

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 22, 2021

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:2120](#) 02-11-2021

Ten Berge q.q./Van den Heuvel Holding B.V. c.s. en Van Nuland Beleggingen B.V. c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:3232](#) 21-10-2021

Enquête vennootschap in shipping services

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:3150](#) 19-10-2021

OOO Promneftstroy/Yukos Capital Limited en Financial Performance Holdings B.V. (bevoegdheidsverweer)

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1792](#) 05-10-2021

Borgsteller Alpa-groep/Coöperatieve Rabobank U.A.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:2592](#) 24-08-2021

Schadeloosstellingsprocedure Conservatrix

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:13204](#) 29-11-2021

Vereffening Hops VD Vastgoed B.V.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:10713](#) 28-09-2021

Arkelhof Investments B.V. c.s./Bestuurders en CFO New Storage Europe B.V.

RECHTSPRAAK

Arkelhof Investments B.V. c.s./Bestuurders en CFO New Storage Europe B.V.

Een verkoper stelt na een overnamegeschil en faillissement van de koper, de bestuurders van de koper aansprakelijk vanwege een onterecht beroep op verrekening in verband met een schending van de balansgarantie. De rechtbank wijst de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid af, omdat de bestuurders zich in de gegeven omstandigheden namens de koper op verrekening konden beroepen. Voor de aansprakelijkheid van de CFO (niet zijnde bestuurder), voor het verstrekken van de informatie aan de bestuurders waarop zij de schending van de balansgarantie baseerden, bestaat naar het oordeel van de rechtbank geen grondslag.

Arkelhof Investments B.V. ('de Verkoper') sluit met het Noorse New Store Europe AS ('de Koper') een koopovereenkomst voor de verkoop van de aandelen in het kapitaal van Shopex B.V., later genaamd: New Storage Europe B.V. ('de Vennootschap'). In de koopovereenkomst is ten behoeve van de Koper een garantie opgenomen dat de geconsolideerde balans en resultatenrekening van de Vennootschap zijn opgesteld in overeenstemming met de Nederlandse richtlijnen voor de jaarrekeningverslaggeving en een getrouw beeld geven van de financiële positie en resultaten van de Vennootschap. De Verkoper enerzijds en de Koper en de Vennootschap anderzijds sluiten leningsovereenkomsten voor het deel van de koopsom dat schuldig is gebleven.

Op enig moment stelt de Koper zich op het standpunt dat de garanties in de koopovereenkomst zijn geschonden door de Verkoper. Als gevolg daarvan doet de Koper een beroep op verrekening van de schade met de bedragen die de Koper en de Vennootschap uit hoofde van de leningen aan de Verkoper verschuldigd zijn. Tevens begint de Koper een arbitrageprocedure tegen de Verkoper. De Koper heeft haar stellingen onderbouwd met een onderzoeks- en schaderapport van externe deskundigen.

De Koper en de Vennootschap zijn gedurende de arbitrageprocedure failliet verklaard. De Verkoper bereikt met de curator overeenstemming over een schikking ter beëindiging van de arbitrageprocedure. Door het faillissement kan de Verkoper zijn vordering uit hoofde van de leningen niet meer verhalen op de Koper en/of de Vennootschap. Daarom stelt de Verkoper onder meer gedaagden als bestuurders en de (interim) CFO van de Koper ('de Bestuurders' en 'CFO') aansprakelijk voor de door de Verkoper geleden schade. De Verkoper stelt dat de Bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld door namens de Koper ten onrechte een beroep te doen op verrekening wegens vermeende schending van de garanties in de koopovereenkomst.

De rechtbank

De rechtbank oordeelt dat het beroep op verrekening door de Bestuurders in de gegeven omstandigheden niet zodanig onzorgvuldig was, dat hen daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Volgens de rechtbank zijn de Bestuurders niet aansprakelijk, nu zij op het moment van het beroep op verrekening goede gronden hadden om aan te nemen dat de garantie daadwerkelijk door de Verkoper was geschonden. Dat het beroep op verrekening niet uit de lucht was gegrepen, is later bevestigd door extern onderzoek. De rechtbank neemt verder in aanmerking dat de leningen van de Verkoper (nog) niet opeisbaar waren, zodat de Koper en de Vennootschap ook zonder het (aan de Bestuurders verweten) beroep op verrekening niet tot betaling van rente en aflossingen waren overgegaan.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van de (interim) CFO en zijn management-bv oordeelt de rechtbank dat zij niet aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het feit dat zij aan het bestuur van de Koper informatie hebben verschaft over de vermeende garantie-inbreuk, waarop het beroep op verrekening is gebaseerd. Voor het gebruik van die informatie zijn enkel de Koper, de Vennootschap en mogelijk haar bestuurders verantwoordelijk, aldus de rechtbank. Dat de CFO registeraccountant is en in die hoedanigheid onderworpen is aan bepaalde gedragsregels, brengt hierin naar het oordeel van de rechtbank geen verandering.

De slotsom luidt dat de vorderingen van de Verkoper worden afgewezen.

M.C.J. Peeters, december 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 28-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:10713

Zaaknummer: C/09/585231/HA ZA 19-1284

Rechters: A.C. Bordes

Advocaten: J.C.J. Wouters, J.P.M. Borsboom, G. te Winkel en L.P. Schuttelaar

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Enquête vennootschap in shipping services

OK; enquête. Twee aandeelhouders zijn het niet eens over de manier waarop en de voorwaarden waaronder een vennootschap moet worden voorzien van noodzakelijke extra liquiditeit. De OK oordeelt dat er twijfel bestaat of het bestuur en de commissarissen van de vennootschap erin slagen om de belangen van de vennootschap en die van de respectievelijke aandeelhouders voldoende te scheiden. Als gevolg hiervan staat de continuïteit van de vennootschap op het spel. Dit alles levert, naar het voorlopige oordeel van de OK, gegronde redenen op om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. De OK treft onmiddellijke voorzieningen, maar gelast nog geen enquête. De OK zal een nadere datum bepalen voor de verdere behandeling van het verzoek een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap.

Achtergrond en feiten

Sogestran Shipping SAS ('Sogestran') is een rechtspersoon naar Frans recht. Sogestran en Arcoin B.V. ('Arcoin') zijn de enig aandeelhouders van een vennootschap die actief is in shipping services ten behoeve van chemische industrie ('de Vennootschap'). Sogestran houdt 64,74% van de aandelen in het kapitaal van de Vennootschap, Arcoin houdt 35,26% van de aandelen.

De onderneming van de Vennootschap is opgericht door leden van een rechtspersoon. Deze leden houden via een Italiaanse commanditaire vennootschap ('de CV') de aandelen in Arcoin. Arcoin heeft op een gegeven moment met Sogestran een Investment Agreement ('IA') gesloten en een Shareholders Agreement ('SHA'). Op grond van de IA koopt Sogestran stapsgewijs de aandelen van Arcoin in de Vennootschap, terwijl Sogestran ondertussen de aankoop door de Vennootschap van een andere onderneming financiert.

De enige bestuurder van de Vennootschap is tevens bestuurder van Arcoin en beherend vennoot van de CV ('de Bestuurder'). De Vennootschap heeft een raad van commissarissen ('RvC'), bestaande uit: twee op voordracht van Arcoin benoemde commissarissen en twee op voordracht van Sogestran benoemde commissarissen. Een van de op voordracht van Sogestran benoemde commissarissen is voorzitter van de RvC, met doorslaggevende stem bij het staken van stemmen. De op voordracht van Arcoin benoemde commissarissen hebben bij bepaalde besluiten een blokkerende stem.

De Vennootschap heeft als gevolg van COVID-19 en een gekaapt schip een aantal financiële tegenvallers te verwerken gehad. Als gevolg daarvan heeft de Vennootschap een dringend tekort aan liquiditeit. Zij is inmiddels ook in verzuim onder de financieringsovereenkomst met haar financier. Zowel Sogestran als Arcoin zijn overtuigd van de potentiële winstgevendheid van de Vennootschap, en van het feit dat de waarde van haar bezittingen het totaal van haar schulden ruimschoots overstijgt. Desondanks dreigt een faillissement. Arcoin is niet in staat om de Vennootschap van de benodigde liquiditeit te voorzien, Sogestran wel. Sogestran stelt daaraan wel enkele voorwaarden. Zij wil dat de Bestuurder aftreedt, dat er een onderzoek mag worden verricht naar de Vennootschap of verdere investeringen verantwoord zijn, en dat de IA en de SHA zodanig worden aangepast dat de door Sogestran te betalen koopprijs voor de resterende aandelen van Arcoin in het kapitaal van de Vennootschap lager wordt. Arcoin verzet zich tegen deze voorwaarden.

Oordeel OK

De Vennootschap kan Sogestran niet dwingen aanvullende financiering te verstrekken, en Sogestran is daartoe niet verplicht. De Vennootschap kan evenmin Arcoin dwingen om jegens Sogestran afstand te doen van haar rechten onder de IA en SHA. Ook Arcoin is daartoe niet verplicht. De verdeling van de zeggenschap tussen het bestuur en de RvC van de Vennootschap en het wantrouwen over en weer staan eraan in de weg dat een oplossing wordt gevonden voor het op korte termijn dreigende liquiditeitstekort van de Vennootschap. Daarbij betwijfelt de OK of het bestuur en de commissarissen van de Vennootschap het belang van Arcoin en Sogestran voldoende kunnen scheiden van het belang van de Vennootschap. De besluitvorming binnen de Vennootschap is daardoor onvoldoende gericht op het bestendige succes van de Vennootschap en de door haar gedreven onderneming. Als gevolg daarvan staat de continuïteit van de Vennootschap op het spel en dreigt zelfs een faillissement. Dit levert gegronde redenen op om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij de Vennootschap.

Deze omstandigheden maken ook een aantal onmiddellijke voorzieningen noodzakelijk, aldus de OK. De OK benoemt een bestuurder met beslissende stem en zelfstandige

vertegenwoordigingsbevoegdheid. De OK benoemt ook een commissaris met beslissende stem. Daarnaast bepaalt de OK dat in afwijking van de statuten van de Vennootschap, het blokkeringsrecht van de door Arcoin benoemde commissarissen niet zal gelden.

De OK zal een nadere datum bepalen voor de verdere behandeling van het verzoek een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken. Waar de OK normaal gesproken dit onderzoek beveelt, maar de aanwijzing van een onderzoeker aanhoudt, zal nu dus eerst een inhoudelijke behandeling moeten plaatsvinden over de vraag of er aanleiding bestaat een onderzoek te bevelen.

J. Wareman, december 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:3232

Zaaknummer: 200.300.839/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, C.C. Meijer, A.P. Wessels, M.J.R. Broekema en G. van Vollenhoven-Eikelenboom

Advocaten: M.V.A. Heuten, D.G.J. Heems, S.J. van Calker, R.G.J. de Haan, J.J. Bakker, N. Peters, D.C.J. Buskens, L.M. Kivits en T.J.A. Zuiderland

Wetsartikelen: 2:349a lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Schadeloosstellingsprocedure Conservatrix

OK; schadeloosstellingsprocedure. In deze procedure wordt de OK verzocht een aanvullende schadeloosstelling vast te stellen ten aanzien van de aandelen van een onderneming die wegens een probleem met de solvabiliteit van deze onderneming gedwongen zijn overgedragen aan een andere partij. De vraag die beantwoord moet worden, is of de waarde van deze aandelen op de peildatum wel of niet hoger was dan de prijs die ervoor betaald is. Om de waarde van de aandelen te bepalen in het scenario dat de onderneming zou zijn overgenomen door een ander bedrijf, gelast de OK een deskundigenbericht. Partijen worden in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de in dit kader aan de deskundigen te stellen vragen, evenals over de vraag wie als deskundigen zullen worden benoemd.

Het geschil

Conservatrix N.V. ('Conservatrix') oefende het bedrijf van levensverzekeraar uit. Alle aandelen in Conservatrix werden tot 15 mei 2017 gehouden door Conservatrix Groep S.A.R.L. ('Conservatrix Groep').

DNB oordeelde dat de solvabiliteit van Conservatrix tekortschoot. Daarom heeft de rechtbank Amsterdam op verzoek van DNB bij beschikking van 15 mei 2017 bepaald dat alle aandelen in Conservatrix worden overgedragen aan Trier Holding B.V. ('Trier') tegen betaling van € 1 (de 'Gedwongen Overdracht'). Het cassatieberoep dat Conservatrix Groep heeft ingesteld tegen de beschikking waarin de Gedwongen Overdracht is gelast, is door de Hoge Raad verworpen.

In deze procedure vordert Conservatrix Groep de OK op grond van artikel 3:159ab lid 1 Wft (oud) een aanvullende schadeloosstelling vast te stellen, omdat volgens haar de waarde van de aandelen in Conservatrix op 15 mei 2017 aanzienlijk hoger was dan de door Trier betaalde prijs van € 1. Conservatrix Groep verzoekt de OK een deskundigenbericht te bevelen aan de

hand waarvan de verschuldigde schadeloosstelling op het peiltijdstip bepaald kan worden op basis van de werkelijke waarde van de aandelen Conservatrix.

De Staat heeft gemotiveerd betwist dat de aandelen in Conservatrix op de peildatum meer waard zouden zijn dan € 1. Volgens de Staat is het enige in aanmerking te nemen toekomstperspectief van Conservatrix op de peildatum – geabstraheerd van de Gedwongen Overdracht – dat DNB de rechtbank zou hebben verzocht de noodregeling of het faillissement uit te spreken, waarna Conservatrix zou zijn gesaneerd of geliquideerd. In dat geval zou er geen enkele uitkering aan de aandeelhouder worden gedaan.

Beoordeling door de OK

De OK stelt voorop dat het uitgangspunt is dat Conservatrix Groep op grond van artikel 3:159ab lid 4 Wft juncto artikel 6:8 lid 2 en 6:9 Wft aanspraak heeft op vergoeding door de Staat van de werkelijke waarde van de aandelen van Conservatrix. Bij het bepalen daarvan moet worden uitgegaan van het te verwachten toekomstperspectief van Conservatrix in de situatie dat de Gedwongen Overdracht niet zou hebben plaatsgevonden. Het komt dan aan op de prijs die, gegeven het toekomstperspectief, op 15 mei 2017 tot stand zou zijn gekomen bij een veronderstelde vrije koop in het economische verkeer tussen Conservatrix Groep als redelijk handelende verkoper en een redelijk handelende koper.

Bij goedkeuring van de Gedwongen Overdracht heeft de rechtbank Amsterdam de tussen DNB en Trier overeengekomen prijs slechts in beperkte mate getoetst. In de onderhavige procedure heeft de OK de zelfstandige taak om de schadeloosstelling die aan Conservatrix toekomt, vast te stellen. Deze schadeloosstelling dient de OK zelf te onderzoeken, zonder daarbij gebonden te zijn aan standpunten van partijen.

De OK constateert dat er op de peildatum twee mogelijke toekomstscenario's waren voor Conservatrix. De eerste is discontinuïteit van Conservatrix als gevolg van toepassing van de noodregeling, dan wel faillissement op verzoek van DNB (het 'Liquidatiescenario'). Het tweede scenario is een overname van Conservatrix door een derde die het Liquidatiescenario voorkomt door de solvabiliteit van Conservatrix op het door DNB vereiste niveau te brengen en te houden (het 'Overnamescenario'). Conservatrix had nog een derde scenario geopperd, dat inhield dat zij op de peildatum zonder versterking van haar solvabiliteit haar onderneming had kunnen voortzetten. Dit scenario acht de OK met het oog op het solvabiliteitssaldo van Conservatrix echter irreëel.

Wat betreft het Liquidatiescenario oordeelt de OK dat in geval van discontinuïteit van Conservatrix en een daaropvolgende liquidatie niet kan worden aangenomen dat er enige uitkering aan de aandeelhouder zou worden gedaan, omdat er bij de liquidatie een tekort zal

ontstaan. Daarom zal in dit scenario een redelijk handelend koper niet bereid zijn om een hogere prijs voor de aandelen te betalen dan € 1.

Met betrekking tot het Overnamescenario heeft Conservatrix Groep gemotiveerd gesteld dat de door Trier betaalde prijs van € 1 de werkelijke waarde van de aandelen niet weerspiegelt. De Staat heeft dat weersproken. De OK gelast een deskundigenonderzoek ter beantwoording van de vraag naar de waarde van de aandelen in het kapitaal van Conservatrix per 15 mei 2017 in het Overnamescenario. De OK zal in dat kader aan drie deskundigen vragen of de aandelen op de peildatum een zodanige waarde vertegenwoordigden dat een redelijk handelend koper in het Overnamescenario bereid zou zijn een prijs te betalen die hoger is dan € 1, en als dat inderdaad het geval is, wat dan op de peildatum de werkelijke waarde van alle aandelen in Conservatrix was. De OK stelt partijen in de gelegenheid om zich uit te laten over deze vragen, evenals over de vraag wie als deskundigen zullen worden benoemd.

C.N. Perrick, december 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-08-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:2592

Zaaknummer: 200.218.242/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, J.S.T. Tiemstra RA en M.J.R. Broekema

Advocaten: J.C.J. Wouters, R.G.J. de Haan, S.R.F. Aarts en D.H. Tilanus

Wetsartikelen: 3:159ab lid 1 Wft (oud), 6:8 Wft en 6:9 Wft

RECHTSPRAAK

OOO Promneftstroy/Yukos Capital Limited en Financial Performance Holdings B.V. (bevoegdheidsverweer)

Yukos-zaak. Ter verhaal van vorderingen op een failliete Russische vennootschap wordt door twee schuldeisers conservatoir beslag gelegd op door deze vennootschap gehouden aandelen. De failliete Russische vennootschap houdt op te bestaan. Kan de eis in de hoofdzaak door de schuldeisers worden ingesteld en is de Nederlandse rechter vervolgens op grond van artikel 767 Rv bevoegd over de onderliggende aanspraken te oordelen? De tussengekomen verkrijger van de beslagen aandelen meent van niet. Het hof oordeelt – in lijn met een in tussentijdse cassatie gewezen arrest van de Hoge Raad – dat de tussengekomen partij als enig belanghebbende kan worden aangemerkt, ook al is zij slechts een pretens verkrijger. Door de betrokkenheid van de tussengekomen partij als enig belanghebbende in deze procedure, is de eis in de hoofdzaak ingesteld, waardoor het beslag naar het oordeel van het hof niet is komen te vervallen en de Nederlandse rechter bevoegd is.

Yukos Oil Corporation ('Yukos Oil') is in 2006 door de Russische rechter in staat van faillissement verklaard. Yukos Capital Limited ('Yukos Capital') en Financial Performance Holdings B.V. ('FPH') menen substantiële vorderingen op Yukos Oil te hebben en hebben conservatoir beslag gelegd op de aandelen in het geplaatste kapitaal van een dochteronderneming van Yukos Oil, Yukos Finance B.V. ('Yukos Finance'). OOO Promneftstroy ('Promneftstroy') meent dat zij rechthebbende ten aanzien van de aandelen Yukos Finance is geworden, omdat de Russische curator deze aan haar heeft verkocht en leveringshandelingen heeft verricht. Yukos Oil is opgehouden te bestaan.

In deze appelprocedure staat de vraag centraal of Yukos Capital en FPH tijdig een eis in de

hoofdzaak hebben ingesteld door Yukos Oil te dagvaarden, waardoor de Nederlandse rechter op grond van artikel 767 Rv bevoegd is te oordelen over de onderliggende materiële aanspraken en mogelijkheid tot verhaal door middel van voornoemd beslag. De achtergrond daarvan is dat Yukos Oil is opgehouden te bestaan, waardoor Yukos Capital en FPH – door Yukos Oil te dagvaarden – geen eis in de hoofdzaak aanhangig konden maken en het beslag dientengevolge zou zijn komen te vervallen.

Eerste aanleg en tussentijdse cassatie; andere procedure

De zaak is in eerste aanleg tussentijds aan de Hoge Raad voorgelegd (Hoge Raad 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299). De Hoge Raad oordeelt dat het niet aanvaardbaar is dat Yukos Capital en FPH hun recht niet kunnen vervolgen, enkel omdat Yukos Oil is opgehouden te bestaan. Promneftstroy wordt als verkrijger van de aandelen in dit kader als enig overgebleven belanghebbende aangemerkt. De Hoge Raad oordeelt verder dat Promneftstroy gedagvaard had moeten worden, teneinde de eis in de hoofdzaak in te stellen. Dat is niet gebeurd, maar aangezien Promneftstroy in deze procedure was tussengekomen, gold desalniettemin dat de eis in de hoofdzaak is ingesteld conform het vereiste in artikel 700 lid 3 Rv. De rechtbank verklaart vervolgens voor recht dat de vorderingen van Yukos Capital en FPH op Yukos Oil toewijsbaar zijn en dat zij verhaal kunnen halen op de beslagen aandelen (Rechtbank Amsterdam 5 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8618 en ECLI:NL:RBAMS:2018:8653).

In een andere procedure wordt intussen geoordeeld dat Promneftstroy niet de verkrijger van de aandelen is (zie gerechtshof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1696 en Hoge Raad 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54). Promneftstroy heeft te dien aanzien een klacht bij het EHRM ingediend.

Hoger beroep

In deze procedure stelt Promneftstroy hoger beroep in. Daarbij betwist zij bij (incidentele) memorie de bevoegdheid van de Nederlandse rechter, hetgeen naar haar oordeel eerst en vooraf dient te worden behandeld. Het hof wijst dit verzoek af en verklaart dat het recht van Promneftstroy om een memorie van grieven te nemen, is vervallen (onder verwijzing naar ECLI:NL:HR:2010:BM7671).

Het hof verwierpt Promneftstroy's exceptieve bevoegdheidsverweer onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 13 november 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3299). Aan het in dit arrest vervatte oordeel doet volgens het hof niet af dat Promneftstroy niet de verkrijger is (maar slechts een pretens verkrijger). Het hof weegt daarbij ook mee dat Promneftstroy een klacht bij het EHRM heeft ingediend. Het hof is van oordeel dat Promneftstroy (nog steeds) als (enig) belanghebbende in de zin van het arrest van de Hoge Raad kan worden aangemerkt.

Het hof oordeelt, in lijn met het oordeel van de Hoge Raad, dat Yukos Capital en FPH tijdig een eis in de hoofdzaak hebben ingesteld, waardoor het beslag niet is komen te vervallen (artikel 700 lid 3 Rv). De Nederlandse rechter is dus bevoegd op grond van artikel 767 Rv.

Promneftstroy wordt niet-ontvankelijk verklaard, aangezien zij geen grieven heeft ingediend en het recht om dat te doen, is vervallen.

B.J. Hermans, december 2021

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:3150

Zaaknummer: 200.260.964/01 en 200.260.967/01

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

Advocaten: R.S. Meijer en E.R. Meerdink

Wetsartikelen: 767 Rv en 700 lid 3 Rv

RECHTSPRAAK

Vereffening Hops VD Vastgoed B.V.

In het faillissement van een bv kunnen alle schulden betaald worden. Voordat het faillissement is geëindigd, verzoekt de curator hem te benoemen tot vereffenaar op grond van artikel 2:23 BW. De rechtbank wijst dit verzoek toe.

In februari 2017 is Hops VD Vastgoed B.V. ('Hops') failliet verklaard. Alle schulden kunnen betaald worden, waarna nog een surplus van ongeveer € 25.000 resteert. De curator verzoekt op grond van artikel 2:23 BW hem te benoemen tot vereffenaar van het surplus.

De rechtbank overweegt dat de curator de administratie van Hops onder zich heeft en bekend is met de wettelijke systematiek. Omdat het bestuur van Hops en de rechter-commissaris instemmen met het verzoek, moet het verzoek in beginsel worden toegewezen. De rechtbank werpt de vraag op of het noodzakelijk en mogelijk is een vereffenaar te benoemen voordat het faillissement is geëindigd. De rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend.

Nadat het faillissement is geëindigd, is de curator niet meer bevoegd een verzoek te doen op grond van artikel 2:23 BW. Door de curator reeds te benoemen tot vereffenaar voordat het faillissement eindigt, kan de vereffening op grond van de Faillissementswet naadloos overgaan in de vereffening op grond van Boek 2 BW. Dit is in het belang van de niet-geverifieerde schuldeisers. De rechtbank wijst het verzoek van de curator daarom toe en benoemt hem tot vereffenaar van het surplus.

H.J. de Kloe, december 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 29-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:13204

Zaaknummer: C/09/17/62 F FT RK 21/878

Rechters: W.J. Don

Advocaten: mr. W.T.N. Vlasveld

Wetsartikelen: 2:23 BW en 193 Fw

RECHTSPRAAK

Ten Berge q.q./Van den Heuvel Holding B.V. c.s. en Van Nuland Beleggingen B.V. c.s.

Een curator vecht de betaling van management fees door een failliete vennootschap aan indirect bestuurders aan, op grond van onder andere artikel 2:11 BW jo. artikel 6:162 BW, omdat de betalingen volgens de curator kwalificeren als onrechtmatige selectieve betalingen. Het hof overweegt dat de aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van artikel 2:11 BW is afgeleid van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder. Aangezien de curator de rechtspersoon-bestuurder niet in de procedure heeft betrokken, kan het hof de primaire aansprakelijkheid niet als uitgangspunt aannemen en/of vaststellen. Om die reden kan van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW van de indirect bestuurders geen sprake zijn.

Het gaat in deze zaak om een geschil over de betaling van management fees in de periode van november 2012 t/m januari 2013 door Delfts Brood B.V. aan zowel Van den Heuvel Holding B.V. als Van Nuland Beleggingen B.V. Delfts Brood B.V. is de dochtervennootschap van DB Beheer B.V., die op haar beurt de dochtervennootschap is van DB Holding B.V. Deze vennootschappen maken deel uit van de Delfts Brood Groep. Van den Heuvel Holding B.V. en Van Nuland Beleggingen B.V. zijn bestuurder van DB Holding B.V. De natuurlijke personen Van Nuland en Van den Heuvel zijn bestuurder en aandeelhouder van Van Nuland Beleggingen B.V. respectievelijk Van den Heuvel Holding B.V. Tussen DB Holding B.V. enerzijds en Van den Heuvel Holding B.V. respectievelijk Van Nuland Beleggingen B.V. anderzijds, is een managementovereenkomst gesloten op grond waarvan Van den Heuvel Holding B.V. respectievelijk Van Nuland Beleggingen B.V. tegen vergoeding managementwerkzaamheden verrichten in opdracht van DB Holding B.V.

Delfts Brood B.V. is in februari 2013 failliet gegaan. Na het faillissement heeft de curator de

betalingen van de management fees die in de periode van november 2012 t/m januari 2013 door Delfts Brood B.V. aan zowel Van den Heuvel Holding als Van Nuland Beleggingen zijn verricht op drie gronden aangevochten. De eerste grond waarop de curator de betalingen van management fees door Delfts Brood B.V. heeft aangevochten, is artikel 42 Fw, op grond waarvan de curator rechtshandelingen kan vernietigen die door Delfts Brood B.V. onverplicht zijn verricht en waardoor schuldeisers zijn benadeeld. Het hof oordeelt dat van een onverplichte rechtshandeling geen sprake is en dit eerste beroep slaagt dus niet. De tweede grond waarop de curator de betalingen van management fees door Delfts Brood B.V. heeft aangevochten, is artikel 47 Fw, op grond waarvan de curator de betalingen van management fees kan vernietigen, mits die het gevolg waren van overleg tussen Delfts Brood B.V. enerzijds en Van den Heuvel Holding B.V. en Van Nuland Beleggingen B.V. anderzijds, met als doel Van den Heuvel Holding B.V. en Van Nuland Beleggingen B.V. boven andere schuldeisers te begunstigen. Het hof concludeert dat dit beroep eveneens niet slaagt.

De derde grond waarop de curator de betalingen van management fees door Delfts Brood B.V. heeft aangevochten, is artikel 6:162 BW in verbinding met artikel 2:11 BW. Met deze grond betoogt de curator dat de betalingen door Delfts Brood B.V. zijn verricht na het moment waarop Van den Heuvel c.s. en Van Nuland c.s. wisten, dan wel behoorden te weten dat een faillissement te verwachten was, zodat deze betalingen als onrechtmatige selectieve betalingen kunnen worden aangemerkt die in strijd zijn met de paritas creditorum. Het hof overweegt dat de aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van artikel 2:11 BW is afgeleid van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder. DB Beheer B.V., de rechtspersoon-bestuurder van Delfts Brood B.V., is echter niet in de procedure betrokken, terwijl het wel op de weg van de curator had gelegen om DB Beheer B.V. in rechte te betrekken, teneinde de aansprakelijkheid te laten vaststellen. De primaire aansprakelijkheid van DB Beheer B.V. als rechtspersoon-bestuurder kan daarom niet door het hof als uitgangspunt worden genomen, en evenmin worden vastgesteld. Om die reden kan van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW van Van den Heuvel c.s. en Van Nuland c.s. geen sprake zijn. Deze derde grond waarop de curator de betalingen van de management fees heeft aangevochten, slaagt daarom evenmin.

N. Lgarah, december 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-11-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:2120

Zaaknummer: 200.266.423/01

Rechters: G.C. de Heer, A.J.P. Schild en A.J. Swelheim

Advocaten: K.S.L. van Vliet en A.J. van der Duijn Schouten

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:11 BW, 42 Fw en 47 Fw

RECHTSPRAAK

Borgsteller Alpa-groep/Coöperatieve Rabobank U.A.

Een vennootschap van de Alpa-groep heeft zich borg gesteld voor de nakoming van de betalingsverplichtingen van enkele andere vennootschappen van de Alpa-groep jegens Rabobank. De enig aandeelhouder en bestuurder van deze borg stellende vennootschap is vervolgens borgsteller in privé voor de nakoming van de verplichtingen van zijn vennootschap. Op enig moment spreekt Rabobank de borgsteller in privé uit dien hoofde aan. Nadien blijkt dat zijn borg stellende vennootschap is ontbonden door middel van een turboliquidatie, zonder medeweten van Rabobank. Rabobank vorderde in eerste aanleg onder meer een verklaring voor recht dat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, omdat de turboliquidatie ten onrechte plaatsvond. De rechtbank oordeelde dat sprake was van betalingsonwil aan de zijde van de borgsteller in privé, omdat van deze borgsteller als bestuurder mocht worden verwacht dat hij inzichtelijk maakte dat er geen baten waren. De borgsteller in privé stelt in hoger beroep dat geen sprake is van causaal verband tussen de turboliquidatie en de door Rabobank geleden schade. Het hof oordeelt dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat sprake was van betalingsonmacht in plaats van betalingsonwil. Het hoger beroep slaagt niet. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Coöperatieve Rabobank U.A. ('Rabobank') is huisbankier van de Alpa-groep en heeft krediet verstrekt aan enkele vennootschappen van de Alpa-groep. De vennootschappen van de Alpa-groep houden zich onder meer bezig met asbestverwijdering. Een van die vennootschappen ('de B.V.') heeft zich jegens Rabobank borg gesteld voor de nakoming van de betalingsverplichtingen van de vennootschappen van de Alpa-groep. De appellant, enige

aandeelhouder en bestuurder van de B.V. ('de Borgsteller'), heeft zich vervolgens in privé borg gesteld jegens Rabobank voor de nakoming van de verplichtingen van de B.V. Enkele jaren later verstrekt Rabobank nieuw krediet aan enkele andere vennootschappen van de Alpagroep, waarmee het eerdere krediet van de eerdere kredietnemende vennootschappen is afgelost. Op enig moment verzoekt Rabobank de Borgsteller om het nieuwe krediet af te lossen op grond van de borgstelling, vanwege het eerdere (thans afgeloste) krediet. De B.V. is nadien ontbonden door middel van een turboliquidatie, waarover Rabobank niet is geïnformeerd. De Borgsteller is enige tijd hierna geëmigreerd.

Eerste aanleg

In eerste aanleg heeft Rabobank onder meer een verklaring voor recht gevraagd, inhoudende dat het gelegde beslag niet onrechtmatig is, waarbij is aangevoerd dat de betalingsverplichting van de Borgsteller voortvloeit uit de overeenkomst van borgtocht vanwege het eerdere krediet. Verder heeft Rabobank een beroep op bestuurdersaansprakelijkheid gedaan, waarbij is aangevoerd dat ten onrechte een turboliquidatie heeft plaatsgevonden, waardoor de B.V. haar borgtochtverplichting niet kon nakomen door de Borgsteller. De rechtbank heeft geoordeeld dat de Borgsteller niet in privé als borg aansprakelijk is jegens Rabobank voor de verplichtingen van de B.V., maar dat de Borgsteller wel op grond van bestuurdersaansprakelijkheid het gevorderde bedrag dient te betalen aan Rabobank. Van de Borgsteller mocht worden verwacht dat hij, als enig aandeelhouder en bestuurder van de B.V., inzichtelijk maakt dat baten ontbraken. Door dit na te laten, is sprake van betalingsonwil jegens Rabobank.

Hoger beroep

De Borgsteller stelt in hoger beroep dat een causaal verband tussen de turboliquidatie en de door Rabobank geleden schade ontbreekt. Als de turboliquidatie wordt weggedacht, zou het vermogen van de B.V. voornamelijk hebben bestaan uit een vordering op een buitenlandse vennootschap en die vordering was oninbaar. Het hof is van oordeel dat de Borgsteller hiermee onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat bij de B.V. sprake was van betalingsonmacht in plaats van betalingsonwil.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

S.R.M.C. Vogelsang, december 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 05-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1792

Zaaknummer: 200.263.923/01

Rechters: C.A. Joustra, A.J.P. Schild en A.J. Swelheim

Advocaten: P.J. de Groen en D.J. Kramer

Wetsartikelen: 6:162 BW