

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 19, 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:2021:9821](#) 19-10-2021

Bestuurder Lyempf B.V./Meulenberg q.q.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1948](#) 05-10-2021

Oud-werkneemster/Bestuurder Stichting Weal City

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:8878](#) 21-09-2021

BPH Ede B.V., De Putter q.q. en Octavius Holding B.V./ETL International AG
Steuerberatungsgesellschaft, ETL AG Steuerberatungsgesellschaft en Eurodata AG
(Zippy-software)

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2844](#) 14-09-2021

Bestuurder/Achmea Schadeverzekering N.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:8324](#) 31-08-2021

Commanditaire vennoot aansprakelijk voor schulden C.V. De Holm

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:2366](#) 10-08-2021

Enquête De Kleinste Reus B.V.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1621](#) 03-08-2021

Kopers/verkoper van Tandartsenpraktijk Waddinxveen B.V.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1385](#) 06-07-2021

Stichting Participanten Warmond/Lexence

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:1749](#) 08-06-2021

Vernietiging besluit tot roeyement lid Kampeervereniging De Golfbreker

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:10335](#) 20-10-2021

Bestuurders ROKZ Groep B.V./AIG Europe S.A.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:10184](#) 07-10-2021

D+F Coatings B.V./Paintbroker B.V.

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:5160](#) 27-09-2021

Reikwijdte van afstandsverklaring met betrekking tot voorkeursrecht op aandelen

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:3501](#) 08-09-2021

Nutritivum/Nutrisound

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:4826](#) 01-09-2021

Aandeelhouder van DISQ Mobile Gym Nederland B.V./DISQ Mobile Gym International B.V. c.s.

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:2989](#) 23-06-2021

Te Biesebeek en Van der Pas q.q./Coöperatieve Rabobank U.A.

RECHTSPRAAK

Reikwijdte van afstandsverklaring met betrekking tot voorkeursrecht op aandelen

Een bv heeft drie rechtspersonen als aandeelhouder. De statuten van de bv bepalen dat indien de zeggenschap over haar aandeelhouders wijzigt, desbetreffende aandeelhouder-rechtspersoon zijn aandelen in de bv moet aanbieden aan de mede-aandeelhouders. Op enig moment doen de mede-aandeelhouders afstand van hun statutaire voorkeursrecht. Vervolgens ontstaat verschil van inzicht over de reikwijdte van deze afstandsverklaring. Eiser vordert in kort geding dat de mede-aandeelhouders zich onthouden van een beroep op en uitvoering van voornoemde statutaire bepalingen en dat hen wordt verboden over te gaan tot het nemen van een besluit tot ontslag van eiser als bestuurder, een en ander op straffe van een dwangsom. De voorzieningenrechter ziet onvoldoende aanknopingspunten voor de uitleg van eiser die meent dat de afstandsverklaringen gelden voor iedere aandelentransactie in de toekomst, maar wijst de vorderingen niettemin toe, zij het onder een termijnbepaling.

Dit kort geding ziet op de reikwijdte van een afstandsverklaring met betrekking tot een voorkeursrecht op aandelen. De achterliggende feiten en omstandigheden zijn als volgt.

Eiser is samen met gedaagde 1 en gedaagde 2 ('gedaagden') bestuurder en aandeelhouder van een bv ('Vennootschap 3') die een digitaal bureau exploiteert dat zich bezighoudt met technologie en sportmarketing. De statuten van Vennootschap 3 bepalen – kort gezegd – dat ingeval sprake is van verkrijging van zeggenschap over een aandeelhouder-rechtspersoon (lees: eiser en/of gedaagden) die aandeelhouder-rechtspersoon zijn aandelen in Vennootschap 3 dient aan te bieden aan de mede-aandeelhouders.

Vennootschap 2 is enig aandeelhouder en bestuurder van eiser. Op enig moment verwerft

Vennootschap 1 de helft van de aandelen in Vennootschap 2. In dit verband ondertekenen gedaagden een afstandsverklaring waarin zij afstand doen van hun statutaire voorkeursrecht (als hierboven geciteerd) c.q. goedkeuring verlenen aan 'de voorgenomen overdracht van aandelen'.

In twee latere transacties verwerft Vennootschap 1 3% respectievelijk 47% van de aandelen in Vennootschap 2, zodat zij uiteindelijk een belang van 100% heeft verkregen (alsmede de volledige zeggenschap over eiser).

Daaropvolgend laten gedaagden eiser weten dat zij enkel met betrekking tot de eerstgenoemde aandelentransactie afstand deden van hun voorkeursrecht en niet ten aanzien van de twee latere transacties. Voorts stellen zij onder meer dat eiser thans op grond van de statuten van Vennootschap 3 geen gebruik mag maken van haar vergader- en stemrecht en dat haar uitkeringsrecht wordt opgeschort. Voorts hebben zij een algemene vergadering uitgeroepen waarin het ontslag van eiser als bestuurder op de agenda staat.

In dit kort geding vordert eiser onder meer dat de voorzieningenrechter gedaagden (i) gebiedt zich te onthouden van een beroep op en uitvoering te geven aan voornoemde statutaire bepalingen en (ii) verbiedt over te gaan tot het nemen van een besluit tot ontslag van eiser als bestuurder, een en ander op straffe van een dwangsom.

De voorzieningenrechter overweegt dat hij de afstandsverklaringen dient uit te leggen met inachtneming van de *Haviltex*-maatstaf. Gelet daarop ziet de voorzieningenrechter onvoldoende aanknopingspunten voor de uitleg van eiser die meent dat de afstandsverklaringen gelden voor iedere aandelentransactie in de toekomst. De kortgedingprocedure leent zich niet voor nader feitenonderzoek naar deze uitleg. De voorzieningenrechter kan dan ook enkel uitgaan van de uitleg van gedaagden dat hun afstandsverklaringen enkel zien op 'de voorgenomen overdracht van aandelen'.

Voor nu ziet de voorzieningenrechter wel aanleiding voor het treffen van een ordemaatregel. De hierboven aangehaalde vorderingen worden toegewezen met dien verstande dat daaraan een termijn van negen maanden zal worden gekoppeld. Bij overtreding verbeuren gedaagden een dwangsom. De voorzieningenrechter merkt nog op dat partijen indien nodig in een nieuw kort geding kunnen vragen om verlenging van de termijn van negen maanden.

J. Tromp, november 2021

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 27-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:5160

Zaaknummer: C/01/372590

Rechters: E. Loesberg

Advocaten: D.J.J. Folgering en B.J.M.P. Cremers

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Vernietiging besluit tot royement lid Kampeervereniging De Golfbreker

De algemene ledenvergadering van een kampeervereniging heeft besloten een lid te royeren. Het lid klaagt dat het besluit zowel inhoudelijk als procedureel in strijd is met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW en vordert vernietiging van het besluit. Anders dan de rechtbank in eerste aanleg, geeft het hof het lid gelijk. Het hof vernietigt het besluit.

Appellant ('het Lid') is al jarenlang lid van Kampeervereniging De Golfbreker ('De Golfbeker'). De Golfbreker huurt een stuk strand waarop zij staanplaatsen verhuurt aan haar leden. Uit artikel 8 van de statuten blijkt dat het lidmaatschap vervalt bij royement door de algemene ledenvergadering ('ALV'), na schorsing door het bestuur. De Golfbreker heeft ook een huishoudelijk reglement waarin onder andere staat opgenomen dat het bestuur een officiële waarschuwing kan geven aan een lid van de vereniging bij overtreding van de regels en in het geval van wangedrag. Als een lid binnen drie jaar tijd, twee keer een officiële waarschuwing ontvangt, wordt het lid geschorst of geroyeerd. Voordat een dergelijke schorsing of royement daadwerkelijk wordt uitgevoerd, moet het bestuur het lid de mogelijkheid bieden zich tijdens een bestuursvergadering te verdedigen. In geval van een daadwerkelijk uitgevoerde schorsing of royement moet het bestuur tijdens de eerstvolgende ALV inhoudelijk verantwoording geven aan haar leden.

Op 9 april 2017 ontvangt het Lid een eerste officiële waarschuwing. Ongeveer een half jaar later ontvangt het Lid twee brieven waarin De Golfbreker het Lid wederom officieel waarschuwt. Het Lid heeft in strijd met de regels een picknicktafel op het strand vóór het door De Golfbreker gehuurde deel van het strand neergezet en een vuurkorf voor de schoeiing geplaatst. In deze brieven vermeldt De Golfbreker dat gelet op het huishoudelijk reglement het Lid geroyeerd of geschorst moet worden. Op 17 november 2017 heeft het bestuur van De Golfbreker het Lid per direct als lid van de vereniging geroyeerd. In aanvulling hierop heeft De Golfbreker het Lid op 20 december 2017 uitgenodigd voor een gesprek met het bestuur. Verder

vermeldt De Golfbreker dat op 9 december 2017 een Buitengewone Ledenvergadering plaatsvindt inzake het royement van het Lid. Het Lid is voor deze vergadering niet uitgenodigd.

Op 9 december 2017 hebben alle aanwezige leden van de Buitengewone Ledenvergadering vóór het royement van het Lid gestemd. Naderhand vindt op 20 december 2017 het gesprek plaats tussen het bestuur van De Golfbreker en het Lid. Vervolgens reageert het Lid op 31 januari 2018 in een aangetekende brief aan 'bestuur Golfbreker en Leden' inhoudelijk op de schriftelijke waarschuwingen. Hij stelt dat de leden zijn kant van het verhaal moeten horen, klaagt dat aan de ALV in de vergadering op 9 december 2017 de inhoud van de waarschuwingen niet duidelijk is gemaakt, noch waarom deze waarschuwingen voldoende ernstig zijn, en verzoekt de ALV zijn lidmaatschap niet te beëindigen.

Op 3 februari 2018 vindt de ALV van De Golfbreker plaats. Het Lid is wederom niet uitgenodigd. Tijdens deze ALV vermeldt het bestuur dat het gesprek van 20 december 2017 geen nieuwe inzichten heeft gegeven. Het royement wordt tijdens deze ALV bekrachtigd ('het Besluit').

Eerste aanleg

Het Lid vordert voor de rechter vernietiging van het Besluit. Hieraan heeft het Lid ten grondslag gelegd dat het Besluit om het Lid uit het lidmaatschap te ontzetten niet tot stand is gekomen overeenkomstig hetgeen wordt gevorderd door redelijkheid en billijkheid, als bedoeld in artikel 2:8 BW. De rechtbank gaat hier niet in mee en wijst de vordering af. Wel oordeelt de rechtbank dat de statuten bepalen dat de ALV exclusief beslist over het royeren van leden. Het besluit van het bestuur van 17 november 2017 kan geen stand houden. Het Lid was tot aan het Besluit lid van de vereniging.

De rechtbank heeft het Besluit opgevat als een besluit tot ontzetting uit het lidmaatschap als bedoeld in artikel 2:35 lid 1 aanhef en onder d BW. Over het Besluit heeft de rechtbank geoordeeld dat het noch procedureel, noch inhoudelijk in strijd is met de redelijkheid en billijkheid zoals die in artikel 2:8 BW wordt geëist. De rechtbank heeft de vorderingen van het Lid afgewezen.

Hoger beroep

Het Lid gaat tegen het oordeel van de rechtbank in hoger beroep bij het hof en klaagt dat het Besluit zowel inhoudelijk als procedureel in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Het Lid stelt dat de besluitvormingsprocedure niet deugdelijk is, omdat geen wederhoor is toegepast.

Het beroep slaagt. Het hof oordeelt dat ontzetting uit het lidmaatschap van een vereniging zodanig ingrijpend is, dat de redelijkheid en billijkheid in beginsel vorderen dat daartoe niet kan worden besloten zonder dat het beslissende orgaan de zienswijze van het lid over wiens lidmaatschap wordt beslist in de besluitvorming betreft. Bij De Golfbreker is de ALV exclusief bevoegd te beslissen. Tijdens de ALV van 3 februari 2018 is het Lid niet gehoord, de brief van het Lid is niet ter beschikking gesteld of inhoudelijk besproken, de inhoudelijk standpunten van het Lid zijn door het bestuur niet naar voren gebracht. Het hof maak hieruit op dat de zienswijze van het Lid niet aan de ALV is bekendgemaakt, noch dat de ALV de zienswijze in haar besluitvorming heeft betrokken. Daarnaast merkt het hof op dat het lidmaatschap van het Lid aan de orde is gesteld in de Buitengewone ALV van 9 december 2017, terwijl het gesprek waarin het Lid zich tegen het voorgenomen roeyement kon verdedigen nog niet had plaatsgevonden; dat was gepland voor 20 december 2017.

Het hof concludeert dat het besluit om het Lid te ontzetten uit het lidmaatschap van De Golfbreker niet tot stand is gekomen overeenkomstig hetgeen door redelijkheid en billijkheid gevorderd. Op grond van het bepaalde in artikel 2:15 lid 1, aanhef en onder b BW jo. artikel 2:8 BW is het besluit vernietigbaar. De rechtbank vernietigt het Besluit.

K.C.J. Vermeulen, november 2021

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:1749

Zaaknummer: 200.268.716/01

Rechters: A.C. Faber, D.J. Oranje en H. Koster

Advocaten: M.J. Meijer en S.R. van der Boom

Wetsartikelen: 2:8 BW en 2:15 lid 1 sub b BW

RECHTSPRAAK

Aandeelhouder van DISQ Mobile Gym Nederland B.V./DISQ Mobile Gym International B.V. c.s.

Een aandeelhouder van een failliete bv vordert schadevergoeding in verband met waardedaling van de aandelen als gevolg van het faillissement. De aandeelhouder stelt dat gedaagden de specifiek jegens de aandeelhouder geldende zorgvuldigheidsnormen van artikel 2:8 BW en artikel 2:239 BW hebben geschonden door de bv onbevoegd te vertegenwoordigen bij het aangaan van een kredietovereenkomst en het vestigen en uitwinnen van pandrechten. De rechtbank overweegt dat de aandeelhouder vergoeding van afgeleide schade vordert en dat de normen waarop een beroep wordt gedaan in de eerste plaats ter bescherming van de vennootschap zelf strekken. De schadevergoeding voor de verweten gedragingen kan dan ook niet door de aandeelhouder worden gevorderd, maar wellicht wel door de curator van de bv.

Disq Mobile Gym Nederland B.V. ('DMGN') is op 30 juni 2020 failliet verklaard. DMGN hield zich bezig met het verkopen van DISQ's: een handzaam fitnessapparaat waarmee thuis en onderweg sportoefeningen kunnen worden uitgevoerd. DMGN heeft twee aandeelhouders via tussenholdings: de eiseres in deze procedure ('de Aandeelhouder') en de CEO van DMGN. De CEO is ook enig bestuurder en aandeelhouder van Jach Holding B.V. ('Jach'). Jach is de bestuurder van DISQ Mobile Gym Holding B.V. ('Holding'). Holding is de moeder vennootschap van DISQ Mobile Gym International B.V. ('International'). Aan de CEO van DMGN is een schriftelijke volmacht verleend om DMGN zelfstandig te vertegenwoordigen.

De door International aan DMGN geleverde DISQ's worden niet betaald. Vervolgens verslechtert de verhouding tussen de Aandeelhouder en de CEO. De Aandeelhouder stopt met het promoten van de DISQ's. Rond diezelfde tijd wordt een krediet verstrekt door International aan DMGN. Tot zekerheid van betaling van dit krediet worden ook zekerheden

verstrekt door DMGN aan International. In februari en maart 2020 is de voorraad DISQ's door International in pandhoudersbeslag genomen en via een openbare veiling verkocht.

De Aandeelhouder vordert in deze procedure schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad van onder andere de CEO, Jach, Holding en International. De verweten gedragingen bestaan uit het meewerken aan het sluiten van de geldleningsovereenkomst en de pandakte in de wetenschap dat Holding en de CEO daartoe niet bevoegd waren, het meewerken aan het uitoefenen van het pandrecht, het antedateren van de geldleningsovereenkomst en de pandakte en door misbruik te maken van een tussen gedaagden bestaand identiteitsverschil. De gevorderde – afgeleide – schade bestaat uit de vermindering van de waarde van de aandelen in DMGN.

De rechtbank laat in het midden of deze gedragingen onrechtmatig zijn en bespreekt eerst de schade en het causaal verband. De schade bestaat namelijk uit schade die de Aandeelhouder heeft geleden als gevolg van waardedaling van de aandelen in DMGN. De rechtbank ziet ten eerste geen causaal verband tussen de waardedaling van de aandelen en het verweten eventueel onrechtmatige verhaal op de voorraad DISQ's; deze waardedaling lijkt te zijn ingezet door een kettingreactie die begint bij het staken van de werkzaamheden voor DMGN door de Aandeelhouder zelf. Over de schade overweegt de rechtbank als volgt. In het arrest *Poot/ABP* oordeelt de Hoge Raad dat een aandeelhouder in beginsel geen vergoeding van afgeleide schade toekomt, tenzij een specifiek jegens hem geldende zorgvuldigheidsnorm is geschonden. In deze casus heeft de Aandeelhouder gesteld dat zowel de norm van artikel 2:239 lid 5 BW als de norm van artikel 2:8 BW dienen te worden aangemerkt als specifiek jegens de aandeelhouder geschonden normen. De rechtbank gaat hierin niet mee en overweegt dat de door de Aandeelhouder aangevoerde normen in de eerste plaats gelden om de vennootschap zelf te beschermen. Er is dus geen sprake van een uitzondering zoals bedoeld in het arrest *Poot/ABP*; alleen de curator van DMGN kan in dit geval de door de Aandeelhouder gestelde schade vorderen.

A.C. Frentz, november 2021

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 01-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:4826

Zaaknummer: C/05/376955 / HA ZA 20-547

Rechters: S.J. Peerdeman, D.T. Boks en G.J. Meijer

Advocaten: P.C.M. Ouwens en V.H.B. Kruit

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:8 BW en 2:239 BW

RECHTSPRAAK

Te Biesebeek en Van der Pas q.q./Coöperatieve Rabobank U.A.

In een geschil tussen de curatoren van een gefailleerde bv en Rabobank laat de rechtbank zich uit over subrogatie in faillissement. De curatoren vorderen op basis van een regresvordering betaling van Rabobank aangezien sprake is van subrogatie. In de toepasselijke voorwaarden wordt weliswaar bepaald dat de bv hiervan afstand doet bij voorbaat; de regresvordering is echter pas na het faillissement van de bv ontstaan, waardoor de bv geen afstand meer kan doen. De rechtbank oordeelt dat de voorwaarde niet anders kan worden uitgelegd dan dat sprake is van afstand in de zin van artikel 6:160 BW. Dit maakt het doen van afstand voor de bv onmogelijk wegens haar staat van faillissement. De rechtbank wijst de vordering toe en overweegt ten overvloede over de mogelijkheid tot uitsluiting van subrogatie.

Anchor II B.V. ('Anchor') houdt 100% van de aandelen in Melamo B.V. ('Melamo') en Melamo Las- en Montagetechniek B.V. ('Melamo L&M'). Melamo en Melamo L&M worden op 8 maart 2016 in staat van faillissement verklaard. Op 5 juli 2016 volgt ook het faillissement van Anchor.

Melamo, Melamo L&M en Anchor hebben zich uit hoofde van een kredietovereenkomst met Rabobank allemaal hoofdelijk aansprakelijk verklaard. Ten behoeve van deze financiering had Melamo verschillende zekerheden aan Rabobank verpand. Ook had Rabobank een hypotheekrecht op het bedrijfspand van Anchor.

Na de faillissementen wint Rabobank eerst de zekerheden van Melamo uit, van welke opbrengst de gehele schuld van Melamo voldaan kon worden en een deel van de schuld van Anchor. Vervolgens verkoopt Rabobank het bedrijfspand van Anchor. Met de opbrengst van deze verkoop is de schuld van Anchor volledig afgelost. Het restant maakt Rabobank over naar

de boedelrekening van Anchor.

De curatoren stellen zich op het standpunt dat Melamo een regresvordering van € 898.000 heeft verkregen op Anchor op grond van artikel 6:10 BW: het bedrag dat Melamo boven haar interne draagplicht aan Rabobank heeft voldaan. Deze regresvordering wordt niet betwist door Rabobank. De curatoren stellen vervolgens dat Melamo ook in gesubrogeerd in de rechten van Rabobank tot dat bedrag van € 898.000 op grond van artikel 6:12 BW. Rabobank betwist niet dat, als sprake is van subrogatie, een deel van het hypotheekrecht van Rabobank naar Melamo is overgegaan en dat Melamo dan recht had op een aandeel van € 499.393,75 in de opbrengst van de verkoop van het bedrijfspand van Anchor.

Wél betwist Rabobank dat in dit geval sprake is van subrogatie. Daartoe wordt verwezen naar artikel 19 (a) van de Algemene voorwaarden voor bedrijfsfinancieringen van Rabobank uit 2010 ('ABV 2010'), waarin is bepaald dat de klant onherroepelijk afstand doet van subrogatie en van alle (neven)rechten waarin hij door subrogatie zou kunnen treden, voor zover nodig bij voorbaat. Deze voorwaarde is gewijzigd na het arrest *ASR/Achmea*: de curatoren beroepen zich dan ook op het standpunt dat, met het oog op dit arrest, de vordering op grond van subrogatie van Melamo pas na diens faillissement ontstond. Artikel 23 Fw voorkomt derhalve in dit geval dat Melamo daar nog afstand van kan doen. Melamo was niet meer beschikkingsbevoegd en curatoren menen dan ook dat artikel 19 (a) ABV 2010 niet tegen de boedel kan worden ingeroepen.

De rechtbank besluit dit geschil door over te gaan tot de uitleg van artikel 19 (a) ABV 2010, waarvan de curatoren enerzijds hebben betoogd dat dit artikel dient te worden onderworpen aan een objectieve uitleg en met afstand dan ook afstand in de zin van artikel 6:160 BW is bedoeld. Anderzijds betoogt Rabobank dat de meest voor de hand liggende, op de praktijk afgestemde uitleg is dat de vordering niet overgaat. De rechtbank concludeert dat Melamo in redelijkheid mocht verwachten dat, waar artikel 19 (a) ABV 2010 spreekt over het doen van afstand, hiermee afstand van een vorderingsrecht wordt bedoeld in de zin van artikel 6:160 BW. Aangezien het gaat om door Rabobank eenzijdig opgelegde voorwaarden waarover niet met Melamo is onderhandeld, acht de rechtbank bij deze uitleg vooral objectieve factoren van belang.

Opmerkelijk genoeg overweegt de rechtbank na toewijzing van de vordering van de curatoren nog ten overvloede over de mogelijkheid tot uitsluiting van subrogatie. Hierbij citeert de rechtbank de parlementaire geschiedenis om twee visies hierop te illustreren, en concludeert dat uitsluiting van wettelijke subrogatie niet mogelijk is: voor financiering in concernverband is ook geen uitzondering beoogd door de wetgever.

A.C. Frentz, november 2021

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 23-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:2989

Zaaknummer: 360283 / HA ZA 20-450

Rechters: J.A. Bik

Advocaten: B.A.P. Sijben en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 6:10 BW en 6:12 BW

RECHTSPRAAK

Kopers/verkoper van Tandartsenpraktijk Waddinxveen B.V.

Deze zaak gaat over de overname van een tandartsenpraktijk. Na de overname ontstaat een geschil over de financiële afwikkeling van de koopovereenkomst. De verkoper stelt dat hij recht heeft op een aanvullende betaling, omdat zou zijn voldaan aan de voorwaarde die daarvoor in de koopovereenkomst is bepaald. De kopers stellen dat de verkoper aan hen de vóór de overname ontstane schulden van de tandartsenpraktijk moet vergoeden. De rechtbank wijst in eerste aanleg alle vorderingen af. De kopers gaan in hoger beroep, en de verkoper stelt incidenteel hoger beroep in tegen de afwijzing van zijn vordering tot veroordeling van de kopers tot betaling van een aanvullende vergoeding. Zowel het principaal als het incidenteel hoger beroep falen. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Appellanten 1 tot en met 3 ('de Kopers') en geïntimeerde ('de Verkoper') sluiten een koopovereenkomst voor de verkoop door de Verkoper van zijn aandelen in het kapitaal van Tandartsenpraktijk Waddinxveen B.V. ('de Tandartsenpraktijk') aan de Kopers. Na de overname ontstaat een geschil over de financiële afwikkeling van de koopovereenkomst.

De Verkoper stelt dat hij recht heeft op een aanvullende vergoeding, die blijkens de koopovereenkomst verschuldigd is als ten minste een bepaald aantal patiënten gedurende een bepaalde periode is verschenen voor een afspraak ('Aanvullende Vergoeding'). De Kopers stellen dat de schulden die door de Tandartsenpraktijk voor de overname zijn gemaakt, terugbetaald moeten worden door de Verkoper.

De Verkoper vordert in eerste aanleg betaling van de in de koopovereenkomst bedoelde Aanvullende Vergoeding en van het positieve saldo van de rekeningcourantverhouding tussen hem en de Tandartsenpraktijk. De Kopers betwisten de vorderingen en vorderen in

reconventie om de Verkoper te veroordelen tot betaling van de schulden van de Tandartsenpraktijk die dateren van voor de overname.

De rechtbank heeft in conventie de vordering tot betaling van de Aanvullende Vergoeding afgewezen. Volgens de rechtbank moet de bepaling in de koopovereenkomst aldus worden begrepen dat daarin het aantal actieve patiënten is bedoeld. Wel is de Tandartsenpraktijk op grond van artikel 6:140 BW het saldo van de rekening-courantverhouding verschuldigd aan de Verkoper. De reconventionele vorderingen van de Kopers worden afgewezen. Tegen dit oordeel van de rechtbank hebben de Kopers hoger beroep ingesteld.

Volgens de Kopers was de post rekening-courantverhoudingen reeds opgenomen in de koopprijs. Na het voldoen van de koopprijs zou de Verkoper niets meer te vorderen hebben van de Kopers. Het hof overweegt dat de Kopers op grond van artikel 6:140 lid 1 BW het saldo van de rekening-courantverhouding verschuldigd zijn aan de Verkoper omdat de Kopers geen concreet bewijs hebben aangeboden waaruit blijkt dat er afwijkende afspraken in de koopovereenkomst zijn gemaakt.

De rechtbank heeft de vordering van de Kopers tot veroordeling van de Verkoper van facturen voor pensioenkosten en tandherstel, afgewezen. Die afwijzing is volgens de Kopers onterecht, omdat het zou gaan om kosten die gemaakt zijn in de periode dat de Verkoper nog eigenaar was van de Tandartsenpraktijk en op grond van de koopovereenkomst door de Verkoper moeten worden gedragen. Het hof wijst de vordering af omdat de Kopers onvoldoende concrete feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit blijkt dat de bepaling uit de koopovereenkomst waarop deze vordering gebaseerd wordt, een dergelijke ruime strekking heeft. Volgens de Kopers waren de facturen voor pensioenkosten en tandherstel niet opgenomen in de boekhouding. Volgens de Verkoper is met de facturen wel rekening gehouden bij de verkoop. Het hof overweegt dat niet van de juistheid van de betwiste stelling van de Kopers uit kan worden gegaan nu daarvoor een gespecificeerd bewijsaanbod ontbreekt.

De Kopers hebben in hoger beroep hun eis vermeerderd en gevorderd dat het hof voor recht dient te verklaren dat de Verkoper aansprakelijk is voor de toekomstige aanspraken van derden die voortvloeien uit de periode dat de Verkoper bestuurder was van de Tandartsenpraktijk. Volgens het hof hebben de Kopers geen voldoende concreet belang bij de verklaring en is deze zodoende niet-ontvankelijk. Het principaal beroep faalt.

In het incidentele beroep richt de Verkoper zich tegen de afwijzing van de vordering tot betaling van de Aanvullende Vergoeding. Volgens de Verkoper dient de bepaling in de koopovereenkomst over de Aanvullende Vergoeding, welke vergoeding is gekoppeld aan een aantal patiënten dat verschijnt voor een afspraak, aldus te worden uitgelegd dat het gaat om

een aantal probleemgerichte behandelingen en periodieke controles en niet om een aantal personen dat de praktijk bezoekt. Hiertegenin hebben de Kopers aangevoerd dat de afhankelijke koopprijs afhankelijk is gesteld van het aantal actieve patiënten. Het hof overweegt dat het volgens de letterlijke tekst gaat om patiënten en niet om afspraken, laat staan om een bepaald type afspraak. Het komt echter steeds aan op de zin die partijen over en weer aan elkaars verklaringen mochten toekennen en van elkaar mochten verwachten. Op de Verkoper rust de stel- en bewijslast om aan te tonen dat zijn uitleg de juiste is. Naar het oordeel van het hof is de Verkoper daarin niet geslaagd. Het incidentele hoger beroep faalt eveneens.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis van de rechtbank.

D.E. Mandigers, november 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 03-08-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1621

Zaaknummer: 200.271.812/01

Rechters: M.J. van der Ven, A.J. Swelheim, B.J. Lenselink en J.E.H.M. Pinckaers

Advocaten: L.T.M. Keet en N. Poggenklaas

Wetsartikelen: 6:140 BW

RECHTSPRAAK

BPH Ede B.V., De Putter q.q. en Octavius Holding B.V./ETL International AG Steuerberatungsgesellschaft, ETL AG Steuerberatungsgesellschaft en Eurodata AG (Zippy-software)

M&A-litigation. Verkoper en koper ondertekenen een letter of intent over een aandelentransactie. Het due diligence-onderzoek laat tegenvallende financiële resultaten zien. De koper informeert de verkoper niet meteen over zijn bevindingen, en zet het due diligence onderzoek voort op commerciële aspecten van de onderneming die door de doelvennootschap wordt gedreven. Na enige tijd ziet de koper af van de transactie. De verkoper stelt dat definitieve overeenstemming was bereikt over de aandelentransactie en vordert schadevergoeding wegens niet-nakoming, alsmede subsidiair het negatieve contractbelang wegens afgebroken onderhandelingen. De rechtbank wijst de vorderingen in eerste aanleg af. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Het hof stelt vast dat met de letter of intent reeds definitieve overeenstemming bestond over de aandelentransactie, omdat partijen het vlot eens waren geworden over het object van de koop en de koopprijs. De koopovereenkomst was echter voorwaardelijk, het due diligence onderzoek moest de koper namelijk nog tevreden stemmen. Toen dat niet gebeurde, stond het de koper vrij om zich op de opschortende voorwaarde te beroepen, ook al informeerde de koper de verkoper niet meteen over de teleurstellende bevindingen. Door zo te handelen wekte de verkoper niet het gerechtvaardigd vertrouwen dat de opschortende voorwaarde in vervulling zou zijn gegaan. Het stond de verkoper daarom vrij om zich terug te trekken zonder schadeplichtig te worden.

BPH Ede B.V. ('BPH Ede'), B&P Groep N.V. ('B&P Groep'), Zippy Business Solutions B.V. ('Zippy') en Octavius Holding B.V. ('Octavius'), en anderzijds de Duitse vennootschappen ETL International AG Steuerberatungsgesellschaft ('ETL International'), ETL AG Steuerberatungsgesellschaft ('ETL AG') en Eurodata AG ('Eurodata') (gezamenlijk 'ETL c.s.') voeren verkennende gesprekken over het gezamenlijk vermarkten van Zippy-software in Duitsland. Zippy biedt de door haar ontwikkelde software vooral aan aan franchisenemers, en dan met name aan McDonald's-vestigingen. Op enig moment bereiken partijen op hoofdlijnen overeenstemming over de koop door een vennootschap van het ETL-concern van 50% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van Zippy ('de Transactie'). ETL AG, B&P Groep en Zippy ondertekenen vervolgens een *letter of intent* (de 'de LOI').

ETL c.s. voeren een *due diligence*-onderzoek uit en zijn niet tevreden over de financiële resultaten van Zippy. ETL c.s. laten over hun onvrede niks aan B&P Groep en Zippy merken, en gaan verder met onderzoek naar de functionaliteiten van de Zippy-software. Op enig moment zien ETL c.s. af van de Transactie. BPH Ede, B&P Groep, Zippy en Octavius betrekken ETL c.s. in rechte. Zij stellen dat definitieve overeenstemming was bereikt over de Transactie en vorderen schadevergoeding wegens toerekenbare tekortkoming. Subsidiair vorderen ze schadevergoeding bestaande uit het negatieve contractsbelang wegens afgebroken onderhandelingen. De rechtbank oordeelt dat nog geen definitieve en volledige (wils)overeenstemming was bereikt. De onderhandelingen tussen partijen zijn naar het oordeel van de rechtbank ook niet in een zodanig stadium gekomen dat het afbreken daarvan onaanvaardbaar moet worden geacht of leidt tot een verplichting tot schadevergoeding. De rechtbank wijst daarom de vorderingen af. B&P Groep en Zippy gaan nadien failliet.

BPH Ede, mr. A.T. de Putter – in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van B&P Groep en Zippy – en Octavius ('BPH c.s.') gaan in hoger beroep.

Het voorliggende geschil betreft in de eerste plaats de vraag of en in hoeverre partijen met de LOI hebben beoogd bindende afspraken te maken over de Transactie. Het hof overweegt dat partijen gebonden waren aan de overeenkomst tot koop van de aandelen in Zippy en dat de LOI uitgelegd moet worden als de summiere vastlegging van deze bindende overeenkomst, nu partijen het eens waren over het object van de koop en de koopprijs. Daarbij neemt het hof in ogenschouw dat er weinig discussie was over de tekst, dat de onderwerpen waar de discussie over ging geen essentialia betroffen en dat over die onderwerpen in een enkele bespreking overeenstemming werd bereikt.

Het hof vervolgt en overweegt dat de koopovereenkomst aangegaan werd onder voorwaarde van een tot tevredenheid stemmende uitkomst van de door ETL c.s. uit te voeren *due diligence*-onderzoeken op financieel, fiscaal, juridisch en IT-gebied. BPH c.s. mochten er om die reden

gerechtvaardigd op vertrouwen dat ETL c.s. zich voldoende hadden vergewist van de commerciële en technische geschiktheid van de Zippy-software voor de Duitse markt, aldus het hof. Dit betekent dat ETL c.s. zich niet met succes konden beroepen op de constatering dat er onvoldoende ondernemingen in Duitsland belangstelling voor de Zippy-software zouden hebben.

Het hof overweegt echter dat ETL c.s. een gegronde reden hadden om zich te beroepen op het niet vervuld zijn van de opschortende voorwaarde van een voor hun bevredigende uitkomst van het *due diligence*-onderzoek, nu zij tijdens het onderzoek ontdekten dat de financiële cijfers te rooskleurig waren voorgesteld. Daarna hebben zij daarover gedurende een periode van ongeveer anderhalve maand intern discussie gevoerd, BPH c.s. intensief bevraagd over de functionaliteiten van de Zippy-software en (potentiële) Duitse klanten benaderd om te vragen of zij wellicht belangstelling hadden voor deze software. Dit alles diende ertoe om te onderzoeken of ETL c.s. ondanks de tegenvallende financiële cijfers niet toch met BPH c.s. verder zouden gaan, vooral als zou blijken dat de Zippy-software wel degelijk zou voorzien in een behoefte op de Duitse markt. Daarmee hebben ETL c.s. niet hun rechten verwerkt om zich op het niet vervuld zijn van de opschortende voorwaarde te beroepen, en evenmin bij BPH c.s. het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat de opschortende voorwaarde in vervulling was gegaan, aldus het hof.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

M. J. van de Graaf, oktober 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-09-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:8878

Zaaknummer: 200.190.781

Rechters: F.J. de Vries, I. Brand en T.S. Jansen

Advocaten: W.A.J. Hagen en G.J.J.A. van Zeijl

Wetsartikelen: 6:217 BW, 7:1 BW en 6:23 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder/Achmea Schadeverzekering N.V.

Een bestuurder van een vennootschap doet ten onrechte een beroep op de verzuimverzekering van de vennootschap. De verzekering biedt geen dekking voor de ziekte van een bestuurder. De bestuurder neemt daarom ontslag als bestuurder en meldt zich als zieke werknemer bij de verzekering. Na ontvangst van de uitkering, wordt de werknemer weer tot bestuurder benoemd. Over herbenoeming als bestuurder wordt de verzekeraar niet geïnformeerd. Als de verzekeraar daarvan toch op de hoogte raakt en het uitgekeerde bedrag terugvordert, wordt de vennootschap ontbonden. De verzekeraar spreekt daarom de bestuurder aan in rechte op grond van onrechtmatige daad. In eerste aanleg en in hoger beroep is het oordeel dat de bestuurder inderdaad aansprakelijk is ex artikel 6:162 BW voor de schade van de verzekeraar, omdat hij heeft bewerkstelligd dat de verzekeraar ten onrechte heeft uitgekeerd en daardoor schade lijdt.

Appellante ('de Bestuurder') heeft ten behoeve van de vennootschap een ziekteverzuimverzekering afgesloten bij Achmea Schadeverzekering N.V. ('de Verzekeraar'). De verzekering geeft recht op een uitkering ingeval van ziekte van een werknemer. Ziekte van een bestuurder is niet gedekt. In de polisvoorwaarden is onder meer opgenomen dat de verzekeringnemer een wijziging die gevolgen heeft voor de dekking onder de verzekering, moet melden. Werknemers die in en uit dienst treden moeten ook worden gemeld. De Bestuurder neemt na enige tijd ontslag als statutair bestuurder en wordt kort daarna aangemeld als werkneemster. Kort daarna wordt zij ziekgemeld en start de Verzekeraar, na de wachtperiode, de uitkering. Enige tijd later wordt de werkneemster weer benoemd tot bestuurder, maar dit wordt niet gemeld aan de Verzekeraar.

De Verzekeraar komt erachter dat de werkneemster is herbenoemd tot bestuurder. De Verzekeraar beëindigt de verzekering en vordert de betaalde uitkering terug. De vennootschap

wordt vervolgens ontbonden. De Verzekeraar spreekt daarom de bestuurder in rechte aan tot betaling van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad.

De Verzekeraar stelt dat de Bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij heeft bewerkstelligd dan wel heeft toegelaten dat de Verzekeraar schade-uitkeringen aan de vennootschap heeft gedaan ten behoeve van een bestuurder, terwijl de Bestuurder wist dan wel behoorde te weten dat de vennootschap op grond van de verzekeringsovereenkomst geen recht had op deze schade-uitkeringen. De Verzekeraar vordert haar schade: een bedrag gelijk aan de ten onrechte betaalde uitkeringen. De rechtbank heeft de vordering toegewezen.

De Bestuurder gaat in hoger beroep. Ook het gerechtshof komt tot de conclusie dat de Bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld.

Op de Bestuurder rustte de verplichting om de wijziging van haar hoedanigheid van bestuurder te melden aan de Verzekeraar. Door dit na te laten heeft de Bestuurder bewerkstelligd dat de Verzekeraar ten onrechte is overgegaan tot schade-uitkeringen. Volgens het gerechtshof mag de Bestuurder geacht worden kennis te hebben gehad van het feit dat in de algemene voorwaarden behorende bij de polisvoorwaarden een uitsluitingsclausule voor bestuurders was opgenomen. De Bestuurder had namelijk zelf voor ontvangst van deze algemene voorwaarden getekend. Het gerechtshof is van mening dat de Bestuurder zorgvuldiger had moeten handelen omdat zij de verzekering had afgesloten, getekend heeft voor de ontvangst van de algemene voorwaarden, de belangrijkste feitelijke beleidsbepaler binnen de vennootschap was en het een arbeidsongeschiktheid van de Bestuurder zelf betrof. Volgens het gerechtshof is sprake van een ernstige normschending die mogelijk zelfs kwalificeert als verzekeringsfraude, zodat onder de omstandigheden van het geval sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt en de Bestuurder aansprakelijk is voor de schade van de Verzekeraar.

De overige grieven van de Bestuurder, inhoudende dat de algemene voorwaarden niet van toepassing zouden zijn, er sprake zou zijn van rechtsverwerking en er sprake zou zijn van eigen schuld aan de zijde van de Verzekeraar, worden afgewezen. Volgens het gerechtshof zijn de algemene voorwaarden van toepassing verklaard en ter hand gesteld en zijn er geen bijzondere omstandigheden waarom sprake zou moeten zijn van rechtsverwerking. De eigen schuld wordt afgewezen omdat volgens het gerechtshof een verzekeringsovereenkomst is gebaseerd op vertrouwen en het niet aan de Verzekeraar is om onderzoek te doen naar de vraag of de omstandigheden zijn gewijzigd waardoor er geen recht op een uitkering zou bestaan.

Het gerechtshof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

J.W.P. Tulfer, november 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-09-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:2844

Zaaknummer: 200.271.984.01

Rechters: H.K.N. Vos, O.G.H. Milar en H.F.P. van Gastel

Advocaten: F. Ergec en A. Robustella

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Oud-werkneemster/Bestuurder Stichting Weal City

Een oud-werknemer heeft een loonvordering op een inmiddels gefailleerde stichting. Het faillissement is opgeheven vanwege gebrek aan baten. De oud-werknemer spreekt vervolgens de bestuurder aan, maar onderbouwt onvoldoende waarom bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, waardoor hij persoonlijk aansprakelijk zou zijn voor de achterstallige loonbetaling van zijn failliete stichting. Verdenking van faillissementsfraude en eventuele aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW vanwege schending van de boekhoudplicht doen daar niet aan af. Evenals eerder de rechtbank wijst het hof de vordering van de oud-werknemer af.

Feiten

Geïntimeerde ('de Bestuurder') is enig bestuurder van Stichting Weal City ('de Stichting'). Appellante ('de Werkneemster') is per juni 2016 in dienst getreden bij de Stichting als secretaresse. Na twee maanden stuurt de Werkneemster een e-mail aan de Stichting met daarin het voorstel voortaan vooraf betaald te krijgen. De Stichting heeft de Werkneemster vervolgens bericht dat dit niet mogelijk is. In datzelfde bericht bevestigt de Stichting de mondelinge opzegging die de Werkneemster zou hebben gedaan. De Werkneemster bestrijdt dat zij de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd en heeft een loonvordering ingesteld tegen de Stichting. De kantonrechter Den Haag heeft de vordering van de Werkneemster voor een beperkt deel toegewezen. Het hof Den Haag heeft het vonnis van de kantonrechter vernietigd en de Stichting veroordeeld aan de Werkneemster het salaris over de periode van 27 juni 2016 tot 27 december 2016 te betalen. Het arrest van het hof is op 31 augustus 2018 betekend aan de Stichting. Op 27 december 2018 is de Stichting failliet verklaard. In het negende openbare faillissementsverslag van de curator is onder meer vermeld dat de Bestuurder aansprakelijk gesteld is voor onbehoorlijk bestuur, bestaande uit onder andere het voeren van een ondeugdelijke administratie en het onttrekken van geld zonder dit te verantwoorden in de administratie van de Stichting. Tevens is melding van faillissementsfraude gedaan. Het

faillissement van de Stichting is op 19 april 2021 opgeheven wegens gebrek aan baten.

De Werkneemster vordert dat de rechtbank de Bestuurder veroordeelt tot betaling aan haar van de loonvordering. Deze vordering is bij verstek toegewezen. De Bestuurder heeft gevorderd dat hij wordt ontheven van voormelde veroordeling. De rechtbank heeft deze in verzet ingestelde vordering toegewezen. Daartoe heeft de rechtbank onder meer geoordeeld dat de Bestuurder tegenover de stelling van de Werkneemster, dat haar vordering op de Stichting niet is voldaan vanwege betalingsonwil aan de zijde van de Bestuurder, voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de financiële positie van de Stichting in augustus 2018 en daarna slecht was. Ook heeft de Bestuurder weersproken dat de Stichting drie mensen in dienst had. Daar heeft de Werkneemster onvoldoende tegenover gesteld om de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt te maken van de omstandigheid dat haar vordering op de Stichting onbetaald is gebleven.

De Werkneemster verzoekt het hof het vonnis te vernietigen en de vorderingen van de Werkneemster alsnog toe te wijzen.

Oordeel

De grieven nemen tot uitgangspunt dat de Werkneemster aan de Bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder van de Stichting een persoonlijk ernstig verwijt kan maken voor het onbetaald blijven van haar loonvordering, zodat het ervoor gehouden moet worden dat hij jegens de Werkneemster onrechtmatig heeft gehandeld. Aan haar betoog legt de Werkneemster in de eerste plaats ten grondslag dat de Bestuurder al sinds 2016 weet dat zij een vordering heeft op de Stichting. Zij heeft echter onvoldoende onderbouwd dat en waarom de rechtbank ten onrechte tot uitgangspunt heeft genomen dat het de Stichting (eerst) vanaf 31 augustus 2018, de dag van betekening van het arrest van het hof, duidelijk was dat zij een substantiële betalingsverplichting had aan de Werkneemster. Het hof gaat dus met de rechtbank uit van 31 augustus 2018 als de datum waarop de Stichting wetenschap verkreeg dat zij nog een substantiële betalingsverplichting aan de Werkneemster had te voldoen.

Daarnaast stelt de Werkneemster dat onduidelijk is waarom de verzekeraars niet hebben betaald. Met die enkele stelling heeft zij onvoldoende weersproken dat de financiële positie van de Stichting eind augustus 2018 en daarna slecht was. Ook het hof gaat daarvan dus uit. In hoger beroep heeft de Werkneemster nog betoogd dat de Stichting wel degelijk de beschikking had over financiële middelen, omdat zij een advocaat had die haar in twee instanties heeft bijgestaan en maandelijks gelden vanaf de bankrekening van de Stichting werden overgemaakt onder de aanduiding 'doorbetaling kosten'. Het hof houdt het ervoor dat de Werkneemster hiermee heeft willen betogen dat de Stichting selectieve betalingen heeft

verricht. De stelling van de Werkneemster dat daarvan sprake is geweest, is echter in het geheel niet nader geconcretiseerd en onderbouwd, zodat het hof er om die reden aan voorbijgaat. Overigens werd de Stichting in tweede instantie niet bijgestaan door een advocaat.

De Werkneemster wijst erop dat de Bestuurder in de periode 2013/2014 betrokken is geweest bij een vijftal rechtspersonen die onderhevig zijn (geweest) aan verdenkingen van fraude. Weliswaar was hij van deze rechtspersonen geen bestuurder, maar hij was er wel anderszins bij betrokken en voor drie van deze rechtspersonen werd zijn huisadres gebruikt als correspondentieadres, aldus de Werkneemster. Zij stelt dat hieruit, in combinatie met de aansprakelijkstelling van de Bestuurder door de curator als vermeld in het negende faillissementsverslag, volgt dat de Bestuurder onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. Hij was verantwoordelijk voor de Stichting, heeft niet voldaan aan de boekhoudplicht en heeft gelden onttrokken zonder dat in de boekhouding te verantwoorden, terwijl die gelden bedoeld waren voor de voldoening van vorderingen van schuldeisers, zo stelt de Werkneemster. Het hof stelt voorop dat de aansprakelijkstelling door de curator (zo daarvan sprake is aangezien de Bestuurder ontkent persoonlijk aansprakelijk gesteld te zijn en het faillissement van de Stichting als gezegd inmiddels is opgeheven) wegens schending van de boekhoudplicht berust op artikel 2:248 lid 2 BW. Indien en voor zover zou worden geoordeeld dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in deze bepaling, leidt dit nog niet op die grond tot aansprakelijkheid van de Bestuurder jegens de Werkneemster. De aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 2 BW betreft de aansprakelijkheid jegens de boedel. Alleen de curator is bevoegd een vordering op grond van dit artikel in te stellen. Voor zover de Werkneemster heeft willen betogen dat de Bestuurder op basis van hetzelfde feitencomplex jegens haar aansprakelijk is op grond van artikel 6:162 BW, oordeelt het hof dat de Werkneemster onvoldoende concrete feiten heeft gesteld ter onderbouwing van zodanig betoog, zodat het al om die reden faalt. Dat de Bestuurder in het verleden betrokken is geweest (overigens niet als bestuurder) bij rechtspersonen die geconfronteerd zijn geweest met fraudeverdenkingen, maakt dit niet anders.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 05-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1948

Zaaknummer: 200.281.504/01

Rechters: M.T. Nijhuis, A.J.P. Schild en A.J. Swelheim

Advocaten: P.E. Epping en J.M. Eerkes

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Participanten Warmond/Lexence

Deze uitspraak is een vervolg op de veelbesproken uitspraak van de Hoge Raad in de zaak CV Warmond tegen advocatenkantoor Lexence (ECLI:NL:HR:2017:2444). De commanditaire vennoten van de cv hebben zich verenigd in een stichting die zowel namens henzelf als namens de cv schadevergoeding van het advocatenkantoor eist. De Hoge Raad overwoog dat het belang van de cv bestaat in het gezamenlijke belang van de vennoten, dus zowel de beherend als de commanditaire vennoten. Een redelijk handelend en bekwaam advocaat die een cv adviseert, dient zich te richten naar dat gezamenlijke belang. Na verwijzing door de Hoge Raad oordeelt het hof Den Haag dat het advocatenkantoor ernstig is tekortgeschoten in de advisering aan de cv en slechts het belang van de beherend vennoot heeft gediend. De beroepen van het advocatenkantoor op verval, verjaring en eigen schuld wijst het hof af. Volgens het hof is in het kader van het causaal verband de vraag relevant wat de commanditaire vennoten zouden hebben kunnen doen en zouden hebben gedaan indien zij tijdig en juist waren geadviseerd. Het hof wil zich hieromtrent nader door partijen laten inlichten en gelast een comparitie van partijen.

Deze uitspraak is een vervolg op de veelbesproken uitspraak van de Hoge Raad in de zaak CV Warmond tegen advocatenkantoor Lexence (ECLI:NL:HR:2017:2444, OR 2021-0351).

De casus

Kort gezegd gaat het om het volgende. Euro American Warmond CV ('de CV') was een beleggingsvehikel dat zou gaan investeren in een bouwproject te Warmond. Zij werd bestuurd

door EAW, de enig beherend vennoot, die weer werd bestuurd door EAIG (hierna gezamenlijk 'EAIG'). Het geld werd opgehaald bij particuliere beleggers die participaties ter waarde van € 50.000 per stuk konden kopen. Zij werden dan commandiet van de CV.

Hoewel de gemeente aanvankelijk een bouwvergunning had verstrekt, werd deze later herroepen, omdat het door de CV ingediende bouwplan niet voldeed aan het bestemmingsplan. In 2003 had de CV het advocatenkantoor Lexence ingeschakeld voor advies. Lexence constateerde dat de bouwvergunning terecht was ingetrokken en dat dit kon leiden tot aansprakelijkheid van EAIG. Die had namelijk een prospectus voor de beleggers opgesteld, waarin stond dat een bouwvergunning was aangevraagd. Maar omdat de ingediende aanvraag niet voldeed, kon deze niet leiden tot een bouwvergunning zoals bedoeld in de prospectus.

In samenspraak met EAIG heeft Lexence de herroeping tot aan de Raad van State aangevochten, maar zonder succes. Lexence had daarbij zelf al aangegeven dat het standpunt dat de vergunning ten onrechte was herroepen maar moeizaam te verdedigen viel.

In 2005 schreef Lexence aan EAIG dat het leek dat de commandieten niet doorhadden dat de prospectus op het moment van uitgifte onjuistheden leek te bevatten en dat EAIG ervoor kon kiezen bij de naderende beleggersvergadering hierover niets te zeggen.

In 2008 ging EAIG failliet. Uiteindelijk heeft de CV het project kunnen verkopen, waardoor een lening aan de bank kon worden afbetaald. De commandieten zagen niets van hun inleg terug.

Uitspraak Hoge Raad 22 september 2017

De commandieten hebben zich verenigd in een stichting die zowel namens henzelf als namens de CV schadevergoeding van Lexence eist. De stichting verwijt Lexence de Gedragsregels voor advocaten te hebben geschonden door zowel de belangen van de CV als die van EAIG te behartigen. Omdat die belangen uiteenliepen had Lexence zich moeten terugtrekken. De belangen van EAIG brachten mee dat voor de commandieten verborgen zou blijven dat de prospectus op het punt van de vergunning onjuist was. Ook was het niet in het belang van de CV om tegen hoge kosten kansarme, kostbare en tijdrovende procedures te voeren.

Zowel de rechtbank als het hof wezen de vordering van de stichting af. De constructie van een cv zou volgens de feitenrechtters meebrengen dat de commanditaire vennoten in feite slechts geldschietters zijn. Een cv neemt deel aan het rechtsverkeer door haar beherend vennoot. De CV kan zich er achteraf niet op beroepen dat de door haar (vertegenwoordigd door haar beherend vennoot) gekozen koers in strijd zou zijn geweest met haar belangen.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en overweegt dat het belang van de CV bestaat in het gezamenlijke belang van de vennoten, dus zowel de beherend als de commanditaire vennoten. Een redelijk handelend en bekwaam advocaat die een cv adviseert, dient zich te richten naar dat gezamenlijke belang. Indien voor de advocaat kenbaar is dat bij (het onderwerp van) zijn advies tegenstrijdige belangen van de vennoten betrokken zijn, dient hij hiermee bij zijn advisering rekening te houden. Het hof heeft de wijze van advisering niet beoordeeld aan de hand van deze maatstaf.

Uitspraak hof Den Haag 6 juli 2021

Na verwijzing door de Hoge Raad heeft de stichting bij het hof Den Haag gevorderd dat het vonnis van de rechtbank alsnog wordt vernietigd en dat haar vordering op Lexence alsnog wordt toegewezen. Het hof overweegt en beslist als volgt.

Normschending

Gelet op het feit dat in 2003 door Lexence geconcludeerd was dat het prospectus onjuist was en dat het beroep tegen de herroeping van de bouwvergunning slechts geringe kans van slagen had, overweegt het hof dat het op dat moment duidelijk was dat sprake was van een tegenstrijdig belang tussen de beherend vennoot enerzijds en de commandieten anderzijds. Op basis van de door Lexence gegeven adviezen is een moeizaam bestuursrechtelijk traject gestart, zonder dat Lexence de commandieten heeft geïnformeerd over de voor- en nadelen van deze beslissing. Uit de met EAIG gevoerde correspondentie blijkt verder dat de reden voor deze procedures met name lag in het afleiden van aansprakelijkheid en tijdrekken. Gelet hierop moet worden geoordeeld dat Lexence ernstig is tekortgeschoten in de advisering aan de CV: haar advisering diende niet de belangen van de gezamenlijke vennoten, maar slechts die van EAIG. Door de adviezen van Lexence zijn de beleggers in het project doelbewust misleid. Hierdoor is sprake van ernstig verwijtbaar handelen van Lexence jegens de CV en haar commandieten.

Verval en verjaring

Lexence heeft betoogd dat de vordering van de stichting verjaard is, omdat de CV en de commandieten er al in 2003, en uiterlijk in 2005, mee bekend waren dat de kans op het alsnog verkrijgen van een bouwvergunning gering was en dat er een fout in de prospectus zat. Het hof verwerpt dit verweer omdat Lexence blijkens haar eigen advisering in 2005 nog ervan uitging dat de commandieten juist *niet* op de hoogte waren van een fout in de prospectus. De verjaring is pas gaan lopen in 2008, toen de participanten via de nieuwe beherend vennoot (na het faillissement van EAIG) de beschikking hadden gekregen over de dossiers van de CV. Bovendien kan Lexence zich niet beroepen op het feit dat de CV zelf al die tijd op de hoogte

was van de feitelijke situatie. Nu vaststaat dat Lexence de belangen van de gezamenlijke vennoten heeft miskend, kan de wetenschap van EAIG – wier belangen strijdig waren met die van de gezamenlijke vennoten – van het onrechtmatig handelen van Lexence niet gelden als wetenschap van de CV.

Een beroep op de algemene voorwaarden van Lexence waarin een verjaringstermijn van één jaar is opgenomen, wordt door het hof wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid afgewezen.

Eigen schuld

Lexence heeft voorts een beroep gedaan op eigen schuld van de participanten en/of de stichting, omdat de CV de keuzes voor de ontwikkeling van het project heeft gemaakt. De gevolgen van die keuzes hebben de participanten als vennoten in de CV zelf te dragen. Het hof verwerpt dit beroep omdat de mogelijke aansprakelijkheid en schadeplichtigheid van andere partijen die van Lexence onverlet laat.

Causaal verband en schadebegroting

Volgens de stichting is de schade ontstaan doordat de CV op advies van Lexence een nutteloze en kostbare bestuursrechtelijke procedure tegen het herroepingsbesluit heeft gevoerd, die alleen de belangen van EAIG diende. Lexence stelt juist dat de commandieten machteloos waren tegenover de CV. Zij waren bekend met de CV-overeenkomst, waaruit volgt dat de volledige zeggenschap binnen de CV aan de beherend vennoot was overgelaten en dat men niet bij machte was deze te benoemen of te ontslaan. Ook kan niet de conclusie worden getrokken dat nodeloos is geprocedeerd, omdat dit een afweging vergt van de aan een procedure verbonden voor- en nadelen.

Volgens het hof is in het kader van het causaal verband de vraag relevant wat de commandieten zouden hebben kunnen doen en zouden hebben gedaan, als zij kort na het advies van 2003 juist en volledig in kennis waren gesteld van het feit dat het prospectus bij de uitgifte al onjuistheden bevatte en dat het beroep tegen het herroepingsbesluit van de gemeente slechts geringe kans van slagen had. Dat betekent dat de genoemde hypothetische situatie van 2003 maatgevend is voor het al dan niet bestaan van causaal verband, niet de hypothetische situaties dan wel de feitelijke ontwikkelingen in de jaren erna.

Het hof wil zich hieromtrent, evenals met betrekking tot elementen van de schadebegroting, nader door partijen laten inlichten en gelast een comparitie van partijen.

S.L. Haanschoten, november 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-07-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1385

Zaaknummer: 200.269.425-02

Rechters: P.M. Verbeek, M.J. van der Ven en A.J. Swelheim

Advocaten: J. Blaak en D.M. de Knijff

Wetsartikelen: 19 WvK, 20 WvK, 6:162 BW, 3:310 BW, 6:89 BW en 6:101 BW

RECHTSPRAAK

Nutritivum/Nutrisound

Twee aandeelhouders participeren in een besloten vennootschap, waarbij de ene aandeelhouder indirect participeert via de andere aandeelhouder. Volgens de ene aandeelhouder weigert de andere aandeelhouder in weerwil van tussen hen gemaakte afspraken de aandelen over te dragen en zij beroept zich derhalve op ontbinding. De rechtbank beoordeelt de afspraken en wijst de vordering toe. Voor aanvullende schadevergoeding is echter geen plaats.

Nutritivum LLC ('Nutritivum') en Nutrisound B.V. ('Nutrisound') zijn aandeelhouders in Dutch Nutrition Holding B.V. ('DNH'). Medeaandeelhouders zijn Fier Investments B.V. ('Fier') voor 25% en Joannusmolen Investments B.V. ('Joannusmolen') voor 4%.

Nutritivum wil in de opstartfase van DNH niet als UBO in het handelsregister worden weergegeven, waardoor zij met Nutrisound afsprekt, via Nutrisound, kapitaal te verschaffen aan DNH met een (optie)recht om haar aandelenbelang in DNH in de toekomst uit te breiden tot 46%. Partijen wisselen hierover diverse e-mails, maar komen niet tot een ondertekende overeenkomst. Op een gegeven moment maakt Nutritivum € 1.056.000 over aan Nutrisound, welk bedrag wordt doorgestort aan DNH. Nutrisound weigert op een later verzoek van Nutritivum de aandelen over te dragen. Nutritivum legt de zaak aan de rechtbank voor.

De rechtbank beoordeelt de afspraken en de daaraan verbonden rechtsgevolgen aan de hand van hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij zijn volgens de rechtbank alle concrete omstandigheden van belang, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. De rechtbank acht de taalkundige betekenis van de bewoordingen in tussen partijen gewisselde e-mails niet beslissend, maar wel van groot belang.

Aan de hand van de e-mailberichten stelt de rechtbank vast dat sprake is van wederkerige afspraken. Nutritivum heeft de € 1.056.000 overgemaakt en heeft daarmee corresponderend recht om op een door haar gewenst moment een deel van de aandelen in

DNH te verwerven. Het verweer van Nutrisound dat haar medeaandeelhouders een voorkeursrecht hebben, waardoor zij zonder medewerking de aandelen niet kan overdragen, wordt gepasseerd. Nutrisound heeft zich volgens de rechtbank onvoldoende ingespannen de medewerking van de medeaandeelhouders te verkrijgen. Aangezien Nutrisound verzuimd heeft voorvoemde afspraak na te komen, was Nutritivum gerechtigd de overeenkomst te ontbinden. De vordering tot terugbetaling van € 1.056.000 wordt dan ook toegewezen. Voor schadevergoeding, bestaande uit een positief verschil tussen de waarde van de over te dragen aandelen en het bedrag van € 1.056.000, is volgens de rechtbank geen aanleiding, omdat Nutritivum daarvoor te weinig heeft gesteld.

B.J. Hermans, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 08-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:3501

Zaaknummer: C/08/251025 / HA ZA 20-276

Rechters: E.C. Rozeboom, A.M. Koene en J.N. Bartels

Advocaten: P.G.M. Brouwer, G. Beurskens, M.J. Ubbens en Z. Jurdik-Kliment

Wetsartikelen: 6:265 BW, 6:271 BW en 6:277 BW

RECHTSPRAAK

Enquête De Kleinste Reus B.V.

OK; enquête. In deze zaak is de verhouding tussen de twee bestuurders van een vennootschap verstoord. De OK oordeelt dat geen reëel vooruitzicht bestaat op herstel van een effectieve samenwerking tussen de bestuurders. De verstoorde verhouding tussen de bestuurders heeft daarmee in de praktijk een verlamrend effect op de onderneming. Dat leidt tot een feitelijke impasse in het bestuur. De OK wijst het enquêteverzoek toe en gelast een onderzoek. Als onmiddellijke voorziening benoemt de OK een derde bestuurder en draagt zij de aandelen – met uitzondering van één aandeel voor ieder van de aandeelhouders – over ten titel van beheer aan een door haar nog te benoemen beheerder.

De Kleinste Reus B.V. ('De Kleinste Reus') is een kleinschalige organisatie die in Amsterdam kinderopvang en een voorschool verzorgt. De Kleinste Reus is in 2013, mede door DGA-1, opgericht als stichting. DGA-1 werd toen bestuurder van De Kleinste Reus. Sinds 2015 werkt DGA-2 bij De Kleinste Reus, eerst in de functie van pedagogisch medewerker en sinds mei 2016 als adjunct-directeur. De Kleinste Reus is in 2019 omgezet in een besloten vennootschap, waarvan DGA-1 en DGA-2 de bestuurders zijn. DGA-1 en DGA-2 zijn bovendien ieder voor 50% indirect aandeelhouder, DGA-1 middels haar persoonlijke vennootschap FFVF Holdings B.V. ('FFVF Holdings') en DGA-2 middels haar persoonlijke vennootschap Tweede B5 Holdings B.V. ('Tweede B5 Holdings').

Sinds medio 2020 zijn de verhoudingen tussen de bestuurders van De Kleinste Reus, DGA-1 en DGA-2, ernstig verslechterd. Een belangrijke oorzaak hiervan is een onaangekondigd inspectiebezoek van de GGD dat in september 2020 heeft plaatsgevonden ('het Inspectiebezoek'). DGA-1 was bij het Inspectiebezoek aanwezig en zij heeft daarbij op het laatste moment een medewerkster, die aanwezig was om administratieve werkzaamheden te verrichten, ingezet op de peutergroep. Hierna verslechterde de verstandhouding tussen DGA-1

en DGA-2. Onderlinge gesprekken en mediation hebben hierbij niet mogen baten.

Tweede B5 Holdings verzoekt de OK een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van De Kleinste Reus en om als onmiddellijke voorzieningen voor de duur van de procedure te besluiten DGA-1 te schorsen als bestuurder van De Kleinste Reus, het stemrecht van FFVF Holdings in de algemene vergadering te schorsen en een onafhankelijke evaluator te benoemen die de opdracht krijgt de waarde van de onderneming van de vennootschap op objectieve en onafhankelijke wijze vast te stellen.

Tweede B5 Holdings heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat sprake zou zijn van disfunctioneren van DGA-1, blijkend uit gebrek aan integriteit en professionaliteit. Illustratief hiervoor zou het handelen van DGA-1 tijdens het Inspectiebezoek zijn, waarbij zij een onjuiste voorstelling van zaken aan de inspectie heeft gegeven door voor te wenden dat op de peutergroep een bevoegde medewerkster stond, die echter nooit op de peutergroep staat, maar snel met een medewerkster is verwisseld om de onjuiste situatie te camoufleren. Vervolgens zou DGA-1 vervalste schriftelijke stukken hebben gemaakt om dit verzinsel te onderbouwen.

De Kleinste Reus, FFVF Holdings en DGA-1 (samen: 'De Kleinste Reus c.s.') hebben gemotiveerd verweer gevoerd tegen de verzoeken van Tweede B5 Holdings en hebben daarnaast een zelfstandig tegenverzoek gedaan en gesteld dat DGA-2 zich niet meer naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming richt en dat de toestand van de vennootschap nodig maakt dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen, waaronder de benoeming van een derde onafhankelijke bestuurder tot derde bestuurder van De Kleinste Reus.

De OK overweegt dat sprake is van een vertrouwenscrisis tussen bestuurders, die onoplosbaar is gebleken en een verlamdend effect heeft op de onderneming. Dit leidt tot een feitelijke impasse in het bestuur, waarvan het noodzakelijk is dat deze wordt opgelost. De verstoorde verhouding tussen DGA-1 en DGA-2 geeft dus gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

Volgens de OK is niet gesteld of gebleken dat de impasse in het bestuur in overwegende mate aan DGA-1 te wijten is. Het door verzoekster geschetste beeld van DGA-1 als een incompetente en onprofessionele bestuurder wordt weerlegd door in het geding gebrachte verklaringen van gelieerde partijen die DGA-1 beschrijven als een kundig en professioneel bestuurder die door hen wordt gesteund. Wat betreft het inspectiebezoek geldt dat onvoldoende grond aanwezig is om aan te nemen dat DGA-1 niet integer heeft gehandeld. De overige klachten van DGA-2 geven evenmin twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

Wat betreft de klachten van De Kleinste Reus c.s. overweegt de OK het volgende. DGA-2 heeft geweigerd een *Letter of Representation* van een accountant te ondertekenen, waardoor de jaarrekening van De Kleinste Reus niet kon worden afgerond. De OK betwijfelt dat DGA-2 hier gegronde redenen voor had. Dit leidt tot gegronde twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Deze twijfel wordt versterkt door het feit dat DGA-2 afwijzend heeft gereageerd op een mogelijke investering door De Kleinste Reus voor airconditioning in 2021, omdat hij meende dat dit geld nodig was voor zijn eigen transitievergoeding. Hierdoor valt in redelijkheid te betwijfelen of hij als bestuurder uitsluitend het belang van de vennootschap voor ogen heeft gehad.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van De Kleinste Reus vanaf de datum van omzetting van de Stichting De Kleinste Reus in een besloten vennootschap. Ook is de OK van oordeel dat de toestand van De Kleinste Reus het nodig maakt om enkele onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zij zal daarom een derde als bestuurder van De Kleinste Reus benoemen aan wie in het bestuur van De Kleinste Reus een beslissende stem toekomt. Ook ziet de OK aanleiding de aandelen in De Kleinste Reus, met uitzondering van één aandeel voor ieder van de aandeelhouders, ten titel van beheer over te dragen aan een door haar te benoemen beheerder.

C.N. Perrick, oktober 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-08-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:2366

Zaaknummer: 200.294.412/01OK

Rechters: A.J. Wolfs, C.C. Meijer, M.P. Nieuwe Weme, J.S.T. Tiemstra en C. Smits-Nusteling RC

Advocaten: R.E. Gerritsen en W.A. Westenbroek

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

RECHTSPRAAK

D+F Coatings B.V./Paintbroker B.V.

In deze procedure verklaart de rechtbank een geturboliquideerde vennootschap failliet. De jaarrekeningen over 2017 en 2018 zijn niet (tijdig) gedeponereerd, zodat er mogelijk een bate is in de vorm van een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Ook aan de (overige) voorwaarden voor de faillietverklaring is voldaan.

D+F Coatings B.V. ('D+F Coatings') heeft het faillissement aangevraagd van Paintbroker B.V. ('Paintbroker'), een vennootschap die is geturboliquideerd (art. 2:19 lid 4 BW). Partijen hebben voorafgaand aan de turboliquidatie afspraken gemaakt over betaling van de vorderingen van D+F Coatings. Paintbroker heeft in dat kader een pandrecht gevestigd ten gunste van D+F Coatings op haar debiteuren en D+F Coatings heeft roerende zaken overgenomen. De koopprijs voor de roerende zaken en de geïnde debiteuren zijn telkens verrekend, aldus D+F Coatings. Ook na deze verrekeningen resteert nog een vordering. Paintbroker betwist deze vordering en stelt een tegenvordering te hebben die ongeveer even hoog is als de vordering van D+F Coatings. Ook stelt (de voormalig bestuurder van) Paintbroker geen baten meer te hebben, zodat zij is opgehouden te bestaan en daarom niet failliet verklaard kan worden.

Naar het oordeel van de rechtbank is summierlijk gebleken dat de vennootschap nog baten heeft. Omdat de jaarrekeningen over 2017 en 2018 niet (tijdig) zijn gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel, is er mogelijk een vordering op de bestuurder uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtbank oordeelt verder dat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van D+F Coatings. Paintbroker heeft de vordering van D+F Coatings onvoldoende gemotiveerd betwist en de door haar gestelde tegenvordering onvoldoende onderbouwd. Nu ook sprake is van pluraliteit van schuldeisers en Paintbroker ook overigens verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen, spreekt de rechtbank het faillissement uit.

H.J. de Kloe, november 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:10184

Zaaknummer: 623992 / FT RK 21-278

Rechters: W.J. Roos-van Toor

Advocaten: P.M. Jongeling

Wetsartikelen: 2:19 lid 4 BW en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurders ROKZ Groep B.V./AIG Europe S.A.

De vraag die aan de orde is in deze uitspraak, is of de D&O-verzekeraar verplicht is uit te keren onder de verzekering. De bestuurders van een failliet verklaarde vennootschap hebben met de curator een vaststellingsovereenkomst gesloten, omdat de curator meende dat de bestuurders aansprakelijk waren voor het faillissementstekort van ongeveer € 3 miljoen. Voor de hoogte van het schikkingsbedrag is aangesloten bij een uitkering aan de gewezen bestuurders van (ongeveer) € 300.000 met omschrijving ‘het harde werken/verhoging management fee’. De verzekeraar weigert dit bedrag uit te keren onder de verzekering, omdat de bestuurders bevoordeeld zouden zijn door de uitkering voor ‘het harde werken’. De rechtbank oordeelt dat de verzekeraar moet uitkeren. Voor de hoogte van het bedrag is weliswaar aangesloten bij de uitkering voor ‘het harde werken’, maar de schikking betreft een all-in afkoopsom ter beëindiging van alle uiteenlopende geschillen tussen de curator en de bestuurders.

In deze uitspraak gaat het om de vraag of een verzekeraar onder een aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders gehouden is uitkering te doen aan gewezen bestuurders tot het bedrag waarvoor deze bestuurders aansprakelijk zijn op grond van een schikking met de curator in het faillissement van vennootschappen die zij bestuurden. Eisers (de gewezen bestuurders) stellen dat aan alle voorwaarden voor uitkering is voldaan. Gedaagde (de verzekeraar) weigert uitkering met een beroep op een uitsluitingsclausule en het indenniteitsbeginsel.

Feiten

ROKZ Groep B.V. ('ROKZ') heeft per 1 juni 2017 bij AIG Europe S.A. ('AIG') een

aansprakelijkheidsverzekering afgesloten voor bestuurders, commissarissen en toezichthouders. De gewezen bestuurders waren bestuurder en (indirect) aandeelhouder van ROKZ en haar dochtervennootschappen en vielen onder de polis. Op 3 april 2018 zijn ROKZ en haar dochtervennootschappen in staat van faillissement verklaard. De curator heeft op grond van zijn onderzoek geconcludeerd dat de gewezen bestuurders wegens onbehoorlijk bestuur aansprakelijk zijn voor het gehele tekort in faillissement (ca. € 3 miljoen).

In verband met een schikkingsonderhandeling met de curator, heeft de advocaat van de gewezen bestuurders een memo voor de verzekeraar opgesteld waarin op de verwijten van de curator wordt ingegaan en deze worden afgewezen. Voor het schikkingsbedrag wordt aansluiting gezocht bij de hoogte van een uitkering aan de gewezen bestuurders voor '*het harde werken/verhoging management fee*' – een bedrag van ca. € 300.000.

De verzekeraar reageert dat een schikking ook de voorkeur van de verzekeraar geniet, maar dat terugvordering van de uitkering voor '*het harde werken*' buiten de dekking valt en dat het de vraag is of een dergelijke schikking onder de polis is gedekt. Met die kanttekening heeft de verzekeraar geen bezwaar tegen een schikking van maximaal € 300.000.

Voorts hebben de gewezen bestuurders een vaststellingsovereenkomst gesloten met de curator waarin zij opsommen welke geschilpunten de curator heeft opgeworpen en de vorderingen die de gewezen bestuurders ter verificatie hebben ingediend. Tegen betaling van € 300.000 door de gewezen bestuurders aan de curator verlenen partijen elkaar over en weer finale kwijting.

Stellingen van partijen

De gewezen bestuurders vorderen nakoming van de verzekeringsovereenkomst en stellen dat de schikking met instemming van de verzekeraar tot stand is gekomen.

De verzekeraar weigert uitkering onder de polis en verweert zich met een beroep op de dekkingsuitsluiting in de polisvoorwaarde en beroept zich daarnaast op het indemniteitsbeginsel. De verzekeraar stelt dat de uitkering voor '*het harde werken*' een voordeel opleverde waartoe de gewezen bestuurders wettelijk niet gerechtigd waren en dat als zodanig de daardoor veroorzaakte betalingsverplichting op grond van de schikking een claim is die voortvloeit uit een vergoeding waarop zij geen recht hadden. Artikel 7:944 en 7:960 BW (indemniteitsbeginsel) staan volgens de verzekeraar aan uitkering in de weg, omdat de gewezen bestuurders daarmee in een duidelijk voordeliger positie zouden geraken.

Beoordeling

De gewezen bestuurders hebben onweersproken gesteld dat de schikking met instemming van de verzekeraar tot stand is gekomen.

De rechtbank stelt voorop dat het schikkingsbedrag niet voortvloeit uit een specifieke claim (zoals de verzekeraar hiervoor stelt), maar uit een alle geschilpunten omvattende vaststellingsovereenkomst. De rechtbank oordeelt dat de betalingsverplichting die uit de vaststellingsovereenkomst voortvloeit ook niet kan worden gelijkgesteld aan een dergelijke claim. De betalingsverplichting op grond van de schikking is een totaalbedrag en specificceert niet nader voor welke geschilpunten dit een vergoeding betreft. Dat voor de bepaling van de hoogte van het schikkingsbedrag aansluiting is gezocht bij de omvang van één component (de vergoeding voor ‘het harde werken’) maakt dat niet anders. De rechtbank benadrukt dat de schikking een all-in afkoopsom ter beëindiging van alle uiteenlopende geschillen tussen de curator en de gewezen bestuurders betreft.

Het beroep van de verzekeraar op het indenniteitsbeginsel faalt. Niet kan worden vastgesteld dat de gewezen bestuurders door de schikking een (veel) geringere vermogensschade hebben geleden, dan het bedrag van de schikking. Derhalve is niet gebleken dat een uitbetaling van de verzekeraar ter grootte van het schikkingsbedrag de gewezen bestuurders in een duidelijk voordeliger positie zou brengen.

D.R.C. Smit, oktober 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:10335

Zaaknummer: C/10/616989 / HA ZA 21-354

Rechters: A.J.P. van Essen

Advocaten: O.J.W. Reijnders, F. van der Woude en H. Kleijn

Wetsartikelen: 7:944 BW en 7:960 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder Lyempf B.V./Meulenberg q.q.

De curator spreekt de gewezen bestuurder van een failliete vennootschap aan op grond van artikel 2:248 BW. Het hof oordeelt dat de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW is geschonden, zodat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW kennelijk onbehoorlijke taakvervulling vaststaat en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De voormalig bestuurder heeft een aantal omstandigheden aangevoerd die een belangrijke oorzaak zouden zijn van het faillissement. Het hof oordeelt dat het bewijsvermoeden hiermee niet is weerlegd, omdat niet aannemelijk is gemaakt dat de aangevoerde omstandigheden een belangrijke oorzaak waren van het faillissement. Volgens het hof is juist aannemelijk dat keuzes van de voormalig bestuurder tot het faillissement hebben geleid. In een wenk onder de samenvatting wordt een kanttekening geplaatst bij die laatste overweging, mede naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 9 juli jl. over artikel 2:248 lid 2 BW (ECLI:NL:HR:2021:1099).

In deze procedure gaat het om de aansprakelijkheid van de voormalig bestuurder van Lyempf B.V. ('Lyempf'). De curator heeft hem op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. De rechtbank wijst de vordering van de curator toe. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

In navolging van de curator en de rechtbank stelt het hof vast dat de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) is geschonden. Dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld is daarmee een gegeven. De onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.

Ter weerlegging van het bewijsvermoeden voert de bestuurder *andere feiten en*

omstandigheden aan die tezamen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Hij voert onder andere aan dat de financiële positie van Lyempf bij zijn aantreden al deplorabel was en dat melkcontracten die zijn voorgangers hadden afgesloten als een molensteen om de nek van het bedrijf hingen. Bovendien stagneerde de verkoop van melkpoeder en bleek een nieuw project niet levensvatbaar te zijn.

Het hof overweegt dat de voormalig bestuurder niet aannemelijk heeft kunnen maken dat de aangevoerde omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Vervolgens overweegt het hof dat het aannemelijk is dat de keuzes die de voormalig bestuurder zelf heeft gemaakt, tot het faillissement hebben geleid. Aan die overweging liggen (gedeeltelijk) dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag. Het lijkt erop dat het hof de bestuurder verwijt dat hij heeft nagelaten in te grijpen met betrekking tot de gestelde feiten en omstandigheden. Het hof concludeert dat het bestreden vonnis wordt bekrachtigd.

Wenk

Bij de motivering van het hof past een kanttekening. Vaststaat dat het hof de keuzes van de voormalig bestuurder – naast schending van de boekhoudplicht – als belangrijke oorzaak van het faillissement ziet. Het valt op dat het hof niet expliciet overweegt of die keuzes op zichzelf kennelijk onbehoorlijke taakvervulling opleveren. Die kwalificatie is wel relevant. Indien het handelen/nalaten van de bestuurder niet als kennelijk onbehoorlijk bestuur kwalificeert, keert de bewijslast immers terug bij de curator. Hij moet dan aannemelijk maken dat desondanks sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dat kennelijk onbehoorlijke bestuur moet naast de schending van de administratieplicht een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099 (zie OR 2021-0260) onderstreept dat ook het eigen handelen of nalaten van een bestuurder dat op zichzelf geen kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert, kan worden aangevoerd ter weerlegging van het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. Het hof had daarom niet kunnen volstaan met het enkel opsommen van de feiten en omstandigheden en de bijbehorende keuzes van de bestuurder, maar had het handelen/nalaten vervolgens ook moeten kwalificeren. Hoewel dat de uitkomst van de zaak wellicht niet anders had gemaakt, was daarmee wel recht gedaan aan de structuur en de nuance die bij toepassing van artikel 2:248 BW past.

S.W.M. Kessels, november 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:9821

Zaaknummer: 200.276.175/01

Rechters: M.W. Zandbergen, M. Willemse en A.L. Goederee

Advocaten: J. Hemelaar en M.A. Kerkdijk

Wetsartikelen: 2:10 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Commanditaire vennoot aansprakelijk voor schulden C.V. De Holm

Een commanditaire vennoot heeft het beheersverbod overtreden door de cv te vertegenwoordigen. Dit leidt ertoe dat de commanditaire vennoot hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van de cv jegens de wederpartij.

De Holm is een cv met één beherend vennoot en één commanditaire vennoot. Zowel de cv als beide vennoten zijn appellant in het hoger beroep.

Geïntimeerde en De Holm hebben jarenlang Friese veulens en paarden ingekocht en aan derden verkocht, waarbij de winst werd verdeeld. Vanwege de aankoop van veulens voor een derde heeft geïntimeerde in twee tranches een bedrag overgemaakt naar De Holm onder vermelding van 'veulens Mexico'. Een jaar later heeft hij per brief aan De Holm en haar vennoten laten weten het bedrag terug te willen ontvangen als de veulens niet zouden worden geleverd.

De vennoten van De Holm hebben het bedrag, tezamen met andere door geïntimeerde gedane betalingen, verrekend met een vordering die zij zeggen te hebben op geïntimeerde. Zij stellen nog een restvordering op geïntimeerde te hebben openstaan.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de betalingen door geïntimeerde onverschuldigd hebben plaatsgevonden. Het beroep op verrekening door de vennoten van De Holm is verworpen omdat hun openstaande vorderingen niet zijn komen vast te staan. De vennoten van De Holm zijn vervolgens hoofdelijk veroordeeld het bedrag van € 88.000 aan geïntimeerde terug te betalen. Zij stellen hiertegen hoger beroep in.

Het hof stelt vast dat tegen het oordeel dat de overeenkomst tot levering van de veulens voor Mexico niet is komen vast te staan, geen tussentijds hoger beroep is ingesteld, zodat dit vaststaat. Verrekening van de vordering van de vennoten uit hoofde van die overeenkomst met hun schuld uit die overeenkomst is dan ook niet mogelijk. Volgens het hof willen de vennoten van De Holm bewerkstelligen dat de betalingen van geïntimeerde worden

aangemerkt als betaling op de beweerdelijk openstaande facturen van de vennoten van De Holm. Die vorderingen zijn in hoger beroep echter ook niet vastgesteld, zodat het beroep op verrekening in hoger beroep ook wordt verworpen.

De vennoten van De Holm zijn van mening dat de commanditaire vennoot ten onrechte is veroordeeld om het bedrag terug te betalen, omdat hij geen partij is bij de overeenkomst met geïntimeerde en hij ook geen beheershandelingen heeft uitgevoerd.

Het hof wijst erop dat uit de overgelegde stukken blijkt dat het contact tussen geïntimeerde en De Holm altijd via de commanditaire vennoot verliep. De Holm aanvaarde de betalingen en heeft ook nimmer te kennen gegeven dat de commanditaire vennoot haar niet mocht vertegenwoordigen. Omdat de commanditaire vennoot in hoger beroep zonder onderbouwing zijn handelen ontkent, wordt die betwisting gepasseerd en stelt het hof vast dat sprake is van overtreding van het beheersverbod van artikel 20 lid 2 WvK. Op grond van artikel 21 WvK is de commanditaire vennoot dan ook hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van De Holm.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

J.W.P. Tulfer, oktober 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-08-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:8324

Zaaknummer: 200.273.183/01

Rechters: I. Tubben, M.W. Zandbergen en J. Smit

Advocaten: S.A. Wensing en A.J. Roos

Wetsartikelen: 21 WvK en 22 lid 2 WvK