

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 12, 2022

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:817](#) 03-06-2022

InvestInFuture Holding B.V./Bestuurder

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:691](#) 13-05-2022

Bestuurders van Import Cooperation Europe B.V./Curator

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:591](#) 22-04-2022

No Surrender/OM - Verbodenverklaring motorclub No Surrender en de daaraan verbonden chapters en brotherhoods

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:4294](#) 30-05-2022

Oud-CFO/De Volksbank N.V. c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:1167](#) 19-04-2022

FPH c.s./Promneftstroy

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:709](#) 12-04-2022

Labonovum B.V./Everest Innovation B.V. c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:363](#) 19-01-2021

Enquête Omines Services B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:2463](#) 17-05-2022

Stichting/Ontslagen bestuurder

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2022:4287](#) 20-04-2022

Vivae IP B.V./Finse Vennootschap en Bestuurder

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:1182](#) 16-03-2022

Faase q.q./Bestuurders koeriersbedrijf

RECHTSPRAAK

Vivae IP B.V./Finse Vennootschap en Bestuurder

Een bestuurder van een vennootschap laat gelden van de vennootschap overboeken naar een andere vennootschap waarvan hij enig bestuurder en enig aandeelhouder is. De vennootschap vordert terugbetaling van de overgeboekte bedragen door de ontvangende vennootschap en de bestuurder op grond van onverschuldigde betaling respectievelijk onbehoorlijk bestuur. Alle vorderingen worden afgewezen, nu de rechtbank van oordeel is dat er een overeenkomst bestond tussen beide vennootschappen op grond waarvan de betalingen zijn gedaan.

Feiten

Een Finse vennootschap ('de Finse Vennootschap') ontwikkelt samen met de Duitse vennootschap General Medical Concepts AG ('GMC') een technologie die ziet op een innovatieve hoogwaardige ring. De Finse Vennootschap en GMC verbinden zich in 2016 en 2017 jegens elkaar via een managementovereenkomst en een licentieovereenkomst, en sluiten een overeenkomst van opdracht op grond waarvan de Finse Vennootschap in 2018 en 2019 tegen betaling zorgdraagt voor onderzoek naar en verdere ontwikkeling van de ring.

In overleg tussen onder meer de Finse Vennootschap en de oprichter en aandeelhouder van GMC ('SSS') wordt op 2 juli 2019 Vivae IP B.V. ('Vivae') opgericht. GMC wordt een 100%-dochtervennootschap van Vivae. In het kader van de ontwikkeling van de ring wordt een lening aan Vivae verstrekt. De enig bestuurder en aandeelhouder van de Finse Vennootschap ('de Bestuurder') is één van de twee bestuurders van Vivae. Hij heeft geen betalingsbevoegdheid. SSS, op dat moment een van de aandeelhouders van Vivae, kan wel betalingen doen namens Vivae. Tijdens zijn bestuurderschap laat de Bestuurder meerdere keren geld van Vivae – via SSS – overboeken naar de Finse Vennootschap. In oktober 2019 richt de Bestuurder een nieuwe onderneming op en enkele maanden later kondigt hij zijn vertrek als bestuurder van Vivae aan. Kort daarna wordt SSS enig bestuurder van Vivae.

Vivae meent dat de betalingen van Vivae naar de Finse Vennootschap zijn gedaan zonder titel dan wel onder valse voorwendselen en wegens bedrog nietig zijn, zodat zij geen rechtsgrond hebben gehad. Vivae start een procedure bij de rechtbank Noord-Holland en vordert onder meer terugbetaling door de Finse Vennootschap en de Bestuurder van de overgeboekte bedragen, op grond van onverschuldigde betaling respectievelijk onbehoorlijk bestuur.

Oordeel

De vorderingen van Vivae worden afgewezen. De rechtbank overweegt daartoe dat vaststaat dat het de bedoeling was dat de Finse Vennootschap voor en op kosten van Vivae voor onderzoek en ontwikkeling van de ring zou zorgdragen, zoals zij dat eerder voor GMC had gedaan. Voorts staat naar het oordeel van de rechtbank vast dat de door Vivae aangetrokken financiering daarvoor bedoeld was en dat SSS een begroting van de kosten daarvan heeft gemaakt, waarmee de overgeboekte bedragen overeenkomen. Ook de aandeelhouders van Vivae gingen ervan uit dat de door SSS uitgevoerde betalingen daarop zagen. Er is naar het oordeel van de rechtbank dan ook mondeling dan wel stilzwijgend een overeenkomst van opdracht tot stand gekomen tussen Vivae en de Finse Vennootschap, ter uitvoering waarvan de betalingen aan de Finse Vennootschap hebben plaatsgevonden. De Bestuurder heeft daarmee in het belang van Vivae gehandeld, zodat van onbehoorlijk bestuur op die grond geen sprake is.

Verder hebben de Finse Vennootschap en de Bestuurder onbetwist gesteld dat de betalingen niet als besluit maar als beslissing moeten worden gezien, zodat de tegenstrijdigbelangregeling van artikel 2:239 lid 6 BW niet van toepassing is. Ook oordeelt de rechtbank dat de Bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt valt te maken van het sluiten van een overeenkomst met de Finse Vennootschap zonder een formeel besluit van Vivae, voor zover dat op grond van de wet en de statuten vereist zou zijn, gezien zijn feitelijk beperkte rol als bestuurder van Vivae en die van SSS als feitelijk beleidsbepaler. Tot slot is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van strijd met de administratieplicht, omdat de betalingen digitaal hebben plaatsgevonden en op die manier in de administratie van Vivae zijn opgenomen.

Nu er een rechtsgrond bestond voor het doen van de betalingen, is volgens de rechtbank ook geen sprake van onverschuldigde betaling.

L.L. Bakker, juni 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 20-04-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2022:4287

Zaaknummer: C/15/314363 / HA ZA 21-143

Rechters: S.M. Auwerda en L.J. Saarloos

Advocaten: K.C. Mensink, M.M.E. van Veen-Oudenaarden, K. Harmsen en L. te Linde

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:239 lid 6 BW en 6:203 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Omines Services B.V.

OK; enquête. In deze zaak speelt een geschil tussen de twee aandeelhouders van een bv. De minderheidsaandeelhouder verzoekt om een enquête en legt hieraan ten grondslag dat de bestuurder, tevens de meerderheidsaandeelhouder, een tegenstrijdig belang heeft en geen rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de bv. De bestuurder is namelijk ook enig aandeelhouder en bestuurder van een andere vennootschap waarmee de bv regelmatig contracteert. Naar het oordeel van de OK bestaat er inderdaad een reëel risico dat de verwevenheid van de functies van de bestuurder leidt tot benadeling van de bv. Niet aannemelijk is geworden dat de bestuurder voldoende oog heeft gehad voor dit tegenstrijdige belang. Verder plaatst de OK vraagtekens bij de deugdelijkheid van de financiële administratie van de bv. De minderheidsaandeelhouder klaagt volgens de OK terecht dat zij hierover onvoldoende door de bestuurder is geïnformeerd. Een en ander levert volgens de OK voldoende grond op om een enquête te gelasten. De OK ziet geen redenen voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

Inleiding

In deze zaak oordeelt de OK over een verzoek tot het bevelen van een enquête naar het beleid en de gang van zaken van Omines Services B.V. ('Omines Services'), die zich richt op het leveren en beheren van IT-diensten en aanverwante producten. Voor de uitvoering van de aan deze producten verbonden servicecontracten koopt Omines Services diensten in bij de aan haar verbonden vennootschap Omines Internet Bureau B.V. ('Omines Internetbureau'). Beide vennootschappen hebben dezelfde bestuurder, te weten: NKH B.V. ('NKH'). NKH heeft ook in beide vennootschappen een meerderheidsbelang.

Tussen NKH en MBH B.V. ('MBH'), de minderheidsaandeelhouder van Omines Services, is in 2018 een geschil ontstaan over de bedragen die Omines Internetbureau voor haar diensten bij Omines Services in rekening heeft gebracht. Volgens MBH staan de gefactureerde bedragen niet in verhouding tot de omvang van de geleverde diensten. MBH meent dat Omines Services daardoor financieel wordt leeggehaald door Omines Internetbureau. Dit geschil heeft ervoor gezorgd dat tussen de aandeelhouders wantrouwen is ontstaan en de onderlinge verstandhoudingen ernstig verstoord zijn. Bij verzoekschrift van 11 september 2020 heeft MBH de OK dan ook verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Omines Services. Tevens heeft MBH de OK verzocht om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Tegen dit verzoek hebben zowel Omines Services als NKH gemotiveerd verweer gevoerd. Zij hebben de OK verzocht om MBH niet-ontvankelijk te verklaren, althans de verzoeken af te wijzen.

Verzoek

Aan het enquêteverzoek legt MBH ten grondslag dat er gegronde redenen zijn tot twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij Omines Services. Hoofdzakelijk stelt MBH dat NKH als bestuurder geen rekening heeft gehouden met de belangen van de minderheidsaandeelhouder. NKH heeft volgens MBH een tegenstrijdig belang in de verhouding tussen Omines Services en Omines Internetbureau. Daarnaast is MBH van mening dat NKH onbehoorlijk is omgegaan met het belang van Omines Services met de doorbelasting van de (personeels)kosten van Omines Internetbureau aan Omines Services. Volgens MBH heeft Omines Services te veel betaald voor de diensten van Omines Internetbureau en wordt MBH als minderheidsaandeelhouder bovendien de relevante informatie over de (uren)administratie van Omines Services onterecht onthouden.

Omines Services en NKH betwisten dat er sprake is van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid. Zij voeren verder de verweren dat MBH niet heeft voldaan aan haar klachtplicht zoals bedoeld in artikel 2:349 lid 1 BW, dat MBH onvoldoende belang heeft bij een onderzoek en dat Omines Services niet in staat zou zijn om het onderzoek te betalen. Al deze redenen zouden moeten leiden tot afwijzing van de verzoeken.

Beoordeling

Alvorens in te gaan op de vraag of er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Omines Services, oordeelt de OK dat de verweren van Omines Services en NKH niet kunnen slagen. Naar het oordeel van de OK heeft MBH wel degelijk een belang bij haar verzoek. Ook blijkt volgens de OK niet dat MBH niet heeft voldaan aan haar klachtplicht uit artikel 2:349 lid 1 BW.

Bij de verdere beoordeling van het verzoek oordeelt de OK dat de belangen van Omines Services en die van Omines Internetbureau niet parallel lopen, waardoor NKH als enig bestuurder van beide vennootschappen tegenstrijdige belangen dient. Naar het oordeel van de OK levert deze verwevenheid van functies een reëel risico op tot benadeling van Omines Services bij het doorbelasten van de (personeels)kosten van Omines Internetbureau in verband met de afname van diensten door Omines Services. Gelet op het feit dat NKH geen bijzondere waarborgen of zorgvuldigheidsmaatregelen ter voorkoming van benadeling van Omines Services heeft getroffen, is de OK van oordeel dat het niet aannemelijk is geworden dat NKH in haar rol als bestuurder van Omines Services voldoende oog heeft gehad voor haar tegenstrijdige belang.

Verder meent de OK dat vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de deugdelijkheid van de financiële administratie van Omines Services. De OK constateert dat duidelijke afspraken over het doorbelasten van kosten ontbreken en dat ook onduidelijk is hoe deze doorbelasting feitelijk is uitgevoerd. Volgens de OK klaagt MBH dus terecht over het feit dat zij onvoldoende door NKH wordt geïnformeerd over de (uren)administratie.

Op grond van het voorgaande is de OK van oordeel dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid van Omines Services. De omstandigheid dat Omines Services niet in staat zou zijn om het onderzoek te betalen, kan niet tot afwijzing van het verzoek leiden nu MBH ter zitting heeft toegezegd om de kosten van het onderzoek voor te schieten. De OK beveelt dan ook een onderzoek, maar ziet, mede uit kosten oogpunt, geen directe redenen om de gevraagde voorzieningen toe te wijzen.

J.K.G. Meijer, juni 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:363

Zaaknummer: 200.283.186/01 OK

Rechters: G.C. Makking, C.C. Meijer, A.J. Wolfs, F. van der Wel en W. Wind

Advocaten: H.J.M. Smelt en A.A. Leroux

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

RECHTSPRAAK

Stichting/Ontslagen bestuurder

Een stichting verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van een directeur-bestuurder te ontbinden, nadat de RvT heeft besloten haar te ontslaan. Zij was ten tijde van het ontslagbesluit arbeidsongeschikt. Ondanks dat sprake is van een opzegverbod kan het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst worden toegewezen, omdat het verzoek geen verband houdt met de omstandigheden waarop het opzegverbod betrekking heeft. Daardoor brengt het einde van de rechtspersoonsrechtelijke relatie tevens het einde van de arbeidsovereenkomst met zich. Het ontslagbesluit is rechtsgeldig tot stand gekomen. De RvT was bevoegd het ontslagbesluit te nemen.

Feiten

Een werknemster ('de Directeur') is met ingang van 1 juni 2019 benoemd tot bestuurder van een stichting die drie basisscholen in stand houdt ('de Stichting'). Per diezelfde datum heeft zij een arbeidsovereenkomst bij de Stichting als directeur-bestuurder. Gedurende 2020 heeft tussen de RvT en de Directeur discussie plaatsgevonden omtrent de selectieprocedure voor een nieuwe voorzitter van de RvT en een uitnodiging die de RvT had gekregen van het algemeen bestuur van het bevoegd gezag. Dit heeft ertoe geleid dat een conflict tussen de RvT en de Directeur is ontstaan.

Bij brief van 4 november 2020 heeft de RvT de directieleden bericht dat, nadat de voorzitter hiertoe al eerder had besloten, de overige leden van de RvT hebben besloten hun lidmaatschap te beëindigen om de rust te herstellen. In overleg met de directie zal de RvT de lopende zaken naar behoren blijven uitoefenen. Vervolgens is tussen de RvT en de Directeur gediscussieerd over het werven van de nieuwe RvT-leden en de voortzetting van de lopende zaken. Uiteindelijk zijn partijen in maart 2021 in mediation gegaan, maar dit is geëindigd zonder resultaat. Op 21 juni 2021 heeft de Directeur zich voor 50% ziek gemeld. Op 24 juni

2021 heeft de RvT de Directeur medegedeeld dat hij voornemens is om de Directeur te ontslaan wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Bij brief van 1 juli 2021 is de Directeur geschorst. Op 15 juli 2021 heeft de Directeur zich voor 100% ziekgemeld. Vervolgens heeft de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad meermaals negatief geadviseerd over het ontslag van de Directeur. Uiteindelijk heeft de RvT de Directeur op 24 december 2021 uitgenodigd voor een vergadering van de RvT op 6 januari 2022, waarbij het besluit tot ontslag van de Directeur op de agenda staat. Op 5 januari 2022 heeft een periodieke evaluatie bij de bedrijfsarts plaatsgevonden. De bedrijfsarts heeft vervolgens aangegeven dat er geen medisch bezwaar was om in gesprek te gaan en adviseert om met elkaar in gesprek te blijven om de problematiek op te lossen.

De RvT heeft op 6 januari 2022 unaniem besloten de Directeur in haar functie van bestuurder te ontslaan. De Stichting verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Ten tijde van het ontslagbesluit was de Directeur arbeidsongeschikt. Dat betekent dat het opzegverbod van toepassing was en is. Hierdoor heeft het rechtspersoonsrechtelijke ontslag van de Directeur niet tevens de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot gevolg. Ondanks dat sprake is van een opzegverbod kan het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst worden toegewezen als het verzoek geen verband houdt met de omstandigheden waarop het opzegverbod betrekking heeft. Hiervan is naar het oordeel van de kantonrechter sprake. De verzochte ontbinding houdt geen verband met de arbeidsongeschiktheid van de Directeur, maar met de verstoorde arbeidsverhouding tussen partijen. Nu het opzegverbod niet aan de ontbinding in de weg staat, is het gevolg dat het einde van de rechtspersoonsrechtelijke relatie, uiteraard onder de voorwaarde dat het besluit dat daaraan ten grondslag ligt rechtsgeldig is, tevens het einde van de arbeidsovereenkomst met zich brengt.

De rechtbank is van oordeel dat het ontslagbesluit rechtsgeldig tot stand is gekomen. De RvT was bevoegd om het ontslagbesluit te nemen. Bij brief van 4 november 2020 heeft de RvT de Directeur medegedeeld dat de leden hebben besloten hun posities op te geven. Hierbij is uitdrukkelijk vermeld dat de RvT zorg zou dragen voor een goede overdracht van taken en dat hij in overleg met onder andere de Directeur de lopende taken naar behoren zou blijven uitvoeren. Hieruit volgt geen onvoorwaardelijke en ondubbelzinnige staking/stopzetting van zijn werkzaamheden per direct. De RvT heeft feitelijk gehandeld naar hetgeen hij heeft aangekondigd in de brief van 2 november 2020. Bovendien heeft de RvT nieuwe (interim)leden benoemd om de continuïteit van de RvT te waarborgen. Weliswaar bestond de RvT ten tijde van het rechtspersoonsrechtelijk ontslag en ook thans niet uit (minimaal) vijf

leden, maar dat doet aan de bevoegdheid van RvT tot het nemen van een ontslagbesluit ingevolge de statuten niet af.

Van een schending van het beginsel van hoor en wederhoor is geen sprake geweest. Hoewel de Directeur arbeidsongeschikt was ten tijde van het ontslagbesluit, heeft de bedrijfsarts op 5 januari 2022 aangegeven dat er medisch geen bezwaar was om in gesprek te gaan met de Directeur. Daarnaast heeft de bedrijfsarts ook geadviseerd om met elkaar in gesprek te blijven om de werkgerelateerde problematiek op te lossen. De RvT heeft daaruit begrepen en mogen begrijpen dat de Directeur in staat geacht moest worden de vergadering bij te wonen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 17-05-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:2463

Zaaknummer: 400866

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: B.P.L. Vorstermans en A.P.J.M. Verbeek

Wetsartikelen: 2:298a BW en 7:671 lid 1 sub e BW,

RECHTSPRAAK

InvestInFuture Holding B.V./Bestuurder

Het draait in deze zaak om de vraag of een directeur op het moment van een ontslagbesluit door de aandeelhouder inderdaad statutair bestuurder was en als zodanig (en mede arbeidsrechtelijk) kon worden ontslagen. De rechtbank en het hof hebben deze vraag ontkennend beantwoord; de bv komt tegen dit oordeel op in cassatie. A-G Hartlief concludeert dat iemand zich weliswaar als bestuurder kan voordoen, maar dat de formele rechtstoestand afhankelijk is van het bestaan van een benoemingsbesluit. Dat zou ook kunnen blijken uit een KvK-formulier, maar in casu heeft het hof als feitenrechter dit formulier als onvoldoende zwaarwegende aanwijzing aangemerkt en dit oordeel is niet onbegrijpelijk. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

Feiten

Stichting InvestInFuture ('de Stichting') is aandeelhouder van InvestInFuture Holding B.V. ('IIF'). De Stichting besluit verweerder ('de Directeur') in 2016 als statutair bestuurder van IIF te ontslaan. Op dat moment bestond tussen IIF en de Directeur een arbeidsovereenkomst. De vraag die in deze zaak centraal staat, is of de Directeur op het moment van het besluit van de Stichting inderdaad statutair bestuurder van IIF was en als zodanig kon worden ontslagen. Zo ja, dan heeft dat – op hoofdlijnen – tot gevolg dat IIF de arbeidsovereenkomst met de Directeur kon beëindigen door hem als statutair bestuurder te ontslaan. Indien de Directeur echter géén statutair bestuurder van IIF was, dan had IIF de arbeidsovereenkomst met de Directeur moeten opzeggen (voor zover dat mogelijk was) en gold ook overigens het reguliere ontslagrecht.

De rechtbank en het hof hebben geoordeeld dat de Directeur géén statutair bestuurder van IIF

was en dat het door IIF aan de Directeur gegeven arbeidsrechtelijke ontslag dus niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden. In cassatie komt IIF tegen dit oordeel op.

Overigens heeft IIF, voor het geval de rechter zou oordelen dat de Directeur géén statutair bestuurder van IIF was (zoals de rechtbank en het hof in deze zaak inderdaad hebben geoordeeld), reeds in 2016 een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de Directeur gedaan. De ontbindingsprocedure, die parallel aan de onderhavige procedure is gevoerd, heeft de Hoge Raad twee keer bereikt (zie ECLI:NL:HR:2019:106 en ECLI:NL:HR:2021:781) en heeft inmiddels ertoe geleid dat vaststaat dat de arbeidsovereenkomst tussen IIF en de Directeur in ieder geval per 1 april 2017 is geëindigd. Nu de arbeidsovereenkomst tussen IIF en de Directeur reeds enige tijd geleden is beëindigd, is het belang van de onderhavige cassatieprocedure in de kern gelegen in de periode waarover loon is verschuldigd.

Conclusie A-G

A-G Hartlief concludeert in zijn conclusie als volgt. Voor een besluit tot benoeming van een statutair bestuurder geldt in wezen niets anders dan voor besluiten in het algemeen. Aan een dergelijk besluit worden geen bijzondere vormvereisten gesteld en het bestaan ervan kan ook worden aangenomen indien niet blijkt van een formele stemming (in vergadering) en de vastlegging van de uitkomst daarvan. Het indienen door de aandeelhouder(s) van een KvK-formulier waarmee een persoon als 'bestuurder' van de vennootschap wordt ingeschreven, kan een benoemingsbesluit (buiten vergadering) behelzen of een omstandigheid zijn die bijdraagt aan het aannemen van het bestaan van een benoemingsbesluit. Het indienen van een dergelijk KvK-formulier wijst echter niet dwingend op het bestaan van een benoemingsbesluit, omdat er tegelijk feiten of omstandigheden kunnen zijn die in een andere richting wijzen. Uit het arrest HR 12 november 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB4589 (*Prisma Shoes*) moet voorts worden afgeleid dat een benoemingsbesluit ook besloten kán liggen in een door alle aandeelhouders ondertekende arbeidsovereenkomst (waarin de werknemer als statutair bestuurder is aangeduid).

De enkele 'opstelling' of het 'gedrag' van de persoon die al dan niet als statutair bestuurder is benoemd, kan echter niet meebrengen dat moet worden aangenomen dat deze persoon wel of niet als statutair bestuurder is benoemd. Dat iemand zich voordoeft als statutair bestuurder door bevoegdheden te pretenderen die aan het bestuur toekomen, maakt hem of haar nog geen statutair bestuurder, ook al kan deze persoon voor de toepassing van specifieke leerstukken – zoals bestuurdersaansprakelijkheid – mogelijkserwijs met een statutair bestuurder worden gelijkgesteld. Spiegelbeeldig geldt dat de 'stroman', die slechts op papier iets te zeggen heeft, statutair bestuurder kan zijn. Het gaat nu eenmaal om een formele

rechtstoestand die – behoudens specifieke wettelijke uitzonderingen – afhankelijk is van het bestaan van een benoemingsbesluit. Van dat besluit moet blijken.

De cassatieklacht gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting voor zover IIF betoogt dat het KvK-formulier moet worden gekwalificeerd als een geldig benoemingsbesluit. Dat kan onder omstandigheden, maar moet niet. Het was aan het hof als feitenrechter om in het licht van de feiten en omstandigheden te bepalen welke betekenis het KvK-formulier heeft. Het gaat daarbij om een feitelijk oordeel dat in cassatie alleen op begrijpelijkheid kan worden getoetst. Hetzelfde geldt voor zover IIF betoogt dat in het KvK-formulier een aanwijzing besloten ligt dat (voorafgaande aan het indienen van het KvK-formulier) een benoemingsbesluit is genomen. Het is niet onbegrijpelijk dat het hof het KvK-formulier niet als benoemingsbesluit heeft aangemerkt en de in het KvK-formulier besloten liggende aanwijzing voor het bestaan van een benoemingsbesluit onvoldoende zwaarwegend heeft geacht. Daarbij heeft het hof betekenis toegekend aan de verklaring van een getuige die het KvK-formulier heeft ondertekend en die heeft verklaard dat tijdens de vergadering op 27 juni 2011 niet het besluit is genomen de Directeur aan te stellen tot statutair bestuurder van IIF en dat dit ook niet de intentie was.

Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep nu de klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest van het hof, en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 03-06-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:817

Zaaknummer: 21/01282

Rechters: C.E. du Perron, F.J.P. Lock en G.C. Makkink

Advocaten: H.J.W. Alt

Wetsartikelen: 2:242 BW, 2:238 BW en 2:244 BW

RECHTSPRAAK

Labonovum B.V./Everest Innovation B.V. c.s.

Een bv vordert in kort geding dat haar oud-werknemer, tevens statutair bestuurder en indirect aandeelhouder, niet bij een concurrent in dienst mag treden. Evenals de rechtbank wijst het hof de vorderingen af. Gedaagde is geen partij bij de aandeelhoudersovereenkomst en overtreedt dus niet het daarin opgenomen concurrentiebeding. Ook is geen sprake van onrechtmatige (werknemers)concurrentie of strijd met artikel 2:8 BW.

Feiten

Gedaagde is sinds 1 april 2020 in dienst van Labonovum B.V. ('Labonovum'). De arbeidsovereenkomst bevat een geheimhoudingsbeding, maar geen concurrentiebeding. Gedaagde is tevens medeoprichter van Labonovum en was eerder al statutair bestuurder en indirect aandeelhouder van Labonovum. In de aandeelhoudersovereenkomst is wel een concurrentiebeding opgenomen. Gedaagde ('de Bestuurder') heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 juni 2021. Per die datum is hij niet langer statutair bestuurder van Labonovum. Bij brief van 1 juni 2021 heeft de Bestuurder de door zijn bv gehouden aandelen in Labonovum aan de overige aandeelhouders aangeboden. De Bestuurder is, na een aanbod daartoe, voornemens (geweest) om in dienst te treden van How Are You Diagnostics B.V. ('HAYD'). Tussen de Bestuurder en Labonovum is in geschil of de Bestuurder bij HAYD – die door Labonovum als haar concurrent wordt beschouwd – in dienst mag treden. In eerste aanleg heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat dit het geval is en de vorderingen van Labonovum afgewezen. Labonovum heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof overweegt allereerst dat de Bestuurder niet gebonden is aan het concurrentiebeding in de aandeelhoudersovereenkomst. Hij heeft de aandeelhoudersovereenkomst namelijk niet ondertekend en zijn persoonlijke bv evenmin. Het hof acht de kennis van de Bestuurder van (de inhoud van) de aandeelhoudersovereenkomst derhalve onvoldoende om aanvaarding van

het concurrentiebeding te kunnen aannemen.

Het hof beoordeelt verder – onder meer – of de Bestuurder zich schuldig maakt aan onrechtmatige werknemersconcurrentie (zonder dat een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen) en doet dit aan de hand van het arrest *Boogaard/Vesta*. Getoetst moet worden of sprake is van het stelselmatig en substantieel duurzaam afbreuk doen door de Bestuurder aan het bedrijfsdebet van Labonovum met gebruikmaking van vertrouwelijke kennis en gegevens die de Bestuurder bij Labonovum heeft gekregen. Daarbij moet worden meegewogen dat de Bestuurder naast werknemer ook statutair bestuurder van Labonovum is geweest en op die wijze bekend was met de te voeren strategie en met het reilen en zeilen van de onderneming dat de concurrentiepositie van Labonovum bepaalt. Ook moet worden meegewogen dat de Bestuurder nauw betrokken is geweest bij octrooiaanvragen voor Labonovum. Voor de gestelde, onrechtmatige handelwijze, in het bijzonder het stelselmatig en substantieel afbreuk doen aan het bedrijfsdebet van Labonovum, zijn echter onvoldoende aanknopingspunten te vinden. Zelfs als de CEO van HAYD uitspraken heeft gedaan over het kunnen namaken van bepaalde producten en het kopiëren van een geheim recept voor bewaarvloeistof (wat vooralsnog niet is komen vast te staan), dan kan dit niet zonder meer aan de Bestuurder worden toegerekend, laat staan dat dit betekent dat de Bestuurder jegens Labonovum onrechtmatig handelt. De Bestuurder is bovendien gebonden aan een geheimhoudingsbeding, waarvan hij zelf aangeeft zich eraan te zullen houden. Niet gesteld of gebleken is dat de Bestuurder daadwerkelijk vertrouwelijke informatie heeft meegenomen en dat deze ter beschikking van HAYD is gekomen. Van enige schade van de zijde van Labonovum is evenmin gebleken.

Van *onrechtmatige* werknemersconcurrentie is naar het voorlopige oordeel van het hof dan ook geen sprake. Dat er een concurrentieafpraak in de aandeelhoudersovereenkomst is opgenomen waar de Bestuurder kennis van had, maakt dit niet anders. Het beroep van Labonovum op de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) faalt eveneens, nu de norm volgens het hof niet geldt voor een indirect (minderheids)aandeelhouder en gewezen bestuurder. Het hof bekrachtigt het kortgedingvonnis in eerste aanleg.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 12-04-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:709

Zaaknummer: 200.298.371/01

Rechters: M.D. Ruizeveld, F.J. Verbeek en A.J. Swelheim

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

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Oud-CFO/De Volksbank N.V. c.s.

Een bestuurder (CFO) van een bank is ontslagen. Hij is een dag na zijn ziekmelding uitgenodigd voor de algemene vergadering waarop zijn ontslag was geagendeerd. De bestuurder en de bank procederen over de vraag of de overeenkomst tussen partijen moet worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst of als overeenkomst van opdracht en of de bestuurder recht heeft op door hem verzochte vergoedingen nu die overeenkomst is geëindigd. Het hof oordeelt — anders dan de rechtbank — dat de bestuurder een arbeidsovereenkomst had. Het ontslagbesluit is geldig, maar de bestuurder beroept zich terecht op opzegging in strijd met het opzegverbod tijdens ziekte. Hem komt daarom een billijke vergoeding toe van € 270.000 bruto.

Feiten

Op 12 december 2019 hebben opdrachtgever, De Volksbank, en opdrachtnemer ('de Bestuurder') een overeenkomst gesloten met de titel 'Overeenkomst van opdracht statutair bestuurder'. Op 1 januari 2020 is de Bestuurder op basis van deze overeenkomst als directeur Financiën voor de bank gaan werken. Op 20 maart 2020 is hij benoemd tot statutair bestuurder van de bank en de functie van CFO gaan vervullen. Op enig moment is tussen de Bestuurder en de CEO onenigheid ontstaan. Uiteindelijk heeft de Bestuurder op 11 augustus 2020 een brief ontvangen, getekend door de voltallige RvC, waarin hem is medegedeeld dat de RvC op de kortst mogelijke termijn tot zijn ontslag zal besluiten. In de brief staat dat het ontslag van de Bestuurder als directielid een van de noodzakelijke maatregelen is uit een breder pakket om het (dis)functioneren van de directie aan te pakken. Specifiek ten aanzien van de Bestuurder heeft de RvC vastgesteld dat in de korte tijd sinds zijn aantreden de noodzakelijke vertrouwensbasis volledig is weggefallen, zowel in verhouding tot de RvC als binnen de directie.

Op 12 augustus 2020 heeft de Bestuurder zich ziek gemeld en een dag later heeft hij een uitnodiging ontvangen voor de algemene vergadering waarop zijn ontslag is geagendeerd. Er is geen overeenstemming over een vrijwillig vertrek bereikt. Op 1 september 2020 heeft de ondernemingsraad positief geadviseerd over het voorgenomen ontslag als statutair bestuurder. Na afloop van de ontslagvergadering van 5 september 2020 is de Bestuurder onmiddellijk ontslagen als bestuurder. Op 10 september 2020 heeft De Volksbank schriftelijk aan de Bestuurder bericht dat de overeenkomst van opdracht, vanwege de opzegtermijn van vier maanden, eindigde per 31 januari 2021. Tussen partijen is in geschil of de overeenkomst tussen partijen moet worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst of als overeenkomst van opdracht en of de Bestuurder recht heeft op door hem verzochte vergoedingen nu die overeenkomst is geëindigd. De rechtbank heeft in eerste aanleg de overeenkomst gekwalificeerd als overeenkomst van opdracht en de verzochte vergoedingen afgewezen (zie OR 2021-0284). De Bestuurder heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof oordeelt – in een uitvoerige beschikking – als volgt.

Kwalificatie van de overeenkomst

Aan de hand van het toetsingskader uit het arrest *X/Gemeente Amsterdam* (ECLI:NL:HR:2020:1746) is het hof, anders dan de rechtbank, van oordeel dat tussen partijen sprake is (geweest) van een arbeidsovereenkomst. Het hof acht in de ‘uitlegfase’ van belang (1) de wijze van totstandkoming van de overeenkomst, (2) de inhoud van de overeenkomst, waaronder de bepaling dat partijen beogen geen arbeidsovereenkomst aan te gaan, de bepaling ten aanzien van de managementvergoeding, de mogelijkheid van tussentijdse opzegging en de contractuele beëindigingsvergoeding, (3) de uitvoering van de overeenkomst (de Bestuurder ontving maandelijks een loonstrook, in het digitale systeem stond opgenomen dat de Bestuurder werkte op basis van een ‘schriftelijke arbeidsovereenkomst’ en ook op een in mei 2020 overgelegde werkgeversverklaring stond aangevinkt dat de Bestuurder een arbeidsovereenkomst heeft), en (4) de maatschappelijke positie en kennis (de Bestuurder had kennis van de banksector en jarenlange ervaring als registeraccountant; ook was hij als partner, via zijn management-bv, aan een internationaal accountantskantoor verbonden).

Ten aanzien van de tweede fase, de ‘kwalificatiefase’, overweegt het hof dat het element ‘in dienst van’ het onderscheidende element is tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst. In dit geval volgt uit de overeenkomst en uit het directiereglement dat de RvC instructiebevoegdheid heeft. Feitelijk zijn aan de Bestuurder ook aanwijzingen gegeven. Daarnaast houdt de RvC jaarlijks een beoordelingsgesprek. Het hof is van oordeel dat

(verder) niet blijkt van bijzonder veel factoren voor ‘gezag’ van De Volksbank. Maar dat is ook niet nodig, aldus het hof, daar een bestuurder nu eenmaal een autonome functie-uitoefening heeft. Specifiek voor vennootschapsbestuurders wordt aan de factor ‘gezag’ in de juridische literatuur dan ook niet zwaar getild en toch een arbeidsovereenkomst aangenomen. Iets zwaarder weegt voor het hof dat het, gelet op de overeengekomen rechten en plichten, geen overtuigende onderbouwing heeft kunnen vinden voor de kwalificatie ‘opdracht’, met name door het ontbreken van commerciële risico’s voor de Bestuurder en het feit dat de functie behoort tot het ‘vaste functiehuis’ van De Volksbank. Dat de Bestuurder, gelet op zijn (onderhandelings)positie en hoge beloning, geen ongelijkheidscompensatie behoeft, zoals de rechtbank heeft overwogen, speelt in fase twee geen rol.

Overigens is niet gebleken dat de Bestuurder op kernpunten van de gesloten overeenkomst daadwerkelijk kon onderhandelen over de aangeboden overeenkomst, die De Volksbank immers zo uniform mogelijk wilde houden. Anders dan in omringende landen heeft de Nederlandse wetgever welbewust niet bij wet bepaald dat voor alle vennootschapsbestuurders geldt dat zij geen arbeidsovereenkomst hebben. Het hof verwerpt dan ook het standpunt van De Volksbank dat artikel 2:132 lid 3 BW naar analogie moet worden toegepast op niet-beursgenoteerde nv’s. De conclusie luidt dat het hof, anders dan de rechtbank, uitgaat van een arbeidsovereenkomst.

Opzegverbod tijdens ziekte

Het hof is – kort gezegd – van oordeel dat sprake is van een geldig ontslagbesluit. Een vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit leidt in de regel ook tot het einde van de arbeidsovereenkomst met de bestuurder, tenzij sprake is van een opzegverbod. De vraag is of de Bestuurder zich terecht beroept op opzegging in strijd met het opzegverbod tijdens ziekte. Het hof overweegt dat feitenrechters meestal aannemen dat het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt indien de ongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat de bestuurder de oproeping heeft ontvangen voor een algemene vergadering waarin zijn ontslag op de agenda staat (de ‘Van Kalmthoutleer’). Het hof volgt voornoemde leer en oordeelt dat het moment waarop de Bestuurder wordt uitgenodigd voor de algemene vergadering van aandeelhouders bepalend is. Op dat moment start daadwerkelijk de formele ontslagprocedure. De Bestuurder is een dag ná de ziekmelding uitgenodigd voor de algemene vergadering, zodat het opzegverbod in dit geval van toepassing is. De Bestuurder komt dan ook een billijke vergoeding toe op de voet van artikel 7:683 lid 3 BW, gebaseerd op zijn stelling dat de rechtbank het arbeidsrechtelijke ontslag op de voet van artikel 7:681 lid 1 aanhef en onder b BW had moeten vernietigen.

Billijke vergoeding

Het hof bepaalt de hoogte van de billijke vergoeding op € 270.000 bruto. Het hof gaat daarbij uit van de situatie dat de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg zou zijn ontbonden per 1 november 2021, waarbij het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de ziekte van de Bestuurder, er evident sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding en herplaatsing niet in de rede lag. Daarmee is 'de waarde van het dienstverband' te bepalen op negen maanden loon, gelijk aan voornoemd bedrag.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-05-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:4294

Zaaknummer: 200.302.395/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, J.H. Kuiper en A.W. Steeg

Advocaten: E.L. Pasma, M. Faber, S.F. Sagel, M.B. Kerkhof, I.L.N. Timp, H. Kersten en M. Jovović

Wetsartikelen: 2:132 BW, 7:610 BW, 7:670 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

FPH c.s./Promneftstroy

Deze zaak is er een in de nasleep van het faillissement van Yukos Oil. Door aan Yukos Oil gelieerde partijen is in 2007 conservatoir beslag gelegd op de aandelen van een Nederlandse dochtervennootschap die in bezit zijn van Yukos Oil. Kort daarna worden de aandelen van deze dochtervennootschap in het kader van de afwikkeling van het faillissement van Yukos Oil door de Russische curator verkocht aan de Russische rechtspersoon Promneftstroy. In eerste aanleg wordt een verklaring voor recht gevorderd dat de aandelenoverdracht aan Promneftstroy kwalificeert als ‘onttrekking aan beslag’ in de zin van de in dat kader gesloten SPA, hetgeen betekent dat een in diezelfde SPA opgenomen ontbindende voorwaarde is ingetreden. De rechtbank oordeelt dat hiervan geen sprake is. In hoger beroep oordeelt het hof, na het wijzen van een tussenarrest, dat wel degelijk sprake is van een onttrekking in de zin van de SPA. Op die grond worden de aandelen geacht nooit te zijn overgedragen aan Promneftstroy vanaf de datum dat het arrest in gezag van gewijsde gaat.

Inleiding

Deze zaak gaat over een van de geschillen die zich voordoen in de nasleep van het faillissement van het Russische olieconcern Yukos Oil. Financial Performance Holdings B.V. (‘FPH’) en Yukos Capital Limited (‘Yukos Capital’) leggen in 2007 conservatoir beslag op de aandelen van Yukos Finance B.V. (‘Yukos Finance’), waarvan Yukos Oil enig aandeelhouder is. Dit beslag is gelegd omdat de FPH en Yukos Capital stellen grote vorderingen te hebben op Yukos Oil. Kort nadat dit beslag is gelegd, verkoopt de Russische faillissementscurator van Yukos Oil de aandelen in Yukos Finance aan de naar Russisch recht opgerichte vennootschap Promneftstroy. In dit geschil is de vraag aan de orde of de verkoop van de aandelen in Yukos Finance een ‘onttrekking aan het beslag’ (een ‘evasion of the Shares’) is in de zin van de SPA

die is gesloten in het kader van de verkoop van de aandelen. Indien van een onttrekking sprake is, zo bepaalt de ontbindende voorwaarde in artikel 8.4 van de SPA, dan zullen de aandelen worden geacht nooit te zijn geleverd onder de leveringsakte. De leveringsakte bevat een onttrekkingsbeding van soortgelijke strekking.

Eerste aanleg

In eerste aanleg dagvaardden FPH, STAK Yukos International en Yukos Capital de koper van de aandelen in Yukos Finance, de naar Russisch recht opgerichte vennootschap Promneftstroy. De eisers ('FPH c.s.') vorderen een verklaring voor recht dat de aandelen zijn onttrokken in de zin van de SPA en de leveringsakte, hetgeen tot gevolg heeft dat de ontbindende voorwaarde is vervuld en dat Promneftstroy geen rechthebbende is geworden op de aandelen. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een onttrekking wordt, in lijn met de bedoeling van partijen, aansluiting gezocht bij artikel 198 lid 1 Sr. In eerste aanleg overweegt de rechtbank dat het enkele feit dat een beslag goed wordt vervreemd nog onvoldoende is om onttrekking in de zin van het Wetboek van Strafrecht aan te nemen. Daarvoor moet sprake zijn van bijkomende omstandigheden, waaruit blijkt dat er opzet is om de verhaalsmogelijkheden van de beslaglegger te frustreren. Omdat naar het oordeel van de rechtbank tegenover alle betrokkenen de positie van de beslagleggers is geëerbiedigd door uitdrukkelijk in de koopakte en de leveringsakte een onttrekkingsbeding op te nemen, oordeelt de rechtbank dat geen sprake is van een onttrekking in de zin van artikel 198 Sr. Alle vorderingen van FPH c.s. worden om die reden afgewezen.

Hoger beroep: tussenuitspraak

FPH c.s. stellen hoger beroep in. Gedurende het hoger beroep wijst de Hoge Raad in een andere zaak een arrest waarin wordt bevestigd dat i) het Russische faillissementsvonnis inzake het faillissement van Yukos Oil in Nederland niet wordt erkend, ii) de curator nooit bevoegd is geweest de aandelen in Yukos Finance te verkopen en te leveren aan Promneftstroy en iii) Promneftstroy om die reden ook nooit rechthebbende is geworden op de aandelen in Yukos (ECLI:NL:HR:2019:54). Het hof ziet in de uitspraak van de Hoge Raad aanleiding om FPH c.s. en Promneftstroy de mogelijkheid te bieden zich uit te laten over de betekenis van de uitspraak van de Hoge Raad (OR 2021-0113).

Hoger beroep: einduitspraak

Nadat de partijen hun zienswijzen naar voren hebben kunnen brengen, doet het hof einduitspraak. Het hof overweegt ten eerste dat het voor de uitleg van artikel 198 Sr (en daarmee de uitleg van het onttrekkingsbeding) niet relevant is of de beslaglegger wordt benadeeld. Naar het oordeel van het hof strekt artikel 198 Sr tot eerbiediging van het openbaar

gezag, en beoogt het niet de positie van de beslagleggers te beschermen. Hoewel de vervreemding van de aandelen niet aan de beslagleggers kan worden tegengeworpen, blijft het een feit dat een bezwaring of vervreemding van de aandelen de beslaglegging niet eerbiedigt jegens het openbaar gezag. De vervreemding van de beslagen aandelen is civielrechtelijk dus niet absoluut nietig, maar de vervreemding levert wel een onttrekking op in de zin van artikel 198 Sr. Beoordeling van de vraag of partijen hebben gehandeld met de opzet om de verhaalsmogelijkheden van de beslagleggers te beperken, kan dan ook achterwege blijven, zo overweegt het hof. Daarom moet de aandelenoverdracht worden aangemerkt als een onttrekking in de zin van artikel 198 Sr en daarmee als een 'evasion of the Shares' in de zin van de SPA en de leveringsakte.

Het hof oordeelt daarom dat het beroep slaagt. Het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd en het hof verklaart voor recht dat de aandelenoverdracht een 'evasion of the Shares' is, zodat de aandelen, vanaf de datum dat het arrest in gezag van gewijsde gaat, geacht zullen worden nooit te zijn overgedragen aan Promneftstroy.

A. El Allaoui, juni 2022

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-04-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:1167

Zaaknummer: 200.247.666/01

Rechters: E.E. van Tuyll Serooskerken-Röell, W.A.H. Melissen en G.C.C. Lewin

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

Wetsartikelen: 198 Sr en 474e Rv

RECHTSPRAAK

Faase q.q./Bestuurders koeriersbedrijf

Een curator spreekt de bestuurders van een failliete bv aan op de voet van artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW. Ondanks schending van de administratie- en de publicatieplicht, weerleggen de bestuurders met succes het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. Onbehoorlijk bestuur is ook geen belangrijke oorzaak van het faillissement. De bestuurders zijn wel aansprakelijk op grond van artikel 2:9 BW wegens het niet tijdig aanvragen van faillissement en gedeeltelijke overdracht van klanten aan een nieuwe onderneming.

Een bv ('de BV') dreef een koeriersbedrijf, maar is op 25 april 2018 gefailleerd. A, B en C waren gezamenlijk aandeelhouder en bestuurder van de BV ('de Bestuurders'). In deze procedure spreekt de curator de Bestuurders aan op de voet van artikel 2:248 BW en artikel 2:9 BW.

Vordering ex artikel 2:248 BW

Ten aanzien van de vordering op grond van artikel 2:248 BW is van belang dat de administratieplicht en de plicht om de jaarrekening openbaar te maken zijn geschonden. Daarmee staat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Ter ontzenuwing van het bewijsvermoeden stellen de Bestuurders de volgende andere oorzaken van het faillissement. Het faillissement is veroorzaakt doordat de marges vanaf 2013/2014 verslechterden. Ondertussen stegen de brandstofkosten en konden de personeelskosten niet worden verlaagd. Vanaf eind 2014 kreeg de BV daar bovenop minder opdrachten van haar belangrijkste opdrachtgever. Een andere grote pakketvervoerder kon vanwege een conflict niet met de BV in zee. De curator heeft deze stellingen niet betwist. Hij voert wel aan dat het bestuur maatregelen had moeten nemen om het tij te keren, maar dat argument snijdt volgens de rechtbank geen hout. Het bestuur heeft volgens de rechtbank immers maatregelen getroffen die erop gericht waren de BV te laten overleven. De maatregelen bestonden uit het verschaffen van aanvullend kapitaal, zoeken naar andere

opdrachtgevers met betere tarieven, uitbreiden van de werktijden en onderhandelen met een derde over een (gedeeltelijke) overname.

De rechtbank stelt vervolgens vast dat het bestuur ook niet aansprakelijk is op grond van het eerste lid van artikel 2:248 BW. De curator heeft namelijk niet aannemelijk gemaakt dat sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Volgens de rechtbank was de BV al in het voorjaar van 2017 feitelijk failliet en dat kwam doordat de marges sinds 2013/2014 verslechterden. Dat het bestuur daarna is doorgegaan met de onderneming en vanaf 15 september 2017 klanten heeft overgeheveld naar een nieuw opgerichte onderneming, kan daarom geen belangrijke oorzaak van het faillissement zijn.

Vordering ex artikel 2:9 BW

De rechtbank concludeert dat het bestuur wel op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk is voor de schade van de BV die het gevolg is van onbehoorlijk bestuur. De rechtbank is van oordeel dat het bestuur ernstig verwijtbaar heeft gehandeld doordat het niet op of omstreeks 15 september 2017 het faillissement heeft aangevraagd, maar in plaats daarvan een deel van de klanten zonder tegenprestatie heeft overgedragen aan de nieuw opgerichte vennootschap. Op dat moment wist het bestuur of had het moeten begrijpen dat het faillissement onvermijdelijk was en dat de schuldenlast nog verder zou toenemen als het faillissement niet zou worden aangevraagd. De Bestuurders zijn ieder hoofdelijk aansprakelijk voor de schade van de BV. Van disculpatie is geen sprake.

De curator heeft de omvang van de schade nog niet geschetst. Daartoe zal een schadestaatprocedure moeten worden gevoerd. Eventuele matiging moet in die procedure aan bod komen.

S.W.M. Kessels & J.E. van Nuland, mei 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 16-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:1182

Zaaknummer: C/16/517918 / HA ZA 21-157

Rechters: J.K.J. van den Boom

Advocaten: S.R. Effting, C. van der Mark en B. van Treijen

Wetsartikelen: 2:9 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders van Import Cooperation Europe B.V./Curator

De Hoge Raad oordeelt dat de opsomming van de collectieve matigingsgronden in artikel 2:248 lid 4 BW limitatief is. Dat dit zo is, werd reeds algemeen aangenomen in de literatuur, maar was nog niet overwogen door de Hoge Raad. In lijn met de conclusie van de A-G verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep van de bestuurders tegen hun veroordeling tot betaling (zonder matiging) van het boedeltekort.

Import Cooperation Europe B.V. ('Import') is failliet verklaard op 1 november 2016. Bij de rechtbank en het hof (zie OR 2021-0057) zijn de direct en indirect bestuurder van Import op de voet van artikel 2:248 BW veroordeeld tot betaling van het tekort in het faillissement. De bestuurders hebben een beroep gedaan op matiging, welk beroep door zowel de rechtbank als het hof is afgewezen.

In cassatie wordt geklaagd dat het hof ten onrechte heeft aangenomen dat de opsomming van de collectieve matigingsgronden in lid 4 van artikel 2:248 BW limitatief is. Het hof had, aldus de klagers in cassatie, moeten ingaan op alle omstandigheden die het beroep op matiging ondersteunden en niet slechts op die omstandigheden die relevant zijn voor de gronden genoemd in artikel 2:248 lid 4 BW.

De Hoge Raad overweegt dat 'zowel uit de tekst als uit de parlementaire geschiedenis van artikel 2:248 lid 4, eerste volzin, BW blijkt dat de gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, in deze bepaling limitatief zijn opgesomd'. Het cassatieberoep wordt verworpen. De Hoge Raad volgt daarmee de conclusie van A-G Assink.

O. Oost, mei 2022

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-05-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:691

Zaaknummer: 21/01620

Rechters: M.V. Polak, T.H. den Tanja-van Broek, H.M. Wattendorf, S.J. Schaafsma en F.R. Salomons

Advocaten: F.I. van Dorsser en K. Aantjes

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

No Surrender/OM - Verbodenverklaring motorclub No Surrender en de daaraan verbonden chapters en brotherhoods

De internationale motorclub No Surrender komt in cassatie op tegen het oordeel van het hof dat zij op grond van artikel 2:20 lid 1 BW ontbonden en verboden moet worden, inclusief de aan haar verbonden chapters en brotherhoods. No Surrender bestrijdt in cassatie met name het oordeel van het hof dat de werkzaamheid van No Surrender in strijd is met de openbare orde en kan worden toegerekend aan No Surrender. Ook bestrijdt No Surrender het oordeel dat haar chapters en brotherhoods niet als informele verenigingen kwalificeren, maar als onderdeel van No Surrender en daarom net als No Surrender ontbonden en verboden moeten worden. A-G Assink gaat hier in zijn conclusie niet in mee; volgens hem treffen onder meer de klachten dat het oordeel van het hof in strijd zou zijn met de Hells Angels-beschikking en de Bandidos-beschikking geen doel. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

Het geschil

No Surrender is een internationale motorclub met één centraal bestuur, die bestaat uit verschillende aan haar verbonden chapters en brotherhoods en is gelieerd aan de vereniging NS MC, die in de beginjaren van No Surrender is opgericht door haar kopstukken.

In deze procedure vordert het OM dat No Surrender op grond van artikel 2:20 lid 1 BW ontbonden en verboden wordt, net als haar chapters en brotherhoods en NS MC, omdat deze verenigingen activiteiten uitvoeren die de samenleving (kunnen) ontwrichten.

Procesverloop

De rechtbank heeft de vordering van het OM toegewezen en heeft No Surrender ontbonden en verboden en daarbij beslist dat de chapters, de brotherhoods én NS MC deel uitmaken van No Surrender.

Hiertegen is No Surrender in hoger beroep gegaan. In hoger beroep heeft het OM de eis ten aanzien van NS MC gewijzigd en gevraagd om een apart verbod ten aanzien van deze vereniging.

Het hof stelt voorop dat vrijheid van vereniging in ons land een belangrijk grondbeginsel is. Een rechtspersoon, dus ook een (informele) vereniging, kan echter ingevolge artikel 2:20 lid 1 BW worden verboden als de werkzaamheid daarvan in strijd is met de openbare orde. Onder 'werkzaamheid' vallen enkel uitingen, handelen en nalaten die aan de betreffende rechtspersoon kunnen worden toegerekend. Bij de beoordeling of hiervan sprake is, zijn de ontstaansgeschiedenis en de aard van de werkzaamheid van de rechtspersoon van belang. Ook spelen de kennelijke bedoeling bij en de gevolgen van de verschillende uitingen en gedragingen een rol.

In casu staat vast dat No Surrender een zogeheten 1%-MC, een *outlaw motorgang*, is die een eigen geweldsmonopolie opeist en haar bestaansrecht daaraan ontleent. No Surrender kenmerkt zich door onder andere geweld, betrokkenheid van criminelen, een strikte zwijgplicht (*omerta*), de onmogelijkheid om No Surrender te verlaten (*bad standing*) en een *jailfund* voor de ondersteuning van leden die in het belang van No Surrender strafbare feiten hebben gepleegd. De combinatie van deze factoren, tezamen met een hele reeks aan daadwerkelijk bewezen (ernstige) strafbare feiten, kwalificeert volgens het hof als een 'werkzaamheid' in strijd met de openbare orde als bedoeld in artikel 2:20 lid 1 BW. Volgens het hof kunnen de gedragingen van leden aan No Surrender worden toegerekend, aangezien zij de 1%-MC cultuur in stand houdt en verheerlijkt.

Het hof vervolgt dat, vanwege de strikte uitleg van het begrip rechtspersoon in de zin van artikel 2:20 lid 1 BW, een verbod op No Surrender enkel de informele vereniging No Surrender treft en niet ook andere (informele) verenigingen die met haar te maken hebben. Bij het beoordelen van de vraag of NS MC, de brotherhoods en de chapters ofwel aparte verenigingen, ofwel onderdeel van No Surrender zijn, spelen alle omstandigheden van het geval een rol, waaronder de onderlinge verbondenheid, eenheid en (ondergeschiktheid aan) het centrale gezag. Wat betreft NS MC oordeelt het hof dat het een aparte formele vereniging is die ook apart moet worden verboden. De chapters en brotherhoods daarentegen, worden volgens het hof te veel begrensd door het gezag van bovenaf. Zo is het doel van de chapters en

brotherhoods niet te onderscheiden van dat van No Surrender en zijn zij ook naar buiten toe niet van elkaar te scheiden.

Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank voor zover daarin de vereniging NS MC als onderdeel van No Surrender is ontbonden en verboden en wijst het verbod ten aanzien van NS MC af, omdat het OM onvoldoende heeft aangevoerd om dit verbod te kunnen toewijzen. Het hof bekrachtigt de bestreden beschikking voor het overige.

Het beroep in cassatie

No Surrender gaat in cassatie tegen het arrest van het hof. Het cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen, waarvan met name de eerste twee relevant zijn. Het eerste onderdeel keert zich tegen het oordeel van het hof dat de werkzaamheid van No Surrender in strijd is met de openbare orde en kan worden toegerekend aan No Surrender. Het oordeel klaagt onder meer dat het hof ten onrechte niet heeft uitgesloten dat de beweerdelijk maatschappelijk ontwrichtende gedragingen hebben plaatsgevonden als gevolg van andere dan de door het hof genoemde bijzondere omstandigheden.

A-G Assink wijst bij de behandeling van deze klacht op de *Hells-Angels*-beschikking van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2009:BI1124), waarin is overwogen dat wanneer een rechtspersoon bij gedragingen van derden, zoals members, zelf niet rechtstreeks betrokken is in die zin dat het bestuur daaraan leiding heeft gegeven of daartoe doelbewust gelegenheid heeft gegeven, die gedragingen slechts als eigen 'werkzaamheid' aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend, indien bijzondere feiten en omstandigheden daartoe grond geven.

In de onderhavige zaak vormen volgens de A-G de door het hof bedoelde omstandigheden dat de door No Surrender bepaalde cultuur, waarin het plegen van geweld wordt verheerlijkt en waaraan leden zich niet zomaar kunnen onttrekken, de bijzondere omstandigheden, op grond waarvan de strafbare gedragingen van leden van No Surrender aan No Surrender als rechtspersoon kunnen worden toegerekend, ook al heeft het bestuur van No Surrender daaraan niet direct leidinggegeven of er gelegenheid voor geboden. Daarmee heeft het hof volgens de A-G geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof hoefde niet nog weer verdergaand uit te sluiten dat deze gedragingen niet in enige mate ook het gevolg zijn van andere omstandigheden. Zo'n strikte 'causaliteitseis' volgt niet uit de *Hells Angels*-beschikking van de Hoge Raad, en evenmin uit rechtspraak of literatuur van nadien. Dit onderdeel treft volgens de A-G daarom geen doel.

Het tweede onderdeel keert zich tegen het oordeel van het hof over de status van de chapters en brotherhoods als onderdeel van No Surrender, in plaats van als zelfstandige informele verenigingen. Met dit oordeel zou het hof hebben gehandeld in strijd met de *Bandidos*

-beschikking van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2020:797), omdat het een te strenge eis zou hebben gehanteerd om het bestaan van een informele vereniging te kunnen vaststellen.

Bij de bespreking van deze klacht overweegt de A-G dat het hof naar de kern genomen tot de conclusie komt dat de chapters niet als informele verenigingen – en daarmee als zelfstandige, van No Surrender te onderscheiden verenigingen – zijn aan te merken, nu op geen enkele manier is gebleken dat de chapters daadwerkelijk zelfstandige lichamen zijn die als zodanig – dus (als) zelfstandig (lichaam) – deelnemen aan het rechtsverkeer. Volgens de A-G is dit in lijn met de *Bandidos*-beschikking van de Hoge Raad, waarin is overwogen dat uit artikel 2:26 lid 1 BW en de toelichting daarop volgt dat voor het zijn van een informele vereniging is vereist dat er een zelfstandig lichaam is dat als zodanig deelneemt aan het rechtsverkeer, dat leden heeft en dat gericht is op een bepaald doel. Daarop stuit de klacht af.

Nu geen van de onderdelen doel treft, strekt de conclusie van de A-G tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep nu de klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest van het hof, en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

C.N. Perrick, mei 2022

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 22-04-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:591

Zaaknummer: 21/01185

Rechters: M.V. Polak, C.H. Sieburgh, F.J.P. Lock, S.J. Schaafsma en F.R. Salomons

Advocaten: J. van Weerden en G.C. Nieuwland

Wetsartikelen: 2:20 lid 1 BW en 2:26 lid 1 BW