. Uit hetgeen is overwogen over (de mate van) de verwijtbaarheid over en weer, volgt dat opdrachtgever opdrachtnemer terecht verwijt door zijn opstelling als CFO de onderlinge werkrelaties binnen de bank te hebben geschaad. De wijze waarop de raad van commissarissen de bevoegdheid tot vaststelling van de hoogte van de contractuele beëindigingsvergoeding heeft uitgeoefend, kan dan ook bovengenoemde redelijkheidstoets doorstaan.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 05-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:3667

Zaaknummer: C/16/ 519811 / HA RK 21-75 LH/1040

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: E.L. Pasma, M. Faber, S.F. Sagel, R. van Haeringen en A.J.A. Leemans

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:15 BW, 2:132 BW, 7:610 BW en 7:400 BW

RECHTSPRAAK

Oud-CFO/De Volksbank

Anders dan de voorzieningenrechter oordeelt het hof in kort geding dat de overeenkomst van een ontslagen (ziek gemelde) statutair bestuurder van een bank met een balanstotaal van ruim 65 miljard kwalificeert als arbeidsovereenkomst. Omdat de bestuurder zich voorafgaand aan het ontslag ziek heeft gemeld, kan hij zich naar het voorlopig oordeel van het hof op het opzegverbod tijdens ziekte beroepen.

Feiten

Een bestuurder ('de Bestuurder') is vanaf 1 januari 2020 werkzaam bij de Volksbank. Tussen partijen is een 'overeenkomst van opdracht' gesloten. De Bestuurder heeft zich op 12 augustus 2020 ziek gemeld. Op 5 september 2020 heeft NLFI besloten tot onmiddellijk ontslag van de Bestuurder als lid van de directie van de Volksbank. De Volksbank heeft op 10 september 2020 aan de Bestuurder geschreven dat daarmee – met inachtneming van de opzegtermijn – de overeenkomst van opdracht eindigt. De Bestuurder vordert in dit kort geding doorbetaling van zijn salaris. Volgens hem is de opzegging niet rechtsgeldig: de relatie met de Volksbank is een arbeidsovereenkomst en hij beroept zich op de bescherming van het opzegverbod tijdens ziekte. De Volksbank betwist dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. De voorzieningenrechter heeft de Volksbank in kort geding gelijk gegeven. De Bestuurder heeft daartegen spoedappel ingesteld.

Oordeel

Het hof wijst de vordering tot loondoorbetaling toe.

Geen analoge toepassing artikel 2:132 lid 3 BW

Artikel 2:132 lid 3 BW bepaalt dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en een beursgenoteerde nv niet als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt. De Volksbank

erkent dat zij geen beursvennootschap is, maar meent dat zij daarmee moet worden gelijkgesteld. Het hof volgt de Volksbank hierin niet, omdat deze gelijkstelling zou leiden tot een extensieve uitleg van artikel 2:132 lid 3 BW, waarvoor de parlementaire geschiedenis geen aanknopingspunten biedt.

Voldaan aan de elementen van artikel 7:610 BW

In de overeenkomst van opdracht is in de considerans bepaald dat partijen beogen geen arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW aan te gaan. Uit de inhoud van de overeenkomst van opdracht blijkt echter dat de rechten en verplichtingen die uit de overeenkomst van opdracht voortvloeien de kenmerken hebben van een arbeidsovereenkomst. De Bestuurder verplicht zich tegen loon, gedurende zekere tijd arbeid voor de Volksbank te verrichten. De Volksbank betwist weliswaar dat sprake is van een gezagsverhouding, maar dat heeft zij niet verder onderbouwd en uit de overeenkomst van opdracht volgt dat de Bestuurder zich moet houden aan (onder meer) instructies van het bevoegde orgaan en integriteits- en compliancevoorschriften en dat jaarlijks een beoordelingsgesprek dient te worden gevoerd met de raad van commissarissen (RvC). Dat duidt op een gezagsverhouding. Dit betekent dat het hof er voorshands van uitgaat dat de relatie tussen partijen een arbeidsovereenkomst is.

Ontslag in strijd met het opzegverbod tijdens ziekte

De Volksbank heeft de ziekte van de Bestuurder niet, althans onvoldoende, betwist in de contacten die er na de ziekmelding tussen (de advocaten van) partijen zijn geweest. In het kader van dit kort geding gaat het hof er gezien deze, aan de Volksbank toe te rekenen, omstandigheden van uit dat de Bestuurder zijn ziekte vanaf 12 augustus 2020 voldoende aannemelijk heeft gemaakt.

Verder oordeelt het hof dat de Volksbank zich op de antimisbruikbepaling kan beroepen vanaf de ontvangst van de ontslagvergunningsaanvraag door het UWV op 13 augustus 2020. Omdat de Bestuurder zich op 12 augustus 2020 ziek heeft gemeld, kan hij zich naar het voorlopig oordeel van het hof dus op het opzegverbod tijdens ziekte beroepen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:5770

Zaaknummer: 200.291.565/01

Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, A.E.F. Hillen en D.W.J.M. Kemperink

Advocaten: E.L. Pasma en F. Damen

Wetsartikelen: 2:132 BW , 7:670 BW en 7:610 BW

RECHTSPRAAK

Besluitvorming stichting

Een bestuurslid van een familiestichting vecht de besluitvorming aan. De rechtbank oordeelt dat de besluiten geldig zijn genomen, omdat het door het bestuurslid ingeroepen unanimitetsvereiste dat volgens hem zou blijken uit de statuten, niet geldt.

Een stichting staat aan het hoofd van een familieconcern in de vleesindustrie. De stichting heeft diverse certificaten uitgegeven aan leden van de familie. Het bestuur van de stichting bestaat uit drie leden van de familie. Tussen één bestuurder ('Eiser') en de overige bestuurders ontstaat een conflict. Eiser verzet zich tegen diverse door de stichting genomen besluiten en vordert een verklaring voor recht dat de genomen besluiten nietig zijn. Deze vorderingen worden bij verstek toegewezen.

De stichting gaat in verzet. De medebestuurders van Eiser beklagen zich erover dat Eiser de dagvaarding namens de stichting in ontvangst heeft genomen. Eiser heeft de procedure vervolgens verzwegen tegenover zijn medebestuurders en niet – in het kader van de substantiëeringsplicht en waarheidsplicht – de kenbare verweren van zijn medebestuurders onder de aandacht van de rechtbank gebracht. Dat rekent de rechtbank Eiser aan en dat heeft volgens de rechtbank gevolgen voor de proceskosten. De rechtbank oordeelt wel dat Eiser ontvankelijk is.

Ten aanzien van het inhoudelijke geschil overweegt de rechtbank als volgt. In de statuten is opgenomen dat wanneer drie of minder bloedverwanten van de oprichters in het bestuur plaatsnemen, de besluiten met drievierdemeerderheid moeten worden genomen. Eiser redeneert dat aangezien het bestuur uit drie bloedverwanten bestaat, de besluitvorming unaniem moet worden genomen. De rechtbank gaat hier niet in mee. De rechtbank stelt aan de hand van een objectieve uitleg van de statuten vast dat de bepaling ertoe strekt de familie te beschermen. Wanneer niet-familieleden plaatsnemen in het bestuur, heeft de familie alsnog beslissende zeggenschap. Deze situatie doet zich niet voor, omdat naast de drie bloedverwanten geen andere bestuursleden zijn aangesteld. De bepaling mist dan ook toepassing.

Eiser wordt – wegens de opvallende wijze van procederen – in de proceskosten veroordeeld.

B.J. Hermans, september 2021

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 30-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:3111

Zaaknummer: C/01/369045 / HA ZA 21-203

Rechters: J.A. Bik

Advocaten: S.J.B. Drijber en S.C.M. van Thiel

Wetsartikelen: 2:15 lid 1 sub a BW, 2:15 lid 1 sub b BW, 2:15 lid 4 BW en 2:8 BW

RECHTSPRAAK

**Megève LTD en Holba Vastgoed B.V./Officersgärden
Haarlem Immo B.V., Officersgärden Finans B.V. en
medeaandeelhouder van Nieuwe Zijds 50 B.V.**

Vordering tot nakoming betalingsverplichtingen uit overeenkomst aandelenverkoop. Wanprestatie kopers. Rechtbank oordeelt dat de doelvennootschap een verbintenis heeft geschonden die uit hoofde van de koopovereenkomst op haar rust. Die verbintenis hield in dat zij alles zou doen wat naar redelijkheid in het algemeen mag worden verwacht van een schuldeiser om een vordering op een derde te innen. Hoewel deze verbintenis niet rustte op de kopers, oordeelt de rechtbank dat zij toch op grond van medeverantwoordelijkheid kunnen worden aangesproken wegens wanprestatie van voormelde verbintenis. Die medeverantwoordelijkheid baseert de rechtbank op de omstandigheden van het geval, bestaande uit het feit dat kopers ook partij zijn bij de gesloten overeenkomst, betalingsverbintenissen op zich hebben genomen, de kopers alle aandelen in het kapitaal van de doelvennootschap houden en de doelvennootschap, de geldlener en twee van de kopers dezelfde bestuurder hebben, die ook gevolmachtigde is van de medeaandeelhouder.

Feiten

Megève LTD ('Megève') en Holba Vastgoed B.V. ('Holba') handelen in onroerend goed. Samen met [naam 1] ('X') houden zij 50% van de aandelen in het kapitaal van Nieuwe Zijds 50 B.V. ('Nieuwe Zijds'), een onderneming die eveneens handelt in onroerend goed. De andere 50% van de aandelen in het kapitaal van Nieuwe Zijds worden gehouden door [naam gedaagde] ('de Medeaandeelhouder').

Megève, Holba en X leveren hun aandelen in het kapitaal van Nieuwe Zijds aan Officersgården Haarlem Immo B.V. ('Immo'), Officersgården Finans B.V. ('Finans') en de Medeaandeelhouder (hierna gezamenlijk: 'Immo c.s.'). In de akte van levering van de aandelen ('de Leveringsakte') is vermeld dat Nieuwe Zijds een vordering uit hoofde van een geldlening heeft op Vicarus B.V. ('Vicarush'), waarvan niet zeker is of Vicarus deze geheel of gedeeltelijk binnen een redelijke termijn kan voldoen. In de Leveringsakte is bepaald dat Immo c.s. een aanvullende koopprijs zullen betalen aan Megève en Holba voor zover Nieuwe Zijds de terugbetaling van Vicarus niet geheel of gedeeltelijk zal ontvangen binnen een redelijke termijn, ook nadat (nagenoeg) alle bezittingen van Vicarus te gelde zijn gemaakt. Nieuwe Zijds heeft in de Leveringsakte de verbintenis op zich genomen om alles te doen wat naar redelijkheid in het algemeen van een schuldeiser mag worden verwacht om haar vordering te innen.

De vordering wordt door Nieuwe Zijds niet volledig geïnd en Nieuwe Zijds verlengt de looptijd van de geldleningsovereenkomst. Megève en Holba menen dat de redelijke termijn als bedoeld in de Leveringsakte is verstreken en vorderen betaling van de aanvullende koopprijs. Immo c.s. betalen niet.

Standpunten van partijen

Megève en Holba vorderen vervolgens in de procedure betaling van Immo c.s. uit hoofde van wanprestatie van Immo c.s. ter zake van de betalingsverplichtingen uit de Leveringsakte. Het is aan Immo c.s. toe te rekenen dat Nieuwe Zijds niet heeft voldaan aan haar verbintenis om haar vordering op Vicarus te innen. Nieuwe Zijds heeft daartoe volgens Megève en Holba geen poging gedaan en heeft zelfs de looptijd van de overeenkomst van geldlening verlengd. De redelijke termijn voor terugbetaling is daarmee verstreken. Bij dit alles is van belang dat Vicarus, Nieuwe Zijds en Immo c.s. dezelfde bestuurder hebben. Deze bestuurder belet volgens Megève en Holba dat zij de aanvullende koopprijs ontvangen.

Immo c.s. betwisten dat zij hun verbintenissen niet nakomen. Vicarus beschikt over onvoldoende liquide middelen om verdere bedragen af te lossen. Daarbij is van belang dat Vicarus ook leningen heeft afgesloten bij ING Bank, waarop forse bedragen moeten worden afgelost. De overeenkomst van geldlening is gesloten met de bedoeling dat Vicarus met de geleende gelden haar bedrijf kon uitoefenen. Dit impliceert dat de leningen voor de lange termijn zijn verstrekt. Megève en Holba wisten dat ook toen de leveringsakte werd opgesteld en partijen hebben er bewust van afgezien om het begrip 'redelijke termijn' nader te omschrijven. Bovendien rust de verbintenis om te proberen de vordering te innen niet op Immo c.s., maar op Nieuwe Zijds, die door Megève en Holba niet is gedagvaard.

De rechtbank

De rechtbank begint met de uitleg van de in de Leveringsakte vervatte overeenkomst. Bij de uitleg van de in de Leveringsakte vervatte overeenkomst komt het in dit geval aan op de betekenis die de partijen bij deze overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen en aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op wat zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (Hoge Raad 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*)).

De Leveringsakte neemt tot uitgangspunt dat (hoe dan ook) een aanvullende koopprijs wordt betaald als Nieuwe Zijds haar vordering op Vicarus niet geheel of gedeeltelijk zal ontvangen binnen een redelijke termijn, ook nadat (nagenoeg) alle bezittingen van Vicarus te gelde zijn gemaakt. De tekst van de Leveringsakte maakt duidelijk dat de verbintenis van Nieuwe Zijds, om alles te doen wat naar redelijkheid in het algemeen van een schuldeiser mag worden verwacht, mede inhoudt dat zij Vicarus desnoods sommeert bezittingen te verkopen om haar schuld af te lossen.

Volgens de rechtbank zijn Immo c.s. net als Nieuwe Zijds partij bij de gesloten overeenkomst, zij hebben betalingsverbintenissen op zich genomen en Nieuwe Zijds, Vicarus, Immo en Finans hebben alle dezelfde bestuurder, die ook gevolmachtigde is van de Medeaandeelhouder. Bovendien houden Immo c.s. alle aandelen in het kapitaal van Nieuwe Zijds. De conclusie van de rechtbank is dat Megève en Holba Immo c.s. daarom kunnen aanspreken op hun (mede)verantwoordelijkheid voor het voldoen aan de verbintenis die (alleen) Nieuwe Zijds in de leveringsakte op zich heeft genomen. Daarvoor is het niet noodzakelijk dat Megève en Holba ook Nieuwe Zijds dagvaarden.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank of Nieuwe Zijds alles heeft gedaan wat naar redelijkheid in het algemeen van een schuldeiser mag worden verwacht om haar vordering op Vicarus te innen. De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend. Zo is er geen betalingsverzoek gedaan en er is geen sommatie uitgegaan, laat staan dat Nieuwe Zijds betaling van haar vordering heeft afgedwongen. Dat partijen bij de Leveringsakte het begrip 'redelijke termijn' bewust niet nader hebben omschreven, betekent in dit geval nog niet dat Nieuwe Zijds de nakoming van haar verbintenis uit de Leveringsakte onbeperkt voor zich uit kan schuiven. Het stond Nieuwe Zijds niet langer vrij om de looptijd van de overeenkomst van geldlening met Vicarus naar believen te (blijven) verlengen, maar zij diende de op haar rustende verbintenis binnen een redelijke termijn na te komen. Naar het oordeel van de rechtbank is deze redelijke termijn tegelijkertijd met de oorspronkelijk looptijd van de overeenkomst van geldlening verstreken. Dit moet gelet op het voorgaande, behalve aan Nieuwe Zijds ook aan Immo c.s. worden toegerekend.

Immo c.s. zijn derhalve gehouden de aanvullende koopprijs op basis van de Leveringsakte aan Megève en Holba te voldoen. De rechtbank wijst de vorderingen dan ook (gedeeltelijk) toe.

K.C.J. Vermeulen, september 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:7286

Zaaknummer: c/10/613022 / HA ZA 21-134

Rechters: B. van Velzen

Advocaten: M.C.M. van Ruitenbeek-Kossen en S. Nijhuis

Wetsartikelen: 6:23 BW en 6:74 BW

RECHTSPRAAK

**CSPlus B.V. en CloudSolutions + B.V./AH Beheer Weert B.V.
en bestuurder AH Beheer Weert B.V.**

De rechtbank oordeelt dat een vennootschap die als bestuurder van twee andere vennootschappen namens die vennootschappen betalingen heeft verricht die (indirect) aan de bestuurder zelf ten goede komen, deze betalingen grotendeels aan de vennootschappen moet terugbetalen. Voor zover het echter pinbetalingen en creditcardbetalingen betreft die over een periode van meerdere jaren zijn verricht met de pinpas en creditcard die gekoppeld zijn aan de bankrekening van een van de vennootschappen, overweegt de rechtbank dat de andere bestuurders inzage hadden in de gegevens van deze bankrekening en deze bankrekening ook daadwerkelijk bekeken. Hieruit leidt de rechtbank af dat deze betalingen met medeweten en/of instemming van de andere bestuurders hebben plaatsgevonden, zodat er geen grond bestaat tot terugbetaling van deze bedragen. Hieraan doet niet af dat deze betalingen veelal geen zakelijk karakter lijken te hebben.

CSPlus B.V. ('CSPlus') drijft een onderneming die zich bezighoudt met informatietechnologie. CSPlus is een 100%-dochter van CloudSolutions B.V. ('CloudSolutions'). De aandelen van CloudSolutions worden in gelijke delen gehouden door drie aandeelhouders, waaronder AH Beheer Weert B.V. ('AH Beheer'). AH Beheer is tevens bestuurder van CSPlus en van CloudSolutions.

In deze zaak draait het om de situatie dat AH Beheer als bestuurder van CSPlus en CloudSolutions (samen: 'CS') betalingen heeft verricht die (indirect) aan hemzelf ten goede komen, waarvan de andere bestuurders zich op het standpunt stellen dat die bedragen aan CS dienen te worden terugbetaald. Hiertoe spreken CS zowel AH Beheer als de enig bestuurder

van AH Beheer (samen: 'AH') aan. De vorderingen van CS zijn gebaseerd op verschillende grondslagen, te weten nakoming en/of onverschuldigde betaling en/of ongerechtvaardigde verrijking en/of onrechtmatige daad en/of bestuurdersaansprakelijkheid. De zaak komt er in de kern op neer dat CS stellen dat zij op één of meer van voornoemde grondslagen aanspraak kunnen maken op betaling door AH van een aanzienlijk bedrag, dat is opgebouwd uit diverse posten.

De rechtbank stelt bij het bepalen van het toetsingskader voorop dat artikel 2:9 BW bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke taakvervulling. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of statuten aan één of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. In casu is gesteld noch gebleken dat tussen de bestuurders een statutaire taakverdeling is overeengekomen.

Vervolgens overweegt de rechtbank dat de medebestuurders van AH Beheer op de hoogte konden zijn van de betalingen die zij in deze procedure – namens CS – ter discussie stellen. Het is immers onweersproken dat alle bestuurders toegang hadden tot de administratie en dat zij allemaal inzicht hadden in de bankgegevens en hier ook daadwerkelijk naar keken. Bovendien is onvoldoende gesteld noch gebleken dat de overboekingen, creditcard- en pinbetalingen verborgen zijn gehouden. Daar komt bij dat de accountant van CS de andere bestuurders er reeds in 2017 op heeft gewezen dat AH Beheer meer managementvergoeding had ontvangen dan de andere twee bestuurders en dat onder 'algemene kosten' veel betalingen stonden geboekt, waarvan de accountant niet kon beoordelen of deze allemaal zakelijk waren. De andere bestuurders wisten dus van de handelswijze van AH Beheer (of konden hiervan weten) en deden er niets aan. De rechtbank volgt de stellingname van CS dat AH Beheer jarenlang zonder hun medeweten betalingen heeft verricht die ten goede kwamen aan AH Beheer en/of haar bestuurder daarom niet.

De vraag die vervolgens aan de orde komt is of AH Beheer wist of behoorde te weten dat CS (een deel van) deze betalingen terug zouden kunnen eisen. Dit beoordeelt de rechtbank afzonderlijk voor alle door CS aangevoerde posten.

De rechtbank stelt CS in overwegende mate in het gelijk. De rechtbank overweegt dat AH Beheer voor zakelijke doeleinden zaken aan CSPlus heeft onttrokken en deze – ondanks daartoe strekkende sommatie – niet heeft geretourneerd. Aangezien deze zaken door CSPlus zijn aangeschaft en door AH Beheer zonder recht of titel worden gehouden, dient AH Beheer de waarde daarvan te vergoeden. Hetzelfde geldt voor zakelijke kantooraankopen die door CloudSolutions zijn betaald. Aangezien CloudSolutions hiervan de eigenaar is en retournering – hoewel daarom is verzocht – niet heeft plaatsgevonden, houdt AH Beheer ook deze goederen zonder rechtsgrond onder zich.

Daarnaast heeft CSPlus een bedrag voorgesloten aan AH Beheer, ten behoeve van de verbouwing van de privéwoning van de bestuurder van AH Beheer. Dit voorschot dient – voor zover het niet reeds verrekend is met de door CSPlus aan AH Beheer verschuldigde huurpenningen – door AH Beheer aan CSPlus te worden terugbetaald.

Ook heeft CSPlus de aanschaf van twee auto's betaald, die op naam zijn gezet van AH Beheer zonder dat hier een reden voor bestond. Aangezien deze door CSPlus aangeschafte auto's zonder rechtsgrond door AH Beheer zijn gehouden, is volgens de rechtbank sprake van ongerechtvaardigde verrijking en dient AH Beheer de waarde van deze auto's aan CSPlus te vergoeden.

De rechtbank overweegt echter wat betreft de pinbetalingen en de creditcardbetalingen die over een periode van meerdere jaren zijn verricht met de pinpas en creditcard die zijn gekoppeld aan de bankrekening van CSPlus, dat de andere bestuurders inzage hadden in de gegevens van deze bankrekening en deze bankrekening ook daadwerkelijk bekeken. Hieruit leidt de rechtbank af dat de betalingen met medeweten en/of instemming van CSPlus hebben plaatsgevonden, zodat er geen grond bestaat tot (terug)betaling door AH Beheer van deze bedragen. Hieraan doet niet af dat deze betalingen veelal geen zakelijk karakter lijken te hebben en het daarom niet zonder meer gebruikelijk is dat deze uitgaven ten laste van CSPlus worden gebracht.

Ten slotte buigt de rechtbank zich over de vraag of de bestuurder van AH Beheer hoofdelijk aansprakelijk is om het toewijsbare bedrag te voldoen. De rechtbank overweegt dat er ten aanzien van AH Beheer geen bestuurdersaansprakelijkheid is vastgesteld, zodat geen doorschakeling van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW kan plaatsvinden. Evenmin hebben CS voldoende onderbouwd dat de bestuurder van AH Beheer een persoonlijk ernstig verwijt te maken valt voor de handelwijze van AH Beheer. Voor aansprakelijkheid van de bestuurder van AH Beheer ziet de rechtbank daarom geen aanleiding.

C.N. Perrick, september 2021

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 16-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:4753

Zaaknummer: C/03/264501 / HA ZA 19-261

Rechters: G.J. Krens, I.R.A. Timmermans-Vermeer en C.S. van den Pauwert

Advocaten: A.P.C. Houben en V.H. Jurgens

Wetsartikelen: 6:162 BW, 6:74 BW, 6:203 BW, 6:212 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Mexit B.V./feitelijk bestuurder en bestuurder/commissaris van Mammoet Salvage B.V.

De feitelijk bestuurder en de bestuurder en commissaris van een joint venture (beiden tevens indirect bestuurders van de meerderheidsaandeelhouder) zijn niet aansprakelijk jegens de minderheidsaandeelhouder.

Feiten en omstandigheden

Appellant is Mexit B.V. ('Mexit'). Mexit (30 procent) houdt samen met Mammoet Finance B.V. ('Finance') (70 procent van de) aandelen in Mammoet Salvage B.V. ('Salvage'), een vennootschap die zich toelegt op bergingswerkzaamheden. Geïntimeerden 1 en 2 zijn of waren indirect bestuurders van Finance. Geïntimeerde sub 2 was tevens commissaris van Salvage. Het bestuur van Salvage werd gevormd door indirect aandeelhouders van Mexit. De samenwerking van Mexit en Finance bestond eruit dat de personen achter Mexit hun kennis en expertise inbrachten en Finance (voornamelijk) kapitaal.

Door aanhoudende verliezen is bij Salvage sprake van een aanzienlijk negatief eigen vermogen. Finance wil om die reden haar belang in Salvage verkopen. Finance spreekt met Mexit af om (de aandelen in) Salvage gezamenlijk te verkopen. Op dat moment lopen er nog twee bergingsprojecten, waaronder een groot project voor een Iraaks staatsoliebedrijf. Daarnaast is Salvage verwikkeld in een arbitrageprocedure over een reeds afgerond project. Er waren geen voortuitzichten op nieuwe orders.

Omdat de werkzaamheden van Salvage voor het project in Irak niet voldaan worden, besluiten het bestuur en de raad van commissarissen ('RvC') van Salvage de voorgenomen verkoop van de aandelen in Salvage op te schorten. Nadat de betaling voor het project in Irak weer gedeeltelijk op gang was gekomen, is het verkoopproces op initiatief van Finance weer opgepakt. Een geïnteresseerde wil alleen activa en personeel van Salvage overnemen, niet de aandelen. Dan tekent geïntimeerde 1, dus de indirect bestuurder van Finance, ('de feitelijk bestuurder'), zonder dat hij daartoe bevoegd is, namens Salvage een koopovereenkomst tot

overdracht van de activa en het personeel van Salvage ('activatransactie'). Het project in Irak wordt niet overgenomen. Salvage zal dit project zelf afronden door het verkochte materiaal en personeel voor dat doel van de koper terug te huren.

Vervolgens treedt het voltallige bestuur van Salvage af. Geïntimeerde 2 ('de bekrachtigende bestuurder'), eveneens indirect bestuurder van Finance en op dat moment nog commissaris van Finance, wordt daarop benoemd als tijdelijk bestuurder van Salvage en bekrachtigt namens Salvage de koopovereenkomst. Kort daarna treden de overige commissarissen van Salvage af.

Mexit biedt vervolgens op grond van de aandeelhoudersovereenkomst haar aandelen in Salvage aan aan Finance. Mexit is daartoe verplicht op grond van de aandeelhoudersovereenkomst tussen Mexit en Finance; daarin staat volgens haar een aanbiedingsplicht in geval van aftreden van de functionarissen van Mexit als bestuurders van Salvage. Mexit draagt onder protest en onder voorbehoud van schadevergoeding haar aandelen in Salvage over aan Finance voor een prijs van € 1.

Na de aandelenoverdracht, is de arbitrageprocedure in het voordeel van Salvage beslecht, waardoor een grote opbrengst is gerealiseerd. Daarnaast zijn de werkzaamheden voor het project in Irak voltooid, waardoor Salvage een grote vordering op de opdrachtgever heeft.

Het geschil en standpunt van partijen

Mexit vordert in eerste aanleg hoofdelijke veroordeling van de feitelijk bestuurder en de bekrachtigende bestuurder ('de Bestuurders') tot schadevergoeding (nader op te maken bij staat). De vorderingen van Mexit zijn in eerste aanleg afgewezen. Mexit komt in hoger beroep tegen die beslissing.

Mexit maakt aan de Bestuurders het verwijt dat zij zonder Mexit te informeren het verkoopproces van Salvage hebben doorgezet terwijl door bestuur en RvC van Salvage het verkoopproces on hold was gezet. Verder maakt Mexit hen het verwijt dat de feitelijk bestuurder onbevoegd een koopovereenkomst is aangegaan en die overeenkomst vervolgens door de bekrachtigende bestuurder namens Salvage is bekrachtigd, terwijl zij wisten dat verkoop op dat moment tegen de wens van de Bestuurders en RvC van Salvage was en tot voorzienbare schade voor Salvage en/of Mexit zou leiden. Mexit ging ervan uit dat de te verwachten voordelen die op dat moment nog aanwezig waren in de projecten van Salvage uiteindelijk voldoende zouden zijn geweest om het negatieve eigen vermogen goed te maken, zodat Mexit een hogere waarde voor haar aandelen had kunnen realiseren. Door het aangaan van de activatransactie is de waarde van de aandelen in Salvage door toedoen van de Bestuurders tot nihil teruggebracht en dat is de reden dat Mexit tegen haar wil met een prijs

van € 1 voor haar aandelenpakket akkoord is gegaan. Volgens Mexit hebben de Bestuurders door het hiervoor omschreven handelen als indirect bestuurders van Finance, de meerderheidsaandeelhouder van Salvage, jegens Mexit in strijd met artikel 2:8 BW gehandeld. Ook valt aan de feitelijk bestuurder en de bekrachtigende bestuurder en commissaris van Salvage een ernstig verwijt te maken ter zake van het niet behoorlijk vervullen van hun taak ten opzichte van Salvage als bedoeld in artikel 2:9 BW. In de ogen van Mexit staat het leerstuk van de afgeleide schade niet aan haar vordering in de weg, omdat de Bestuurders jegens haar een specifieke zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden.

De Bestuurders hebben gemotiveerd verweer gevoerd. Zij voeren aan dat Salvage ten tijde van de verkoop van de aandelen technisch failliet was. Mexit zou geen schade hebben geleden, omdat haar aandelen voor de activatransactie al niets waard waren, gelet op de aanhoudende negatieve resultaten en het zwaar negatieve eigen vermogen van Salvage. Van Finance kon niet worden gevegd dat zij de aanhoudende verliezen maar zou blijven aanzuiveren. Finance stelt voorts dat het bestuur van Salvage op de hoogte is gehouden van het verkoopproces, dat de aangezochte partijen niet bereid waren om de aandelen over te nemen en dat er maar één partij geïnteresseerd bleek te zijn in een activatransactie. De personen achter Mexit zouden geïnformeerd zijn over de voorgenomen activatransactie en daarin berust hebben. Bovendien voeren de Bestuurders aan dat de personen achter Mexit zelf hebben besloten om af te treden als bestuurder respectievelijk commissaris van Salvage en zelf hebben besloten de aandelen te verkopen voor € 1. Hiertoe bestond naar zeggen van de Bestuurders geen verplichting. Enig causaal verband tussen het handelen van de Bestuurders en de door Mexit gestelde schade ontbreekt volgens de Bestuurders. Bovendien voeren de Bestuurders aan dat schade in de vorm van waardedaling van aandelen, afgeleide schade is die niet door Mexit kan worden gevorderd. Betwist wordt dat er ten opzichte van Mexit een specifieke zorgvuldigheidsverplichting bestond. Ook de door Mexit gestelde schade wordt betwist.

De beoordeling in hoger beroep

Het hof maakt bij de beoordeling een onderscheid tussen het onbevoegd ondertekenen van de koopovereenkomst, het daaraan voorafgaande handelen en het bekrachtigen van de koopovereenkomst.

Het onbevoegd ondertekenen heeft volgens het hof niet zelfstandig tot de gestelde schade geleid, omdat Salvage niet aan de koopovereenkomst gehouden kon worden nu die niet door een vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder van de vennootschap en zonder instemming van de algemene vergadering was aangegaan.

Het aan de koopovereenkomst voorafgaande handelen, kan naar het oordeel van het hof

evenmin tot aansprakelijkheid leiden. Door geïntimeerden is gemotiveerd betwist dat zij Mexit niet op de hoogte hebben gehouden van het verkoopproces, zodat dit niet vaststaat. Maar ook al zou dat (komen) vaststaan, dan is naar het oordeel van het hof niet deugdelijk onderbouwd dat dit tot schade bij Salvage en/of Mexit heeft geleid, laat staan dat dit voor de Bestuurders voorzienbaar was en hen mede daarom een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Ook ziet het hof niet in dat het bekrachtigen van de koopovereenkomst namens Salvage tot schade bij Salvage en/of Mexit heeft geleid, laat staan dat dit voorzienbaar was en mede om die reden aan de bekrachtigende bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De activatransactie liet immers onverlet dat de opbrengsten vanuit de drie projecten bij Salvage binnen zouden komen.

Het hof komt tot de slotsom dat geïntimeerden niet aansprakelijk zijn. Daarom blijft onbesproken of sprake is van afgeleide schade en zo ja, of Mexit op grond van de uitzondering (specifieke normschending) daarvan vergoeding kan vorderen.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis van de rechtbank.

M.C.J. Peeters, september 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:5819

Zaaknummer: 200.260.561

Rechters: L. Janse, J. Sap en V. van der Kuil

Advocaten: A.P. van Oosten en A.R.J. Croiset van Uchelen

Wetsartikelen: 2:9 BW en 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Coating Application Products B.V./Indirect bestuurder

Hoger beroep inzake een geschil omtrent een waardedaling van een investering in een commanditaire vennootschap. De investeerder stelt de indirect bestuurder van de beherend vennoot van de cv persoonlijk aansprakelijk uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid wegens het schenden van garanties door de cv en de beherend vennoot. De investeerder slaagt er niet in om aan te tonen dat sprake is van een Beklamel-, Ontvanger Roelofsen- of Spaanse Villa-gevalstype.

Coating Application Products B.V. ('de Investeerder') heeft geïnvesteerd in een vastgoed-cv ('de CV'), die was opgericht om voor gemeenschappelijke rekening te beleggen in een zorgcomplex/kantoorgebouw in Emmen. De beherend vennoot van de CV was destijds S2 Vastgoed XI B.V. ('de BV'). Bestuurder van de BV was Amicizia B.V., waarvan geïntimeerde ('de Indirect bestuurder') op haar beurt enig bestuurder is. In de betrokken notariële akte hebben zowel de CV als de BV jegens de Investeerder gegarandeerd dat (i) er geen feiten of omstandigheden bekend zijn waarvan zij weten of zouden moeten vermoeden dat de commanditaire vennoot bij bekendheid daarmee de overeenkomst niet of slechts op andere voorwaarden zou zijn aangegaan, en dat (ii) er geen enkele informatie aan de commanditaire vennoot is onthouden waarvan zij wisten of konden vermoeden dat dat voor de commanditaire vennoot van belang kon zijn bij de beslissing de participaties te aanvaarden.

De Investeerder heeft inmiddels beschikking over informatie waaruit zou blijken dat de waarde van haar participaties in de CV lager ligt dan destijds aan haar medegedeeld, en dat zowel de CV als de BV daarvan bij het verstrekken van de garanties op de hoogte waren. Omdat de BV inmiddels ontbonden is, spreekt de Investeerder de Indirect bestuurder aan, als (destijds) indirect bestuurder van de BV, om de door hem gestelde schade verhaald te krijgen. Net als de rechtbank in eerste aanleg wijst het hof de vordering van de Investeerder af.

Het hof schetst het juridisch kader voor bestuurdersaansprakelijkheid (onder verwijzing naar HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 (*RCI Financial Services/K.*)) en toetst vervolgens aan de *Beklamel*-norm, de *Ontvanger Roelofsen*-norm en de *Spaanse Villa*-norm.

Voor wat betreft de *Beklamel*-norm (een bestuurder wist of behoorde redelijkerwijze te begrijpen bij het aangaan van verbintenissen namens de vennootschap dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden) concludeert het hof dat de Investeerder onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit blijkt dat de Indirect bestuurder (geobjectiveerde) wetenschap had van het feit dat zowel de BV als de CV geen verhaal zouden bieden in geval van schade als gevolg van een garantieschending. De Investeerder schetst omstandigheden van ná de investering, die dus geen licht werpen op het al dan niet bij de Indirect bestuurder aanwezig zijn van (geobjectiveerde) wetenschap van onverhaalbaarheid ten tijde van het door de BV en de CV afgeven van de garanties. De stellingen van de Investeerder dat de financiële situatie van de CV er toentertijd ‘reeds allesbehalve florissant’ uitzag en ‘iedere deskundige kan verklaren dat de inschatting op dat moment voor de toekomst verre van positief was’, is naar het oordeel van het hof eveneens onvoldoende, en te weinig concreet, om aan te nemen dat bedoelde (geobjectiveerde) wetenschap van onverhaalbaarheid bij de bestuurder ten tijde van het afgeven van de garanties aanwezig was.

Voor wat betreft de *Ontvanger Roelofsen*-norm (een bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en wist of had redelijkerwijs behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade) begrijpt het hof dat de Investeerder de mening is toegedaan dat aan genoemde eis van ernstige verwijtbaarheid voldaan is, omdat (i) de Indirect bestuurder ten tijde van het afgeven – en geschonden worden – van de garanties wist of behoorde te weten dat geen verhaal op de BV of de CV mogelijk zou zijn en (ii) omdat hij ten tijde van het afgeven van de garanties wist of behoorde te weten dat deze niet juist waren. Het hof concludeerde al eerder dat (geobjectiveerde) wetenschap bij de Indirect bestuurder van onverhaalbaarheid ten tijde van het afgeven – en geschonden worden – van de garanties niet is komen vast te staan. De stelling van de Investeerder dat de Indirect bestuurder hem heeft misleid en voorgelogen, is volgens het hof onvoldoende met feiten onderbouwd en wordt gepasseerd. Het hof gaat er veronderstellenderwijs vanuit dat de Indirect bestuurder ten tijde van het afgeven van de garanties de (geobjectiveerde) wetenschap had dat de garanties niet juist waren, maar zonder dat er aan zijn kant (kennis van) opzet tot misleiding van de Investeerder bestond, acht het hof die enkele (geobjectiveerde) wetenschap onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van persoonlijke ernstige verwijtbaarheid aan de kant van de Indirect bestuurder.

Tot slot stelt de Investeerder nog dat de Indirect bestuurder een persoonlijk op hem rustende zorgplicht jegens de Investeerder heeft geschonden. De Investeerder heeft echter volgens het

hof geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat de Indirect bestuurder in andere hoedanigheid dan die van bestuurder enig verwijt door de Investeerder kan worden gemaakt, bijvoorbeeld omdat de Indirect bestuurder de Investeerder persoonlijk zou hebben benaderd of van advies zou hebben gediend, dan wel anderszins buiten zijn hoedanigheid als bestuurder jegens de Investeerder zou hebben gehandeld. Er is met andere woorden geen sprake van een situatie zoals in het *Spaanse Villa*-arrest.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

P. van der Heide, september 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:6378

Zaaknummer: 200.27.810/01

Rechters: P.S. Bakker, J. Smit en J.E. Wichers

Advocaten: H.A.A. Voermans en R. Duinker

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

RECHTSPRAAK

Melkveehouder/Zuivelcoöperatie FrieslandCampina U.A.

Een melkveehouder, lid van een zuivelcoöperatie, vordert vernietiging van een door de zuivelcoöperatie genomen besluit tot vaststelling van het zogenoemde ‘individuele vergelijkingsvolume’ van de melkveehouder. De rechtbank maakt een belangenafweging: de coöperatie heeft belang bij een uniforme toepassing van de geldende regelingen en voorkoming van precedentenwerking. De coöperatie heeft het geldende reglement toegepast en hierbij voldoende rekening gehouden met de belangen van het lid. De coöperatie heeft aldus niet in strijd met artikel 2:8 BW gehandeld, dus het besluit blijft in stand. Het reglement waarop de berekening is gebaseerd, vloeit voort uit de statuten. Het reglement is gevoegd bij de leveringsovereenkomst die de coöperatie en het lid hebben gesloten. De contractuele relatie is daarom sterk met de lidmaatschapsverhouding verweven en kan daarvan niet los worden gezien. Omdat het besluit in stand blijft, kan toetsing aan de overeenkomst niet tot een andere uitkomst leiden.

Eiser, [X] (‘de Melkveehouder’), is melkveehouder en lid van Zuivelcoöperatie FrieslandCampina U.A. (‘Campina’). Om de groei in zuivelproductie door haar leden te beperken, heeft de ledenvergadering van Campina goedkeuring verleend aan een regeling (de ‘Regeling’). Op grond van deze Regeling stelt Campina, onder andere, jaarlijks de melkproductie vast van elk van de bij haar aangesloten bedrijven: het zogenoemde individuele vergelijkingsvolume. Indien een lid meer melk produceert dan zijn door Campina vastgestelde individuele vergelijkingsvolume, kan dat – onder omstandigheden – leiden tot een strafkorting op de door Campina te betalen melkprijs.

In deze procedure stelt de Melkveehouder, kort gezegd, dat Campina zijn vergelijkingsvolume te laag heeft bepaald, omdat te weinig rekening is gehouden met een gedeeltelijke overname door de Melkveehouder van het bedrijf van ander melkveehouders.

De Melkveehouder vordert primair dat zijn individuele vergelijkingsvolume wordt verhoogd, althans dat Campina wordt veroordeeld om dat te doen. De Melkveehouder voert hiertoe aan dat het vastgestelde individuele vergelijkingsvolume in strijd is met de tussen partijen geldende leveringsovereenkomst en op grond van artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing moet blijven, nu partijen in een leveringsovereenkomst een vaste melkprijs (zonder korting) zijn overeengekomen. Subsidiair vordert de Melkveehouder dat het besluit van Campina tot vaststelling van het individuele vergelijkingsvolume wordt vernietigd wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:15 lid 1 sub b BW jo. art. 2:8 BW).

De rechtbank wijst zowel de primaire als de subsidiaire vordering af. Ten aanzien van de primaire vordering overweegt zij allereerst dat de verhouding tussen een lid en een coöperatie wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW). Deze verhouding wordt geregeld in de statuten en regelingen die daaruit voortvloeien, zoals de Regeling. Het individuele vergelijkingsvolume is gebaseerd op de Regeling, die voortvloeit uit de statuten van Campina en die is gehecht aan de leveringsovereenkomst, zodat zij daar deel van uitmaakt. De contractuele relatie met Campina is derhalve sterk verbonden met de lidmaatschapsverhouding en kan daarvan niet los worden gezien, aldus de rechtbank. De rechtbank vervolgt dat zij de vaststelling van het individuele vergelijkingsvolume niet buiten toepassing zal laten, omdat (i) zij het besluit tot vaststelling van het individuele vergelijkingsvolume niet zal vernietigen (en het vastgestelde volume dus geldend is; zie nader hieronder), en (ii) toepassing daarvan voorts niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Wat betreft de subsidiaire vordering concludeert de rechtbank dat het besluit tot vaststelling van het individuele vergelijkingsvolume niet in strijd is met artikel 2:8 BW. De rechtbank begint met een beschrijving hoe aan artikel 2:8 BW wordt getoetst. Bij de beantwoording van de vraag of een besluit in strijd is met artikel 2:8 BW, gaat het erom of het orgaan bij afweging van alle bij het besluit betrokken belangen van de in dat artikel genoemde personen, in redelijkheid en naar billijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. De rechter past terughoudendheid bij de beoordeling of dit het geval is geweest en of het orgaan daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen. De rechtbank vervolgt met een belangenafweging. Het belang van Campina is gelegen in de uniforme toepassing van de regels en het voorkomen van precedentwerking. Het belang van de Melkveehouder bij de vernietiging van het besluit (en vaststelling van een hoger individueel vergelijkingsvolume) is dat hij de extra fosfaatrechten die hij heeft verkregen door de bedrijfsovername volledig kan gebruiken. Dit belang is volgens de rechtbank invoelbaar, maar kan niet de doorslag geven. De rechtbank overweegt dat Campina het individuele vergelijkingsvolume heeft vastgesteld in overeenstemming met de berekeningsmethoden uit de Regeling (die voor alle leden van de

coöperatie geldt), terwijl de door de Melkveehouder bepleitte berekening hierin geen grondslag vindt. Met haar berekening heeft Campina voorts voldoende rekening gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de Melkveehouder, aldus de rechtbank. De omstandigheid dat een andere berekening van het individuele vergelijkingsvolume zou leiden tot een voor de Melkveehouder gunstiger resultaat, maakt volgens de rechtbank niet dat Campina heeft gehandeld in strijd met artikel 2:8 BW.

De rechtbank wijst de vorderingen van de Melkveehouder af.

T.A. Janse, september 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 14-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:3113

Zaaknummer: C/16/494817 / HA ZA 20-26

Rechters: A.F. Hermans

Advocaten: M.W.E. Evers en N.S. Commijs

Wetsartikelen: 2:8 BW, 6:248 lid 2 BW, 2:15 lid 1 sub b BW en 2:15 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

Toepasselijkheid non-concurrentiebeding voormalig aandeelhouder tevens voormalig werknemer

De zaak betreft een kort geding in een geschil omtrent de gebondenheid van gedaagden aan een aandeelhoudersovereenkomst met daarin een concurrentiebeding. De voorzieningenrechter oordeelt dat gedaagden geen partij zijn (geworden) bij de aandeelhoudersovereenkomst en daarom niet gebonden zijn aan het concurrentiebeding. De oud-aandeelhouder van eiseres heeft niet voldaan aan diens verplichting te bewerkstelligen dat een latere verkrijger van haar aandelen in eiseres vanaf het moment van overdracht toetreedt tot die overeenkomst. Bij toepassing van de criteria van Boogaard/Vesta (NJ 1956/157) is onvoldoende aannemelijk geworden dat sprake is van onrechtmatige concurrentie en dus staat het gedaagde vrij te concurreren met zijn voormalig werkgever. Ook artikel 2:8 BW brengt niet met zich dat gedaagden niet voor een concurrent van eiseres zouden mogen optreden. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

Eiseres, een entiteit met bedrijfsactiviteiten die zich op biotechnologisch ontwikkelingswerk richten, wil met onderhavige procedure voorkomen dat gedaagde 1 (aandeelhouder van eiseres) en gedaagde 2 (aandeelhouder van gedaagde 1) werkzaamheden verrichten voor haar concurrent Daklapack Europe B.V. ('Daklapack') en/of How Are You Diagnostics B.V. ('HAY'). Eiseres vordert gedaagden hoofdelijk te gebieden zich te onthouden van het verrichten van werkzaamheden voor Daklapack en/of HAY.

In april/mei 2017 is tussen de toenmalige aandeelhouders van eiseres – InnoMedic B.V. ('InnoMedic'), Participatie B.V. ('Participatie') en MIC Participatie B.V. ('MIC Participatie') – een aandeelhoudersovereenkomst gesloten (de 'Aandeelhoudersovereenkomst'). Ten tijde

van de totstandkoming van de Aandeelhoudersovereenkomst was gedaagde 1 voor 50% aandeelhouder van InnoMedic en gedaagde 2 enig aandeelhouder van gedaagde 1. In de Aandeelhoudersovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen en een kettingregeling op basis waarvan de overdragende partij verplicht is de koper te laten toetreden tot de Aandeelhoudersovereenkomst.

Gedaagde 2 is voornemens in dienst te treden bij HAY. Eiseres meent dat Daklapack en HAY zich op dezelfde markt als eiseres richten, zij als concurrenten van elkaar te gelden hebben en in de rechtsverhouding tussen eiseres en gedaagden een concurrentiebeding van toepassing is. Derhalve heeft eiseres gedaagde 2 aangesproken op zijn voornemen om bij Daklapack/Hay in dienst te treden. Volgens eiseres zijn gedaagden aan de Aandeelhoudersovereenkomst gebonden. Gedaagden betwisten dit gemotiveerd.

De voorzieningenrechter oordeelt dat gedaagden geen partij zijn bij de Aandeelhoudersovereenkomst. InnoMedic heeft niet voldaan aan de verplichting die de Aandeelhoudersovereenkomst aan haar heeft opgelegd om te bewerkstelligen dat een latere verkrijger van haar aandelen in eiseres toetreedt tot die overeenkomst. Het feit dat gedaagden kennis hadden van (de inhoud van) de Aandeelhoudersovereenkomst doet aan het voorgaande niet af. Dit maakt dat gedaagden niet zijn gebonden aan de Aandeelhoudersovereenkomst en daarmee ook niet aan het daarin opgenomen concurrentiebeding.

De rechtbank overweegt dat tussen gedaagde 1 en InnoMedic, Participatie en MIC Participatie sprake was van een overeenkomst van opdracht. Gedaagde 2 heeft op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor eiseres gewerkt. In beide overeenkomsten is geen concurrentiebeding opgenomen. Ongeacht de afwezigheid van een non-concurrentiebeding kan onder omstandigheden het handelen van gedaagde 2 onrechtmatig zijn, naar de criteria van *Boogaard/Vesta* (NJ 1956/157). Op grond hiervan is van onrechtmatige concurrentie sprake als de werknemer stelselmatig en substantieel duurzaam bedrijfsdebiët van zijn voormalig werkgever afbreekt en daarbij gebruikmaakt van vertrouwelijke kennis en gegevens die hij bij zijn voormalige werkgever heeft verkregen. De rechtbank oordeelt dat het onvoldoende aannemelijk is geworden dat hiervan sprake is.

Gedaagde 2 is daarnaast bestuurder geweest van eiseres en, via gedaagde 1, middellijk aandeelhouder in eiseres. De rechtbank oordeelt dat dit enkele feit niet maakt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat gedaagde 2 voor een concurrent zou (gaan) werken. Temeer niet omdat gedaagde 1 slechts een kleine minderheid van de aandelen in eiseres houdt en daardoor nauwelijks zeggenschap heeft over het beleid in eiseres. De rechtbank oordeelt daarnaast dat de mate van concurrentie onvoldoende duidelijk

is geworden en gedaagden hebben onbetwist gesteld dat andere aandeelhouders gedurende hun aandeelhouderschap werkzaam zijn geweest voor andere ondernemingen die net als HAY in dezelfde markt als eiseres actief zijn, zonder dat dit kennelijk bezwaarlijk werd geacht door eiseres.

De voorzieningenrechter oordeelt dat onvoldoende aannemelijk is dat in een bodemprocedure geoordeeld zal worden dat gedaagde 1 en/of gedaagde 2 onrechtmatig handelen. De vorderingen van eiseres worden afgewezen.

J.J. Trommel, augustus 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:6760

Zaaknummer: C/10/619137 / KG ZA 21-411

Rechters: Th. Veling

Advocaten: F.W. Aartsen en Th.H.P. van den Kieboom

Wetsartikelen: 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Tonkin Replicas c.s./Holding c.s.

De bestuurder (en aandeelhouder) van een joint venture is niet aansprakelijk jegens de (andere) aandeelhouder voor diens afgeleide schade, ondanks dat jegens hem een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden. De gedragingen van de andere aandeelhouder van de joint venture beletten de aanwezigheid van een ernstig verwijt.

Feiten en omstandigheden

A is aandeelhouder en bestuurder van Tonkin Replicas INC. ('Tonkin' en tezamen met A 'Tonkin c.s.'). B is aandeelhouder en bestuurder van een holding ('Holding' en tezamen met B 'Holding c.s.'). Holding heeft een dochtervennootschap genaamd TRE Holdings BV ('TRE Holdings').

Tonkin en TRE Holdings hebben in juli 2013 een joint venture opgericht genaamd Tonkin Replicas Europe BV ('TRE'). Het aandelenkapitaal van TRE was gelijk verdeeld tussen Tonkin en TRE Holdings. Holding was bestuurder van TRE op basis van een managementovereenkomst.

TRE verkocht op internationaal vlak schaalmodellen van vrachtwagens, kranen en zware machines, onder meer van Caterpillar ('CAT'). TRE maakte gebruik van een *license and distribution agreement* met Tonkin, op grond waarvan TRE producten van Tonkin mocht verkopen en distribueren in Europa, het Midden-Oosten en Afrika. De schaalmodellen werden tot 2015 voornamelijk geproduceerd door het Chinese Tonkin Replicas Inc. Manufacturing Services ('TRIMS'), waarvan A aandeelhouder is.

In augustus 2017 is TRE failliet verklaard en het faillissement is in 2020 opgeheven wegens gebrek aan baten.

De rechtbank

Tonkin c.s. hebben in eerste aanleg verklaringen voor recht gevorderd dat Holding c.s. op

grond van artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW (in combinatie met artikel 2:11 BW) aansprakelijk is en vorderen schadevergoeding nader op te maken bij staat. Tonkin c.s. verwijten Holding c.s. onder meer dat zij vanaf 2015 de onderneming van TRE (gedeeltelijk) hebben overgeheveld naar Industrial Merchandising Concepts B.V. ('IMC'), een vennootschap van B, althans TRE een *corporate opportunity* hebben onthouden. Er zouden klanten en inkomsten van TRE zijn overgeheveld naar IMC. Daarnaast zouden Holding c.s. surseance van betaling hebben aangevraagd van TRE zonder toestemming van Tonkin c.s. en onvoldoende informatie hebben verstrekt.

In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat weliswaar sprake is van afgeleide schade in de zin van Poot/ABP, maar dat Tonkin c.s. die schade wel kunnen vorderen omdat Holding c.s. als bestuurders een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens Tonkin c.s. (als aandeelhouder) hebben geschonden. Alhoewel Holding c.s. niet hebben gehandeld op een wijze die bevorderlijk is voor Tonkin c.s., oordeelt de rechtbank dat Tonkin c.s. zich (zelf) zodanig onzorgvuldig hebben gedragen jegens Holding c.s. dat Holding c.s. géén ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Grieven

Tegen deze redenering van de rechtbank als zodanig is door Tonkin c.q. geen grief gericht. In appel richten Tonkin c.s. zich voornamelijk tegen de door de rechtbank in aanmerking genomen omstandigheden en gedragingen van Tonkin c.s. die aan het ontbreken van een ernstig verwijt van Holding c.s. ten grondslag zouden liggen. Zo zou de rechtbank volgens Tonkin c.s. onder meer ten onrechte hebben overwogen dat:

het accent van TRE op de CAT-modellen lag;
er sprake was van productie- en kwaliteitsproblemen met de schaalmodellen van TRIMS;
een van de belangrijkste klanten van TRE door de productieproblemen en het wegvallen van de CAT-licentie twee licentieovereenkomsten heeft opgezegd; en
het liquiditeitstekort van TRE aan Tonkin c.s. te wijten is.

Het hof

Het hof komt bij het merendeel van de grieven van Tonkin c.s. tot de slotsom dat de grieven onvoldoende zijn beargumenteerd in het licht van de uitvoerige en met producties gedocumenteerde weerlegging daarvan door Holding c.s.

Zo hebben Tonkin c.s. naar het oordeel van het hof niet of onvoldoende weerlegd dat met de verkoop van de voor TRE belangrijke CAT-licentie in 2015 door Tonkin c.s. (tegen de wil van

Holding c.s.) werd gekozen voor een eigen belang van Tonkin c.s. in plaats van het vennootschappelijk belang van de joint-venture TRE, hetgeen een negatief effect heeft gehad op de winstgevendheid van TRE, terwijl de liquiditeitspositie van TRE reeds onder druk stond.

Daarnaast hebben Tonkin c.s. onvoldoende concrete feiten en omstandigheden aangevoerd in reactie op het standpunt van Holding c.s. dat de productieproblemen van TRIMS tot grote negatieve financiële gevolgen voor TRE hebben geleid, doordat onvoldoende omzet gemaakt kon worden en het vertrouwen van de klanten werd beschaamd. Ook is door Tonkin c.s. onvoldoende concreet bestreden dat de eenmaal in gang gezette productie niet eenvoudig naar andere producenten kon worden verplaatst en dat TRE niet de capaciteit en het geld had om zelf de modellen te gaan vervaardigen.

Tonkin c.s. hebben volgens het hof onvoldoende onderbouwd wat niet juist is aan het oordeel van de rechtbank dat de productieproblemen bij TRIMS en het wegvallen van de CAT-licentie ertoe hebben geleid dat de belangrijkste klant van TRE het vertrouwen in TRE is kwijtgeraakt en op die grond twee belangrijke licentieovereenkomsten heeft opgezegd.

Ook de grief van Tonkin c.s. tegen het oordeel van de rechtbank dat de liquiditeitsproblemen bij TRE aan Tonkin c.s. zijn te wijten, faalt. Het hof acht door Holding c.s. voldoende concreet onderbouwd dat de liquiditeitsproblemen niet te wijten zijn aan onzorgvuldig handelen van Holding c.q., maar juist het gevolg zijn geweest van de kwaliteits- en productieproblemen bij TRIMS. Door Holding c.s. is uitvoerig gemotiveerd betwist dat zij liquiditeiten zouden hebben onttrokken aan TRE, zodat de stellingen van Tonkin c.s. op dat punt niet in rechte zijn komen vast te staan. Een concreet en gespecificeerd bewijsaanbod ontbreekt.

Tonkin c.s. hebben slechts in algemene zin bewijs aangeboden. Het hof komt echter niet toe aan (tegen)bewijslevering, omdat Tonkin c.s. hun standpunten onvoldoende concreet hebben onderbouwd.

Tonkin c.s. hebben ter comparitie het hof verzocht gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid ex artikel 162 Rv om Holding c.s. te bevelen de boeken van TRE open te leggen. Het hof wijst er evenwel op dat de strekking van artikel 162 Rv het openleggen van boeken aan de rechter behelst en niet aan Tonkin c.s. Het hof ziet geen aanleiding van die bevoegdheid gebruik te maken. Niet alleen omdat de curator van TRE in het bezit zou zijn van de administratie (en dus niet Holding c.s.), maar ook omdat toewijzing van het verzoek strijdig zou zijn met de één-conclusieregel en de goede procesorde. Tonkin c.s. had dit in een eerder stadium van de procedure kunnen en moeten vorderen.

Het hof komt tot de slotsom dat de grieven die Tonkin c.s. heeft geformuleerd tegen het vonnis falen en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

M.C.J. Peeters, augustus 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:5820

Zaaknummer: 200.258.878

Rechters: L. Janse, M.B. van den Beekhoven Boezem en E. Baghery Ziabari

Advocaten: G.G.A.J.M. van Poppel en R.H. Bask

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:9 BW, 2:8 BW, 2:11 BW en 162 Rv

RECHTSPRAAK

Vordering aandeelhouder tot medewerking overdracht aandelen

Een aandeelhouder vordert in kort geding medewerking van de andere aandeelhouder aan de overdracht van aandelen. De vordering wordt afgewezen omdat de conceptaktes die met het oog op de overdracht zijn opgesteld op essentiële punten (garanties, ontslag, kwijting en décharge) niet overeenstemmen met de vaststellingsovereenkomst die in een eerder proces-verbaal van de OK is vastgelegd.

Eiser sub 1 ('Holding 1') en gedaagde sub 1 ('Holding 2') hebben samen een kinderdagverblijf opgericht en houden ieder 50% van de aandelen in het kinderdagverblijf. Enig aandeelhouder en bestuurder van Holding 1 en Holding 2 zijn respectievelijk eiser sub 2 ('Aandeelhouder 1') en gedaagde sub 2 ('Aandeelhouder 2') (hierna gezamenlijk: 'de Aandeelhouders'). De Aandeelhouders werken vanaf de oprichting op grond van een arbeidsovereenkomst in het kinderdagverblijf. Dit is lange tijd goed gegaan, totdat de affectieve relatie tussen de Aandeelhouders in 2017 is geëindigd. Door de relatiebreuk zijn conflicten ontstaan en heeft Aandeelhouder 2 zich ziek gemeld.

De conflictueuze situatie heeft Holding 1 ertoe aangezet de OK te verzoeken om een onderzoek en voorlopige maatregelen. Partijen zijn ter zitting een minnelijke regeling overeengekomen die is vastgelegd in het proces-verbaal van de OK ('de Vaststellingsovereenkomst'). De Vaststellingsovereenkomst houdt onder andere in dat Holding 1 haar aandelen in het kinderdagverblijf verkoopt aan Holding 2 voor een bedrag van € 74.000. Holding 1 zal terugtreden als bestuurder van het kinderdagverblijf en het dienstverband tussen Aandeelhouder 1 en het kinderdagverblijf zal eindigen. Partijen hebben vervolgens een notaris de opdracht gegeven een leveringsakte en pandakte op te stellen. De notaris heeft de conceptaktes aan partijen toegezonden. Over de conceptaktes is tussen partijen discussie ontstaan, die heeft geleid tot het onderhavige geding. Volgens gedaagden wijken de conceptaktes af van de Vaststellingsovereenkomst. Eisers hebben wel hun akkoord gegeven op de conceptaktes.

Eisers vorderen in de kern nakoming van de tussen Holding 1 en Holding 2 en het kinderdagverblijf gesloten Vaststellingsovereenkomst door medewerking aan het passeren van de notariële overdracht van het 50%-aandelenpakket van Holding 1 op basis van de door de notaris opgestelde aktes. Gedaagden geven aan dat ook zij een spoedige uitvoering van de Vaststellingsovereenkomst wensen, maar stellen zich op het standpunt dat de door de notaris opgestelde conceptaktes op essentiële onderdelen afwijken van de Vaststellingsovereenkomst en de gevraagde voorzieningen van eisers daarom niet voor toewijzing vatbaar zijn.

De voorzieningenrechter stelt gedaagden in het gelijk. De conceptaktes verschillen op met name de volgende essentiële onderdelen van de vaststellingsovereenkomst: a) garanties, b) ontslag, en c) kwijting en décharge.

a) Omtrent de garanties staat in de conceptleveringsakte zowel onder ‘garanties’ als onder ‘balans’ dat de daaronder vermelde serie van garanties door verkoper en koper jegens elkaar worden verstrekt omdat zij tot op heden beiden algemeen directeur zijn geweest. Dat is niet in overeenstemming met de Vaststellingsovereenkomst, waarin staat dat in de akte van overdracht van de aandelen de gebruikelijke garanties zullen worden opgenomen, waaronder een garantie met betrekking tot de juistheid van de jaarrekening 2020, in het bijzonder ten aanzien van de inventaris en de voorraden met een marge van 7,5% van het balanstotaal. Gebruikelijke garanties in een koopovereenkomst zijn garanties van de verkoper aan de koper en niet (ook) andersom, aldus de voorzieningenrechter.

b) Omtrent de ‘directiewisseling’ staat in de conceptleveringsakte dat Holding 1 onvoorwaardelijk en eervol zal worden ontslagen. Dit is volgens de voorzieningenrechter ook niet in overeenstemming met de Vaststellingsovereenkomst, waarin staat dat op 1 maart 2021 Holding 1 zal terugtreden als bestuurder van het kinderdagverblijf en het dienstverband tussen het kinderdagverblijf en Aandeelhouder 1 zal eindigen.

c) In zowel de conceptleveringsakte als de conceptpandakte staat onder ‘kwijting en décharge’ dat partijen elkaar over en weer volledige kwijting en décharge verlenen. Ook dat is niet in overeenstemming met de Vaststellingsovereenkomst waarin staat dat partijen elkaar na uitvoering van de Vaststellingsovereenkomst over en weer finale kwijting verlenen. Met die laatste formulering behoudt Holding 2, totdat de Vaststellingsovereenkomst volledig is uitgevoerd, de mogelijkheid om Holding 1 zonnodig aan te spreken op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de Vaststellingsovereenkomst.

De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat eisers niet voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat de bodemrechter hun standpunt zal volgen. De verschillen tussen de conceptaktes en de Vaststellingsovereenkomst maken dat de gevraagde voorzieningen niet

voor toewijzing vatbaar zijn. Eisers worden dan ook als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld.

D.E. Mandigers, augustus 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:2243

Zaaknummer: C/13/700256/KG ZA 21-276

Rechters: E.A. Messer

Advocaten: R.E. Gerritsen en H.P.M. van Woensel

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Opzegging, ontbinding en vereffening vof

Twee vennoten van een vof laten zich uitschrijven uit het handelsregister, hetgeen kwalificeert als een opzegging jegens de andere vennoten. In het kader van vereffening vordert de vof een bedrag van deze vennoten. Omdat niet alle vennoten als eiser opgetreden zijn, wordt de vof niet-ontvankelijk verklaard.

De vof in deze zaak heeft vier vennoten. Twee van hen ('B c.s.') laten zich uitschrijven uit het handelsregister. De vof meent dat B c.s. nog een bedrag aan haar zijn verschuldigd en stelt een corresponderende rechtsvordering in.

Ondanks dat de uitschrijving niet aan de andere twee vennoten ('D c.s.') is gericht, kwalificeert de rechtbank deze handeling als opzegging, nu deze ter kennis is gebracht aan D c.s.

Sinds de uitschrijving is de vof in liquidatie en moet het vermogen worden vereffend. Indachtig het gemeenschapswezen van de vof dienen de deelgenoten dergelijke beheersdaden gezamenlijk te verrichten, aldus de rechtbank. De vennoten treden echter niet op als eiser in deze procedure, zodat de rechtbank concludeert tot niet-ontvankelijkheid van de vof.

E.A. Buziau, september 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:5209

Zaaknummer: HA ZA 20-753

Rechters: J. van den Bos

Advocaten: W.P. Groenendijk en R.P.G. Schelvis

Wetsartikelen: 7A:1683 BW en 3:170 lid 2 BW