

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 17, 2022

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:2753](#) 09-08-2022

Bestuurders van Mega Parket/Werknemer

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:2684](#) 02-08-2022

Indirect bestuurder van PETC+ B.V./Werknemers

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:6385](#) 25-07-2022

Opdrachtgever/De Veense Bouwer B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:6167](#) 19-07-2022

Daniëls q.q./Partnership Solutions Holding B.V. c.s.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:6134](#) 19-07-2022

Bestuurders van Waterwerken.nl B.V./Pol q.q.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:2057](#) 08-07-2022

Enquête Monitor Management B.V. en SmartVital B.V.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:1319](#) 05-07-2022

Voormalig werknemer/Bestuurders van World Energy Service B.V.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:1326](#) 05-07-2022

Curator/Hooge Raedt Groep B.V. c.s.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:5228](#) 21-06-2022

Bestuurder van Testservice Onderwijs B.V./De Rijnlandse School

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:1757](#) 14-06-2022

Ontslagen bestuurder/Codaisseur B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:1416](#) 10-05-2022

Sanofi Foreign Participations B.V./Gezamenlijke andere aandeelhouders van Kiadis Pharma N.V.

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2022:5089](#) 13-06-2022

Heropening vereffening KM Beheer B.V.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:8125](#) 08-06-2022

Beschikking inzake Stichting St. Maarten

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:3091](#) 20-05-2022

Dyecoo Textile Systems B.V./Warendorf Maatschap, notaris en minderheidsaandeelhouders

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:2901](#) 04-05-2022

Reerink q.q./Bestuurders

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2022:3645](#) 19-04-2022

Verzoek benoeming bestuurders stichting

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:2054](#) 13-04-2022

Aansprakelijkheid feitelijk beleidsbepaler Qlog B.V.

RECHTSPRAAK

Enquête Monitor Management B.V. en SmartVital B.V.

OK; enquête. Tweede fase enquêteprocedure. Na de eerdere opdracht van de OK aan de tijdelijk bestuurder en beheerder van de aandelen om tot ontvlechtigingsplan te komen, treedt de tijdelijk bestuurder af. Een nieuwe tijdelijk bestuurder wordt door de OK aangewezen. De OK stelt in de onderhavige beschikking vast dat de – in een voorgaande beschikking – aan de vennootschappen opgelegde vrijwaringsverplichtingen ten gunste van de tijdelijk bestuurder ook gelden voor de opvolgend tijdelijk bestuurder en eventueel nog te benoemen bestuurders en functionarissen in hun hoedanigheid. Het staat de nieuw aangewezen tijdelijk bestuurder daarom vrij om de zekerheid in te richten ter nakoming van de vrijwaringsverplichtingen binnen het door de OK in de eerdere beschikking gestelde kader. Vaststaat dat onder deze vrijheid het openen van een specifieke ‘inzake’-rekening op de derdengeldenrekening van de tijdelijk bestuurder valt.

Deze beschikking is een volgende loot aan de boom van de enquêteprocedure inzake Monitor Management B.V. ('Monitor') en SmartVital B.V. ('SmartVital'). Acrobat Management B.V. ('Acrobat'), Brampton Management B.V. ('Brampton') en Visionlead management B.V. ('Visionlead') houden respectievelijk 40%, 40% en 20% van de aandelen in het kapitaal van Monitor. Monitor houdt 95% van de aandelen in het kapitaal van SmartVital en is enig bestuurder van SmartVital. Les Produits Naturels Herb-E-Concept Inc. ('HEC') houdt de overige 5% van de aandelen in het kapitaal van SmartVital en SmartVital houdt 5% van de aandelen in HEC. Acrobat is in 2019 teruggetreden als bestuurder van Monitor; Brampton en Visionlead zijn bestuurder gebleven.

In eerdere beschikkingen heeft de OK onder meer vastgesteld dat er sprake is van wanbeleid binnen Monitor en een tijdelijk bestuurder (Molenaar) aangewezen (OR 2022-0067). Ook

heeft de OK overwogen dat een voorwaardelijke voorziening tot ontbinding van Monitor en SmartVital onwenselijk zou zijn, maar dat, gezien de structurele vertrouwensbreuk tussen partijen, Molenaar en Borrius (de aangestelde beheerder van de aandelen) het tot hun taak mogen rekenen om scenario's uit te werken om te komen tot een ontvlechting van de samenwerking (OR 2022-0069). Bij latere beschikking is Dekker aangewezen tot opvolgend tijdelijk bestuurder van Monitor, ter vervanging van Molenaar.

De huidige beschikking volgt op het verzoek van Dekker om onder meer te bepalen dat hij, ter zekerheid van de ten gunste van de tijdelijk bestuurder aan Monitor en SmartVital opgelegde vrijwaringsverplichtingen, als tijdelijk bestuurder een 'inzake'-rekening mag openen op zijn derdengeldenrekening, met aanhouding van een depot zoals toegewezen in de eerdere beschikking, en dat het Molenaar wordt toegestaan tegen finale kwijting het restantbedrag van Molenaar's derdengeldenrekening over te boeken naar deze 'inzake'-rekening van Dekker.

De OK stelt voorop dat in de voorgaande beschikking reeds is bepaald dat de aan Monitor opgelegde vrijwaringsverplichtingen overeenkomstig gelden voor Dekker als opvolgend tijdelijk bestuurder. Deze verplichtingen zijn immers door de OK opgelegd om de *'benoemde tijdelijk bestuurder – in die hoedanigheid en dus los van de persoon van de tijdelijk bestuurder – te behoeden voor kosten in verband met procedures ter zake van die aanstelling'*. Dit brengt mee dat het voorgaande geldt voor alle door de OK benoemde en eventueel nog te benoemen bestuurders en functionarissen in hun hoedanigheid. Het staat Dekker dan ook vrij om binnen dat kader de zekerheid in te richten, waaronder ook het openen van een 'inzake'-rekening valt.

T.M. Goudzwaard, augustus 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:2057

Zaaknummer: 200.258.479/03 OK

Rechters: A.J. Wolfs, A.W.H. Vink, J.M. de Jongh, P.G. Boumeester en M.J.R. Broekema

Advocaten: N.P.F.E. van der Peet, B.J.C. Zeschmann, J.L.E. Marchal en M.J. Drop

Wetsartikelen: 2:356 BW

RECHTSPRAAK

Heropening vereffening KM Beheer B.V.

De rechtbank heropent op verzoek van de voormalig DGA de vereffening van een ontbonden bv, nu de tijdelijke herleving van deze rechtspersoon is vereist om nog bestaande hypotheekinschrijvingen te kunnen doorhalen.

KM Beheer B.V. ('KM Beheer') is in 2021 zonder baten geturboliquideerd en ontbonden. Na de ontbinding blijken er appartementsrechten te zijn die nog zijn belast met een hypothecaire inschrijving ten behoeve van KM Beheer. De laatste DGA van KM Beheer is eigenaar van deze appartementsrechten. Hoewel de schuld is afgelost, is verzuimd de hypotheekinschrijvingen door te halen. Om dit alsnog te kunnen doen is heropening van de vereffening van KM Beheer noodzakelijk en de voormalig DGA verzoekt de rechtbank daarom ex artikel 2:23c BW om heropening van de vereffening van de ontbonden bv. De rechtbank oordeelt dat artikel 2:23c BW analoog kan worden toegepast in een geval als de onderhavige en heropent de vereffening met benoeming van verzoeker tot vereffenaar.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 13-06-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2022:5089

Zaaknummer: C/15/328259 / HA RK 22-89

Rechters: E.J. Bellaart

Advocaten: E.S.R. Ester

Wetsartikelen: 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Verzoek benoeming bestuurders stichting

De rechtbank benoemt op verzoek van twee belanghebbenden twee personen tot bestuurder van een stichting zonder bestuur na het overlijden van de enig bestuurder.

De enig bestuurder van een stichting is overleden. Benoeming van nieuwe bestuurders is nu overeenkomstig de in de statuten opgenomen regeling niet meer mogelijk. De stichting en twee belanghebbenden verzoeken de rechtbank ex artikel 2:299 BW de lege plaatsen in het bestuur op te vullen door de benoeming van twee door hen aangedragen personen tot bestuurder. Deze personen hebben schriftelijke bereidverklaringen overgelegd. De rechtbank acht het verzoek tot benoeming aldus op de wet gegrond en benoemt de voorgedragen personen tot bestuurder.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 19-04-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2022:3645

Zaaknummer: C/15/326020 / HA RK 22-49

Rechters: E.J. Bellaart

Advocaten: M.W. Schüller

Wetsartikelen: 2:299 BW

RECHTSPRAAK

Ontslagen bestuurder/Codaisseur B.V.

Een bestuurder wordt als bestuurder en werknemer ontslagen. Hij heeft zich echter ziekgemeld voorafgaand aan de ontvangst van de uitnodiging voor de algemene aandeelhoudersvergadering waarop het ontslag was geagendeerd. Het ontslagbesluit (dat arbeidsrechtelijk gezien als opzeggingshandeling fungeert) had, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, volgens het hof niet tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst mogen leiden, nu de bestuurder wordt beschermd door het opzegverbod tijdens ziekte.

Feiten

Codaisseur B.V. ('Codaisseur') drijft een in 2015 door Appellant ('Bestuurder 1') en Bestuurder 2 (tezamen: 'de Bestuurders') opgerichte onderneming die zich richt op het geven van omscholingscursussen op het gebied van IT. Later hebben de Bestuurders samen ook nog The Campus B.V. ('The Campus') opgericht, dat aan Codaisseur is gelieerd. Bestuurder 2 houdt middellijk 60% van de aandelen in Codaisseur en 40% in The Campus. Bestuurder 1 heeft middellijk een aandelenbelang van 60% in The Campus en 40% in Codaisseur. De Bestuurders zijn elk volledig en zelfstandig bevoegd bestuurder van Codaisseur.

Bestuurder 1 is sinds januari 2018 werkzaam krachtens een met Codaisseur gesloten arbeidsovereenkomst. In een e-mail aan Bestuurder 1 d.d. november 2018 bericht Bestuurder 2 dat hij problemen ervaart in de onderlinge samenwerking. Een jaar later stuurt Bestuurder 2 een e-mail dat hij zich genoodzaakt ziet de samenwerking per direct te beëindigen. Bestuurder 1 meldt zich, na te hebben gereageerd op het e-mailbericht, op 2 december 2019 ziek. Op 19 december 2019 heeft Bestuurder 2 de uitnodiging voor een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders ('BAVA') verzonden, met als agendapunt het ontslag van Bestuurder 1. Deze BAVA vindt geen doorgang. Vervolgens wordt op 21 april 2020 opnieuw een uitnodiging voor een op 30 april te houden BAVA verzonden, met het voornemen om de arbeidsovereenkomst per 30 mei 2020 te beëindigen. Het ontslag volgt.

Bestuurder 1 vordert in eerste aanleg primair het gegeven ontslag te vernietigen en Codaisseur te veroordelen tot loondoorbetaling vanaf 1 juni 2020 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd en subsidiair een billijke vergoeding van € 72.000. De rechtbank wijst het verzoek tot vernietiging van het ontslag af op grond van het feit dat Bestuurder 1 al voorafgaand aan zijn ziekmelding schriftelijk kennis heeft genomen van het voornemen dat men hem wilde ontslaan. De rechtbank heeft een billijke vergoeding van € 10.000 bruto toegekend. In hoger beroep komt Bestuurder 1 op tegen het oordeel van de rechtbank.

Oordeel

Opzegverbod tijdens ziekte

Het hof oordeelt dat de rechtbank het verzoek van Bestuurder 1 tot vernietiging van het ontslag ten onrechte heeft afgewezen. Het hof stelt voorop dat artikel 7:670 lid 1 BW een opzegverbod tijdens ziekte bevat. Sinds het *Levison/MAB*-arrest (ECLI:NL:HR:1992:ZC0761) is duidelijk dat dit opzegverbod ook van toepassing is op bestuurders die werkzaam zijn op grond van een arbeidsovereenkomst met de vennootschap waarvan zij bestuurder zijn. Artikel 7:670 lid 1 sub b BW bevat een antimisbruikbepaling. In artikel 7:670 lid 1 sub b BW wordt aangesloten bij een duidelijk en objectiveerbaar moment, te weten het moment dat een verzoek om ontslagtoestemming door het UWV of een ontslagadviescommissie is ontvangen.

In het geval van ontslag van een bestuurder die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen dat een vergelijkbare antimisbruikbepaling geldt: een ziekmelding na ontvangst van de uitnodiging voor de (B)AVA waar het ontslag op de agenda staat, kent hetzelfde in artikel 7:670 lid 1 sub b BW geregelde rechtsgevolg. De ontvangst van die uitnodiging is ook een duidelijk en objectiveerbaar moment, dat in voldoende mate vergelijkbaar is met de ontvangst van een verzoek om ontslagtoestemming door het UWV of de ontslagadviescommissie.

Bestuurder 1 heeft zich op 2 december 2019 ziekgemeld en ruim na die ziekmelding volgt op 21 april 2020 een uitnodiging voor een BAVA waar zijn voorgenomen ontslag op de agenda staat, te houden op 30 april 2020. Het hof oordeelt dat in dit geval Bestuurder 1 wel degelijk door het opzegverbod wordt beschermd en dat het verzoek ex artikel 7:683 lid 3 BW van Bestuurder 1 om vernietiging van de opzegging door de rechtbank ten onrechte is afgewezen.

Op vragen van het hof tijdens de mondelinge behandeling van het hoger beroep hoe het primaire verzoek moet worden gelezen in verband met het bepaalde in artikel 7:683 lid 3 BW, heeft Bestuurder 1 gepersisteerd in zijn primaire verzoek tot vernietiging van het ontslag. Dit primaire verzoek verklaart het hof niet-ontvankelijk, aangezien Bestuurder 1 het hof verzoekt

tot vernietiging van het ontslag over te gaan, terwijl artikel 7:683 lid 3 BW daartoe geen mogelijkheden biedt. Voor zover Bestuurder 1 tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft willen stellen dat hij heeft verzocht het besluit van de BAVA te vernietigen (waarmee volgens Bestuurder 1 de arbeidsovereenkomst zou herleven), heeft te gelden dat deze wijziging van de grondslag van het verzoek tijdens de mondelinge behandeling tardief is en daarom wordt deze stelling gepasseerd.

Billijke vergoeding

Ten aanzien van de billijke vergoeding oordeelt het hof dat Bestuurder 1 zijn verzoek om een billijke vergoeding zowel in eerste aanleg als in hoger beroep heeft gebaseerd op ernstig verwijtbaar handelen van Codaisseur. Volgens het hof had het op de weg van Codaisseur gelegen om begin 2019 opvolging te geven aan het gesprek van eind 2018 en ten aanzien van het functioneren en de samenwerking een verbetertraject af te spreken. Door hiertoe niet over te gaan is Bestuurder 1 de gelegenheid voor verbetering op de hem verweten punten onthouden en is de mededeling in november 2019 van Bestuurder 2 (namens Codaisseur) dat hij de samenwerking wilde beëindigen rauwelijks geschied, hetgeen in de omstandigheden van dit geval ernstig verwijtbaar handelen in de zin van de wet oplevert. Codaisseur wordt veroordeeld tot betaling van een billijke vergoeding van € 45.000 bruto, onder aftrek van de reeds betaalde billijke vergoeding van € 10.000 bruto.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:1757

Zaaknummer: 200.298.829/01

Rechters: I.A. Haanappel-van der Burg, H.T. van der Meer en W.H.F.M. Cortenraad

Advocaten: C.J. Dreef en D.I. Madunic

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub g BW, 7:670 lid 1 sub b BW, 7:682 lid 3 BW, 7:683 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Indirect bestuurder van PETC+ B.V./Werknemers

Werknemers stellen de indirect bestuurder van een failliete vennootschap persoonlijk aansprakelijk voor hun schade vanwege het niet tot stand brengen door de vennootschap van een pensioenregeling en het niet afdragen van pensioenpremies. Evenals eerder de rechtbank houdt het hof de indirect bestuurder persoonlijk aansprakelijk.

Feiten

Zeven werknemers zijn tot 16 oktober 2015 werkzaam geweest bij Stichting PTC+ ('de Stichting'). De Stichting exploiteerde het Expertisecentrum Buitengebied en Dierhouderij alsmede een hostel. Op 16 oktober 2015 heeft de Stichting de activa van het expertisecentrum verkocht en geleverd aan PETC+ B.V. ('PETC+') en de activa van het hostel verkocht en geleverd aan Horeca Hegelsom B.V. ('de overname'). Ten tijde van de overname was Vita Frui B.V. enig aandeelhouder en bestuurder van PETC+. Op 30 mei 2016 is Hagilo B.V. ('Hagilo') opgericht. Vanaf die datum was Hagilo bestuurder en enig aandeelhouder van PETC+; Vita Frui was vanaf die datum bestuurder en enig aandeelhouder van Hagilo. Appellant ('de Bestuurder') was meerderheidsaandeelhouder en alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder van Vita Frui sinds 12 oktober 2015.

PETC+ is op 28 februari 2017 op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. Op 9 maart 2017 heeft de curator de arbeidsovereenkomsten met de zeven werknemers opgezegd. Werknemers zijn bij de overname van rechtswege bij PETC+ in dienst getreden (artikel 7:663 BW). Op grond van de arbeidsovereenkomsten alsmede de daarop toepasselijke cao was PETC+ verplicht een pensioenvoorziening voor haar werknemers te realiseren door het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst met ABP, dan wel een vergelijkbare pensioenuitvoerder. PETC+ heeft dit niet gedaan. PETC+ heeft wel vanaf de overname maandelijks het werknemersdeel van de pensioenpremie ingehouden op de salarissen van werknemers, maar heeft nooit pensioenpremie afgedragen aan een pensioenverzekeraar (werknemers- noch werkgeversdeel).

Hagilo is op 19 maart 2019 in staat van faillissement verklaard. Werknemers vorderen een verklaring voor recht dat Hagilo jegens werknemers onrechtmatig heeft gehandeld en dat Vita Frui en de Bestuurder hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de dientengevolge geleden schade. In eerste aanleg heeft de rechtbank de vorderingen gericht tegen Vita Frui en de Bestuurder toegewezen en Vita Frui en de Bestuurder hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan werknemers. Vita Frui is inmiddels ook failliet. De Bestuurder heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof oordeelt dat de Bestuurder als indirect bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt te maken valt van het niet sluiten van een uitvoeringsovereenkomst en het niet afdragen van pensioenpremies door PETC+, ondanks de verplichting daartoe gelet op de arbeidsovereenkomsten en de van toepassing zijnde cao. Gelet op het evidente belang van werknemers bij de totstandkoming van een pensioenregeling had van de Bestuurder verwacht mogen worden dat hij na de overname dit zo spoedig mogelijk zou regelen. Hij heeft ten tijde van de overname ook aan werknemers toegezegd dit te zullen doen. Weliswaar betoogt de Bestuurder dat hij zich voldoende heeft ingespannen om het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst ter zake van de pensioenen te realiseren, maar hetgeen de Bestuurder ter onderbouwing daarvan aanvoert, is onvoldoende gelet op datgene wat werknemers daar tegenover inbrengen. Het lag op de weg van de Bestuurder om concreet en met beschikbare documenten te onderbouwen dat ABP aanvankelijk heeft geweigerd een uitvoeringsovereenkomst aan te gaan met PETC+. Dat heeft hij niet gedaan, zodat ervan moet worden uitgegaan dat van een dergelijke aanvankelijke weigering geen sprake is geweest.

Verder is duidelijk dat ABP op 1 augustus 2016 bereid was om, met terugwerkende kracht, met PETC+ een uitvoeringsovereenkomst aan te gaan. Door vervolgens alsnog geen overeenkomst met ABP te sluiten, heeft de Bestuurder wederom ernstig verwijtbaar gehandeld. Hierdoor heeft de Bestuurder bovendien werknemers de mogelijkheid ontnomen om een beroep te doen op overneming van premiebetaling door het UWV op grond van de Werkloosheidswet. Ook dit is een belangrijk verwijt dat aan de Bestuurder kan worden gemaakt.

Het hof komt tot de conclusie dat de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt te maken valt van het niet realiseren van een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenverzekeraar en het niet afdragen van pensioenpremies. De Bestuurder is door de rechtbank op juiste gronden aansprakelijk gehouden voor de door werknemers geleden schade.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 02-08-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:2684

Zaaknummer: 200.268.600_01

Rechters: S.C.H. Molin, A.C. van Campen en M.R. van Zanten

Advocaten: R.G.F. Lammers en M.C.J. Peeters

Wetsartikelen: 2:11 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid feitelijk beleidsbepaler Qlog B.V.

In deze zaak staat de vraag centraal of de indirect aandeelhouder en bestuurder (DGA) van een concern met een meerderheidsbelang in een startup aansprakelijk is voor de schade die een minderheidsaandeelhouder heeft geleden wegens het uitblijven van betaling op een aan de startup verschaft lening en in dat kader gestelde borgtocht. De rechtbank oordeelt dat de indirecte DGA een persoonlijk ernstig verwijt treft, nu deze als feitelijk beleidsbepaler frustratie van betalingen en verhaal heeft bewerkstelligd door een riskante vennootschapsstructuur op te zetten waarin de startup geheel afhankelijk werd van het concern en waarin de borg geen ander vermogen had dan het belang in de startup.

Eiseres ('de Aandeelhouder') is de bestuurder en oprichter van Qlog B.V. ('Qlog'), een startup die zich bezighoudt met het bemiddelen en verzorgen van autotransporten. De Aandeelhouder verstrekt Qlog een geldlening en een rekening-courant. Qlog is nog niet winstgevend en heeft nieuw kapitaal nodig. De Aandeelhouder gaat in gesprek met een transportondernemer, gedaagde ('de DGA'), over een mogelijke investering in Qlog.

Partijen komen overeen dat de DGA middels een 100%-dochteronderneming ('de Koper') meerderheidsaandeelhouder zal worden van Qlog. De Aandeelhouder, Qlog en de Koper komen verder overeen dat Qlog een samenwerking zal aangaan met een andere dochtervennootschap ('VEG') die tot de groep van de DGA behoort, dat alle opdrachten en het klantenbestand van Qlog worden overgedragen aan VEG en dat Qlog een extra vergoeding zal ontvangen van € 0,10 per gereden kilometer, die Qlog zal aanwenden ter aflossing van de door de Aandeelhouder verstrekte geldleningen. Tot slot komen zij overeen dat de Koper zich gedurende 24 maanden borg stelt voor het terugbetalen van de leningen aan de Aandeelhouder en voor de periode daarna een garantie afgeeft voor het restant van de lening dat niet door de genoemde vergoeding is gedekt. De afspraken omtrent de samenwerking

worden nadien verder uitgewerkt in een samenwerkingsovereenkomst tussen Qlog en VEG. Namens de DGA wordt een due diligence onderzoek naar Qlog verricht, en er wordt een symbolische verkoopprijs van € 3 voor de aandelen betaald. Na de overname houdt de DGA indirect 75% en houdt de Aandeelhouder 25% van de aandelen in Qlog. De Koper wordt benoemd als enig bestuurder van Qlog.

Qlog betaalt de extra vergoeding niet door aan de Aandeelhouder. Na enige tijd wordt Qlog failliet verklaard. Ook de Koper wordt ontbonden bij gebrek aan baten. De claim van de Aandeelhouder ziet enerzijds op de niet-nakoming van de doorbetalingsafspraken door Qlog en anderzijds op de niet-nakoming van de borgtochtsafpraak door de Koper. De Aandeelhouder verwijt de DGA dat hij als (indirect) feitelijk beleidsbepaler bij Qlog en de Koper heeft aangestuurd op frustratie van betaling en verhaal van beide verplichtingen en tevens dat hij de borgtochtovereenkomst was aangegaan, terwijl hij wist of moest weten dat de Koper deze niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden.

De rechtbank stelt eerst vast dat Qlog en de Koper ieder toerekenbaar tekort zijn geschoten jegens de Aandeelhouder. Dan wordt toegekomen aan de vraag of de DGA aansprakelijk is voor de als gevolg van deze tekortkomingen ontstane schade.

Ten aanzien van de doorbetalingsverplichting overweegt de rechtbank dat de DGA bij de overname van Qlog een structuur heeft opgezet waardoor Qlog geheel financieel afhankelijk is geworden van andere groepsvennootschappen binnen het concern. Na de overname was VEG immers de enige klant van Qlog geworden. Daarbij waren de door VEG betaalde tarieven niet marktconform en heeft de DGA ervoor gezorgd dat binnen de groep hoge kosten aan Qlog werden doorbelast en dat selectieve intercompany betalingen hebben plaatsgevonden ten gunste van andere werkmaatschappijen binnen de groep. Daarnaast overweegt de rechtbank dat voor de DGA kenbaar was dat nakoming van de doorbetalingsverplichting essentieel was voor de Aandeelhouder om met de overname akkoord te gaan. De rechtbank is van oordeel dat op de DGA een zorgplicht rustte om te voorkomen dat de Aandeelhouder de dupe zou worden van de groepsafhankelijkheid, en dat deze zorgplicht is verzaakt. Door actieve sturing van de DGA is betaling van de doorbetalingsverplichting en verhaal op Qlog gefrustreerd, aldus de rechtbank.

Ten aanzien van de borgtochtverplichting overweegt de rechtbank dat de Koper gedurende de periode van de borgtochtverplichting vrijwel geen ander vermogen had dan het belang in Qlog en daarmee afhankelijk was van de door Qlog gegenereerde inkomsten. Ten tijde van de overname had de DGA echter de indruk gewekt dat de Koper zou worden verhangen naar het winstgevendende deel van de groep, en dus over meerdere vermogensbestanddelen zou beschikken waarop de Aandeelhouder zich bij niet-nakoming van de borgtochtverplichting

zou kunnen verhalen. Volgens de rechtbank wist de DGA bij het aangaan van de borgtochtovereenkomst door de Koper, althans behoorde hij te weten, dat de Koper niet aan deze verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Ook heeft de DGA bewerkstelligd dat nakoming en verhaal gefrustreerd zou worden als gevolg van de riskante vennootschapsstructuur.

De rechtbank concludeert dat de DGA als (indirect) feitelijk beleidsbepaler binnen de groep een persoonlijk ernstig verwijt treft van de tekortkoming in de nakoming van de doorbetalingsverplichting en van de borgtochtverplichting. Gedaagde heeft onrechtmatig gehandeld jegens de Aandeelhouder en is aansprakelijk voor de door haar geleden schade.

C.W. van Es, augustus 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 13-04-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:2054

Zaaknummer: C/13/699550 / HA ZA 21-296

Rechters: P.J. van Eekeren

Advocaten: G.M. van den Bergh en M. Th. S. van Gelder

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders van Mega Parket/Werknemer

Een voormalig werknemer vordert schadevergoeding van de bestuurders van de failliete werkgever vanwege achterstallig loon. De kantonrechter wees deze vordering toe. In hoger beroep wordt vastgesteld dat de werkgever door het gedrag van de werknemer schade heeft geleden van meer dan de totaalsom van de in eerste aanleg aan werknemer toegewezen aanspraken. Het niet uitbetalen van het loon is daarom gerechtvaardigd en de vordering wordt alsnog afgewezen.

Feiten

Geïntimeerde ('de Werknemer') is in 2015 bij Mega Parket in dienst getreden. In mei 2018 heeft de Werknemer zijn arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 juli 2018. Hij heeft vanaf mei 2018 geen loon meer ontvangen. Op 24 september 2019 is Mega Parket in staat van faillissement verklaard. De Werknemer vordert een verklaring voor recht dat de bestuurder en enig aandeelhouder van Mega Parket ('de Bestuurder') dan wel de bestuurder en enig aandeelhouder van de Bestuurder ('de Indirect Bestuurder') onrechtmatig heeft gehandeld door namens Mega Parket een arbeidsovereenkomst aan te gaan en de daaruit voortvloeiende schulden onbetaald te laten en derhalve in privé jegens de Werknemer schadeplichtig is.

De Werknemer vordert betaling van loon, niet genoten vakantiedagen en vakantiegeld. De kantonrechter heeft de vorderingen jegens onder meer de Indirect Bestuurder grotendeels toegewezen. De kantonrechter heeft in dat kader geoordeeld dat het de Bestuurder en de Indirect Bestuurder valt te verwijten dat zij ervoor hebben gezorgd dat de loonbetaling aan de Werknemer niet volledig is geschied. De Bestuurder en de Indirect Bestuurder komen tegen het oordeel in hoger beroep. In hoger beroep staat slechts nog de vraag centraal of de Indirect Bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor het feit dat betreffende aanspraken van de Werknemer nooit zijn uitbetaald door Mega Parket.

Oordeel

Bijzonder is dat het hof in zijn oordeel zeer uitgebreid A-G Wissink in zijn conclusie van 2 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1237 (*Hanzevast*) citeert, betreffende het (standaard) kader waarbinnen de beoordeling dient plaats te vinden van de aansprakelijkheid van een vennootschap die haar verplichtingen niet nakomt en geen verhaal (meer) biedt, en vervolgens de beoordeling van de aansprakelijkheid van haar bestuurders in dat soort gevallen. De kantonrechter is in zijn beslissing van dit (juiste) beoordelingskader uitgegaan en ook het hof hanteert dit kader.

De Indirect Bestuurder doet een beroep op rechtsverwerking omdat de Werknemer zijn aanspraak op achterstallig loon niet voorafgaand aan het faillissement heeft ingediend. Aangezien de Indirect Bestuurder al sinds 2018 op de hoogte was van de aanspraken van de Werknemer, wijst het hof dit beroep af.

Voorts stelt de Indirect Bestuurder in hoger beroep, onweersproken, dat de Werknemer begin 2018 willens en wetens verkooporders heeft opgemaakt ver beneden de kostprijs aan de bij hem bekende en bevriende kopers, waardoor per transactie fors verlies werd geleden. Naar het oordeel van het hof kan in deze door de Indirect Bestuurder gestelde feiten een rechtvaardiging worden gevonden voor het niet uitbetalen van de aanspraken aan de Werknemer. De Indirect Bestuurder stelt onweersproken dat Mega Parket door gedragingen van de Werknemer 'vele tienduizenden euro's' aan schade heeft geleden. Deze schade is rekenkundig ruim meer dan de totaalsom van de in eerste aanleg aan de Werknemer toegewezen aanspraken. De Indirect Bestuurder heeft ook betoogd dat deze schade opzettelijk door de Werknemer is veroorzaakt, in welk geval op grond van artikel 7:661 lid 1 BW sprake is van aansprakelijkheid van de Werknemer en de verplichting die schade te vergoeden. Verrekening van schade als bedoeld in artikel 7:661 BW kan zowel lopende de arbeidsovereenkomst, maar zeker na het einde van de arbeidsovereenkomst door de werkgever (Mega Parket) worden ingeroepen. In een dergelijke situatie, waarbij de (gestelde) schade hoger is dan het nog verschuldigde loon, is het niet uitbetalen van loon door Mega Parket gerechtvaardigd en is alsdan geen sprake van onrechtmatig handelen door de Indirect Bestuurder als bestuurder van Mega Parket in de zin van 'betalingsonwil' of anderszins.

Het hof vernietigt de uitspraak van de kantonrechter en wijst de vordering van de Werknemer alsnog af.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-08-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:2753

Zaaknummer: 200.306.325_01

Rechters: R.R.M. de Moor, L.S. Frakes en B. Kloppert

Advocaten: P.F.M. Gulickx

Wetsartikelen: 6:162 BW en 7:661 BW

RECHTSPRAAK

Beschikking inzake Stichting St. Maarten

Op verzoek van een stichting wijst de voorzieningenrechter ex artikel 2:15 lid 3 sub b BW een bepaalde persoon aan, de bisschop van Rotterdam, tegen wie de stichting de vordering tot vernietiging van een besluit kan instellen.

Stichting St. Maarten is ooit opgericht als weeshuis voor jongens, maar is nu nog slechts een vermogensfonds dat vanuit christelijke levensbeschouwing maatschappelijke hulp en zorg biedt. De Stichting kent twee organen, te weten het bestuur en de bisschop die binnen de Stichting een toezichthoudende taak heeft, hetgeen onder meer blijkt uit de bevoegdheid om benoemingen van bestuurders goed te keuren. De bisschop hanteert de laatste jaren het uitgangspunt dat alleen 'katholieken, die uitmunten door een vast geloof, een rechtschapen levenswandel en een wijs oordeel' tot bestuurslid benoembaar zijn. Zo heeft hij goedkeuring onthouden aan het besluit van het bestuur om mevrouw X te benoemen als bestuurder. Het bestuur kan zich daarmee niet verenigen, nu de statuten het stellen van dergelijke eisen door de bisschop niet zouden toelaten en is voornemens om ex artikel 2:15 lid 3 sub b BW een juridische procedure te starten, strekkende tot vernietiging van het besluit van de bisschop.

De rechtspersoon kan de voorzieningenrechter verzoeken een persoon aan te wijzen tegen wie die procedure kan worden gevoerd en doet dat in de onderhavige zaak. De voorzieningenrechter wijst mgr. Van den Hende q.q. R.K. bisschop van Rotterdam aan als persoon in de zin van artikel 2:15 lid 3 sub b BW.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 08-06-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:8125

Zaaknummer: C/09/629634 / KG RK 22-623

Rechters: H.J. Vetter

Advocaten: T. van Kooten en S.W. Holterman

Wetsartikelen: 2:15 lid 3 sub b BW

RECHTSPRAAK

Reerink q.q./Bestuurders

De curator van enkele failliete bv's stelt niet verschenen bestuurders en een verweer voerende betrokkene als bestuurder en/of feitelijk beleidsbepaler aansprakelijk voor de boedeltekorten vanwege onder andere schending van de administratieplicht. De bestuurders worden bij verstek veroordeeld. Betrokkene daarentegen is niet aansprakelijk, omdat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat zij bestuurder of feitelijk beleidsbepaler is.

Inleiding

In deze procedure heeft de curator van een groep vennootschappen de (middellijk) bestuurders (gedaagde 1 t/m 3) primair aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort van de failliete vennootschap en haar dochters wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur vanwege onder andere schending van de administratieplicht en subsidiair voor het betalen van schadevergoeding als gevolg van aan de bestuurders toe te rekenen tekortkomingen en/of onrechtmatig handelen.

Niet ter discussie staat de rol van gedaagden 1 en 2. Deze zijn niet in de procedure verschenen en worden door de rechtbank veroordeeld tot betaling van de (nader vast te stellen) boedeltekorten.

De rol van gedaagde 3 staat wel ter discussie. Voor de beoordeling van de vorderingen tegen gedaagde 3 moeten de volgende twee kernvragen worden beantwoord: (1) Is gedaagde 3 (middellijk) bestuurder (geweest) van de gefailleerde dochtervennootschappen?; en (2) zo niet, kan gedaagde 3 gelijk worden gesteld met een bestuurder omdat zij het beleid van de dochtervennootschappen heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware zij (middellijk) bestuurder?

De rechtbank beantwoordt deze vragen als volgt.

Formeel (middellijk) bestuurder?

Ad 1: de rechtbank neemt als uitgangspunt dat uitsluitend iemand die is benoemd tot bestuurder en de benoeming ook heeft aanvaard, daadwerkelijk bestuurder is. De hoedanigheid van bestuurder kan niet worden aangenomen op grond van feitelijke gedragingen van partijen of op basis van wederzijds opgewekt vertrouwen. De curator moet aantonen dat gedaagde 3 door de algemene vergadering als bestuurder is benoemd. De curator voert een aantal argumenten aan, waar de rechtbank niet in mee gaat.

Volgens de rechtbank zijn de titel CEO (evenals MT) en de in een arbeidsovereenkomst genoemde term managing director niet per definitie gelijk te stellen met de term bestuurder zoals de wet deze hanteert. Gedaagde 3 ontving een salaris, maar nergens volgt uit dat zij deze beloning ontving als bestuurder van de onderneming. Gedaagde 3 is ingeschreven bij de KvK met de titel algemeen directeur en met zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid. Voor de inschrijving is echter geen benoemingsbesluit tot bestuurder door de ava vereist, waardoor ook dit argument mank gaat. Met betrekking tot de zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft gedaagde 3 verklaard dat zij in de veronderstelling verkeerde dat ze als gevolmachtigde zou worden ingeschreven, niet als bestuurder. Zij heeft een aandeelhoudersovereenkomst ondertekend als CEO. Deze omstandigheid sluit aan bij de veronderstelling dat zij in de functie van CEO optrad en als zodanig gevolmachtigd was om te vertegenwoordigen.

Al met al is de rechtbank van oordeel dat de curator onvoldoende heeft gesteld en onderbouwd dat de algemene vergadering een benoemingsbesluit heeft genomen. Het antwoord op vraag 1 is dan ook nee.

Feitelijk bestuurder?

Ad 2: de vraag is of gedaagde 3 – in de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement – het beleid van de dochtervennootschappen heeft bepaald, of mede heeft bepaald, als ware zij bestuurder. Hierbij gaat het erom of gedaagde 3 daadwerkelijk typische bestuurshandelingen heeft verricht, en meer in het bijzonder de bestuurstaak als bedoeld in artikel 2:239 BW heeft uitgeoefend. Een sterke of zelfs beslissende invloed hebben op het beleid van het bestuur is onvoldoende om te spreken van een feitelijk beleidsbepaler.

Volgens de rechtbank vloeit uit de aard van de functie van CEO niet zonder meer voort dat sprake is van feitelijke beleidsbepaling. Ook is niet relevant of gedaagde 3 heeft deelgenomen aan bestuursvergaderingen. Gedaagde 3 betwist ook dat zij invloed of zeggenschap had. Ze betwist verder de stelling van de curator dat ze bemoeienis had met de financieringsovereenkomsten.

Volgens de rechtbank volgt uit geen van de door de curator overgelegde stukken dat

gedaagde 3 een beleidsbepalende rol inneemt tegenover de (middellijke) bestuurders of initiatieven daartoe ontplooit, laat staan dat zij beleid uitstippelt of opdrachten geeft aan de (middellijke) bestuurders. Gedaagde 3 is derhalve niet hoofdelijk aansprakelijk voor de boedeltekorten ex artikel 2:248 lid 1 of 7 BW. Evenmin is zij aansprakelijk ex artikel 2:9 BW jegens de failliete dochtervennootschappen voor door hen of hun schuldeisers geleden schade.

A.M.H. Nolte, augustus 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 04-05-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:2901

Zaaknummer: C/16/517283 / HL ZA 21-46

Rechters: F.C. Burgers, S.C. Hagedoorn en M.J. Terstegge

Advocaten: L.E. van Leeuwen, R.T. Mets, R.J. Dekkers, B. Stevens en K.H.M. de Roo

Wetsartikelen: 2:9 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Curator/Hooge Raedt Groep B.V. c.s.

In een procedure tegen de (voormalige) aandeelhouders van twee vennootschappen voert de curator van die vennootschappen aan dat de bepaalde verrichte (dividend)uitkeringen en de inkoop van eigen aandelen nietig zijn wegens strijd met de wet en de statuten van de desbetreffende vennootschap, althans onrechtmatig zijn jegens de gezamenlijke schuldeisers. De jaarrekening zou fouten bevatten en zonder die fouten had duidelijk moeten zijn dat het eigen vermogen van de vennootschap ontoereikend zou zijn geweest voor de uitkeringen en de inkoop, in de zin van artikel 2:216 (oud) BW en artikel 2:207 (oud) BW. Het hof oordeelt anders, namelijk dat van nietigheid geen sprake is, omdat de vennootschappen wel degelijk over voldoende beschikbare winst en aangewende reserves beschikten. De verplichte balanstest dient te worden verricht op basis van de laatst vastgestelde jaarrekening. De gewraakte transacties zijn evenmin onrechtmatig jegens de gezamenlijk schuldeisers, aangezien de daarvoor vereiste wetenschap van benadeling ontbreekt. Met wenk.

Inleiding

In de periode 2008 t/m 2011 hebben binnen een moeder-dochterstructuur enkele (dividend)uitkeringen plaatsgevonden aan gewone en aan preferente aandeelhouders van beide vennootschappen (ex art. 2:216 (oud) BW). Tevens heeft in 2011 een inkoop van eigen aandelen plaatsgevonden (ex art. 2:207 (oud) BW). In voornoemde periode hebben ook verschillende wijzigingen in de aandeelhoudersverhoudingen plaatsgevonden, is de (bank)financiering gewijzigd en heeft een reorganisatie plaatsgevonden. Uiteindelijk zijn beide vennootschappen in 2014 failliet verklaard. De curator stelt een procedure in tegen de (voormalige) aandeelhouders van de vennootschappen. De gedane uitkeringen en inkoop van eigen aandelen zouden in strijd zijn met de wet en de statuten, althans onrechtmatig zijn

jegens de gezamenlijke schuldeisers. De rechtbank stelt de curator in het ongelijk; de curator stelt hoger beroep in.

Grieven curator

De grieven van de curator komen erop neer dat de uitkeringen zijn gedaan terwijl daar onvoldoende financiële ruimte voor bestond. De jaarrekening bevat volgens de curator fouten en voldoet niet aan eisen die de wet en bepaalde richtlijnen daaraan stellen. Daarmee zijn de uitkeringen volgens de curator in strijd met de wet en de statuten, en daarom nietig, althans onrechtmatig. Het hof volgt de curator niet in zijn bezwaren tegen de vastgestelde jaarrekeningen. Het is uitsluitend aan de aandeelhouders om de jaarrekening vast te stellen en het faillissement brengt daarin geen verandering. De curator ontbeert de bevoegdheid om ruim vóór het faillissement vastgestelde jaarrekeningen eenzijdig te (laten) corrigeren, aldus het hof. Dit laat echter onverlet dat een curator kan opkomen tegen een gedane dividenduitkering omdat die uitkering benadeling van de schuldeisers tot gevolg had (zie daarover de vijfde grief).

De eerste en zesde grief richten zich tegen onderdelen van de bestreden rechtbankuitspraak die in hoger beroep niet meer aan de orde zijn, reden waarom de grieven falen.

Grief 2 klaagt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het is toegestaan om op de cumulatief preferente aandelen van een van de betrokken vennootschappen een uitkering te doen ten laste van de reserves, wanneer de winst in het afgelopen boekjaar onvoldoende is om de uitkering te doen. Dat zou volgen uit de statuten. Het hof gaat daarin niet mee. In de statuten is namelijk bepaald dat zo een uitkering wél ten laste van de dividend- of agioreserve kan worden gedaan. Niet nodig is dat expliciet in de statuten is bepaald dat een uitkering kan worden gedaan op de *cumulatief preferente* aandelen. Het staat de aandeelhouders vrij om dat te besluiten, oordeelt het hof.

Een tussentijdse uitkering ten laste van de vrije reserves (namelijk een gedeeltelijke agioterugbetaling) is het onderwerp van de derde grief. Het standpunt van de curator is dat iedere tussentijdse uitkering een voorwaardelijke uitkering van de winst over het lopende boekjaar is, waarbij de toets van artikel 2:216 lid 2 (oud) BW geldt. Dat wil zeggen, bij het verrichten van de balansrest is ook de later vastgestelde jaarrekening over dat boekjaar relevant. Dit standpunt is onjuist, aldus het hof. Een tussentijdse uitkering is een uitkering van 'oude' (al gerealiseerde maar gereserveerde) winst, zoals die blijkt uit de laatst vastgestelde jaarrekening. Daarom wordt de aanwezigheid van voldoende reserves beoordeeld aan de hand van de beschikbare financiële gegevens op het moment van het doen van de uitkering. In het onderhavige geval bestond op dat moment voldoende uitkeringsruimte. De grief faalt daarom.

Ook ten aanzien van de inkoop van eigen aandelen in 2011 oordeelt het hof dat die transactie niet nietig is en de koopprijs (dus) niet onverschuldigd is betaald aan de desbetreffende aandeelhouder (grief 4). De curator betoogt als volgt. Uit de statuten en de wet (art. 2:207 lid 3 (oud) BW) volgt dat – ook voor de inkoop van eigen aandelen – de balans test moet worden verricht aan de hand van de laatst vastgestelde balans. Daarnaast zou, op basis van vaste jurisprudentie en een redelijke uitleg van de statuten, rekening moeten worden gehouden met post-balans gebeurtenissen, zoals ontstane verplichtingen en geleden verliezen. Zou men daarmee inderdaad rekening houden, dan had de inkoop niet mogen plaatsvinden, aldus de curator. Wederom oordeelt het hof anders. Inderdaad moet aan de hand van de laatst vastgestelde jaarrekening worden getoetst. Er is echter geen grond om ook rekening te houden met geleden verliezen die niet uit die jaarrekening blijken. Nadat het hof het vrij vermogen voorreken, concludeert het dat er voldoende vermogen was om de koopprijs van de aandelen te voldoen. Relevant is nog dat de koopprijs volledig is gefinancierd door een lening afkomstig van een andere aandeelhouder, zodat de liquiditeitspositie van de vennootschap niet is verslechterd.

Tot slot faalt ook grief 5. Het verwijt aan de aandeelhouders dat de uitkeringen en de inkoop van eigen aandelen onrechtmatig zijn jegens de gezamenlijke schuldeisers, is onterecht. Allereerst waren de uitkeringen en de inkoop niet in strijd met de wet of de statuten. Daarnaast ontbreekt de vereiste wetenschap van benadeling. Volgens het hof is niet aannemelijk dat de aandeelhouders wisten of behoorden te begrijpen dat als gevolg van de bestreden uitkeringen de gezamenlijke schuldeisers zouden worden benadeeld omdat zij niet meer (volledig) zouden kunnen worden voldaan. Daartoe is relevant dat de agioterugbetaling (grief 3) juist zorgde voor een verlaging van de rente die over de aangehouden agio werd betaald en dat de inkoop van eigen aandelen werd gefinancierd door middel van een aandeelhouderslening. Op die lening is nadien niet afgelost. Ook het tijdsverloop tussen de laatste uitkering (in 2011) en het faillissement (in 2014) is volgens het hof relevant. Bovendien hebben de aandeelhouders na de laatste uitkering nog aanvullende agiostortingen verricht (ad € 6,5 miljoen). Die stortingen zouden niet logisch zijn te verklaren indien de aandeelhouders wisten dat een faillissement van de vennootschap aanstaande was.

Wenk

Met de Wet Flex-bv is artikel 2:216 BW in 2012 aanzienlijk gewijzigd. Als men de tekst van dit artikel uit de periode 2008 t/m 2011 vergelijkt met het thans geldende artikel, valt op dat de – op het verleden gerichte – balans test is vervangen door een beperkte balans test en een toekomstgerichte uitkeringstest. De gerealiseerde winst komt daarnaast niet meer zonder meer ten goede aan de aandeelhouders; het is thans aan de algemene vergadering om een winstbestemming (reserveren of uitkeren) te bepalen en eventuele uitkeringen vast te stellen,

tenzij de statuten anders bepalen (lid 1 van het huidige art. 2:216 BW). Een uitkering kan alleen plaatsvinden voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke of statutaire reserves van de bv. De balanstest bestaat dus nog steeds in gewijzigde vorm, omdat in verband met afschaffing van het minimumkapitaal bij de bv thans ook het geplaatste kapitaal mag worden uitgekeerd. Nieuw is dat het bestuur een *uitkeringstest* moet handhaven. Die test komt erop neer dat het bestuur zijn (vereiste) goedkeuring van een uitkering (alleen dan) weigert als het weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (lid 2). Deze uitkeringstest geldt ook bij de inkoop van aandelen (art. 2:207 lid 2 (huidig) BW). Anno 2022 dient, anders dan in de onderhavige zaak, dus wel degelijk rekening te worden gehouden met toekomstige verplichtingen in relatie tot het eigen vermogen van de vennootschap.

R.J.H. Berghuis, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 05-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:1326

Zaaknummer: C/10/502484/ HA ZA 16-522, C/10/503456 / HA ZA 16-559 en C/10/513480 / HA ZA 16-1079

Rechters: G.C. de Heer, F.J. Verbeek en A.J. Berends

Advocaten: E. Poelenije, L.M. Graal en I.J.A. Tax

Wetsartikelen: 2:207 (oud) BW, 2:216 (oud) BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Voormalig werknemer/Bestuurders van World Energy Service B.V.

Een voormalig werknemer stelt de bestuurders van een failliete bv aansprakelijk ex artikel 2:248 BW en artikel 6:162 BW. Evenals de kantonrechter wijst het hof de vorderingen af. Artikel 2:248 BW kan niet worden gebruikt als grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid jegens een individuele schuldeiser. Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is onvoldoende gesteld. Het verrichten van criminele activiteiten door de vennootschap (wat overigens is betwist) leidt in ieder geval niet zonder meer tot bestuurdersaansprakelijkheid.

Een voormalig werknemer van de failliet verklaarde vennootschap World Energy Service B.V. ('WES') stelt de bestuurders van die vennootschap aansprakelijk voor het onbetaald laten van zijn loon. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.

De primaire grondslag waarop de werknemer zijn vorderingen baseert, is artikel 2:248 BW. Naar de mening van de werknemer zijn de publicatieplicht en boekhoudplicht geschonden. Het hof overweegt dat artikel 2:248 BW alleen aansprakelijkheid kan vestigen jegens de boedel en niet jegens individuele schuldeisers.

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, de subsidiaire grondslag, heeft de werknemer naar het oordeel van het hof onvoldoende gesteld. Volgens de werknemer was WES betrokken bij criminele activiteiten en is daarom niet voldaan aan de publicatieplicht en boekhoudplicht. Het hof overweegt dat het enkele feit dat een vennootschap criminele activiteiten verricht, wat overigens door de bestuurder die verweer heeft gevoerd is betwist, niet ertoe leidt dat de vennootschap haar verplichtingen jegens schuldeisers niet zal nakomen en geen verhaal zal bieden voor de schade.

Er zijn ook geen aanknopingspunten om aan te nemen dat de verweer voerende bestuurder

namens WES de arbeidsovereenkomst heeft gesloten terwijl hij wist of behoorde te weten dat WES haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de geleden schade (Beklamel). Tussen partijen is namelijk niet in geschil dat WES negen voorschotten van € 2.500 netto heeft betaald aan de werknemer.

De tweede bestuurder die is aangesproken is niet verschenen, zodat tegen hem verstek is verleend. Hoewel de door de andere bestuurder aangevoerde verweren niet in het voordeel werken van de tweede bestuurder, wordt ook de vordering tegen de tweede bestuurder afgewezen, omdat de vordering op de tweede bestuurder het hof ongegrond voorkomt.

H.J. de Kloe, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 05-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:1319

Zaaknummer: 200.294.960/01

Rechters: M.C.M. van Dijk, M.Y. Bonneur en M.M. Kruithof

Advocaten: G.A. Soebhag en C.G.A. Mattheussens

Wetsartikelen: 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders van Waterwerken.nl B.V./Pol q.q.

In deze zaak stelt de curator een bestuurder (vervolgens beleidsbepaler) en haar opvolger aansprakelijk voor het boedeltekort wegens schending van de administratie- en publicatieplicht, alsmede btw-fraude en paulianeuze transacties. Evenals de rechtbank wijst het hof de vorderingen toe.

Inleiding

Waterwerken.nl B.V. ('Waterwerken.nl') hield zich onder meer bezig met het uitvoeren van grond-, weg- en waterbouwkundige werkzaamheden en – later – het verhuren van materieel voor de grond-, weg- en waterbouw, zoals baggerschepen. Tot 1 augustus 2016 werd zij bestuurd door appellante, die in dit arrest na die datum als beleidsbepaler wordt aangemerkt. Na deze datum werd Waterwerken.nl door appellant bestuurd. Samen duid ik hen hierna aan als 'de Bestuurders'.

Tussen 14 september 2017 en 1 december 2017 heeft Waterwerken.nl een aantal facturen verstuurd aan derden voor transacties met materieel. Op 18 januari 2018 is Waterwerken.nl failliet verklaard. Uit een boekenonderzoek van de Belastingdienst volgt dat Waterwerken.nl diverse facturen heeft opgemaakt, waarbij de omzetbelasting is verlegd op grond van de verleggingsregeling OB, terwijl gelijktijdig facturen zijn opgemaakt voor de afnemers/opdrachtgevers, waarbij wel omzetbelasting in rekening is gebracht. Op deze manier hoefde Waterwerken.nl – op basis van de facturen voor de interne administratie – geen omzetbelasting af te dragen, terwijl de afnemers op basis van de ten behoeve van hen opgemaakte ('externe') facturen de omzetbelasting hebben kunnen verrekenen. De conclusie die de Belastingdienst hieruit heeft getrokken is dat er opzettelijk onjuist aangifte is gedaan en is getracht om de Belastingdienst te misleiden.

De curator stelt de Bestuurders aansprakelijk voor het boedeltekort. De rechtbank wijst de vordering toe, waarna de Bestuurders in beroep gaan.

Onbehoorlijk bestuur

In navolging van de rechtbank houdt het hof de Bestuurders aansprakelijk voor het bedoeltekort. De aansprakelijkheid volgt ten eerste uit schending van de administratie- en publicatieplicht. Ten aanzien van de publicatieplicht zijn de overwegingen van het hof betreffende het nemen van een verlengingsbesluit interessant. Het hof gaat mee in de stelling van de curator dat de jaarrekening over 2015 te laat is gepubliceerd omdat er geen rechtsgeldig verlengingsbesluit is genomen, omdat de Bestuurders hebben verzaakt de jaarrekening binnen twee maanden na het einde van het boekjaar op te maken, waarna deze moet worden vastgesteld en gepubliceerd. Bovendien ontbreekt ook een geldig vaststellingsbesluit. De Bestuurders slagen er ook niet in om de btw-fraude die is vastgesteld met voornoemd boekenonderzoek van de Belastingdienst te weerleggen.

Onbehoorlijk bestuur wordt ook aangenomen vanwege het overdragen van een auto van Waterwerken.nl aan een van de Bestuurders, waarvan de koopprijs vervolgens is verrekend. De curator heeft deze transactie als paulianeus aangemerkt en het hof gaat daarin mee, met toepassing van het bewijsvermoeden van artikel 43 Fw. Met het overdragen van materieel van Waterwerken.nl aan derden, terwijl deze derden de koopsommen mochten verrekenen met vorderingen op Waterwerken.nl, hebben de Bestuurders de *paritas creditorum* geschonden en ook dat levert volgens het hof onbehoorlijk bestuur op. Appellante probeert zich telkens te verweren met het argument dat dit handelen na haar aftreden heeft plaatsgevonden, maar zij komt daar niet ver mee, omdat zij na haar aftreden als beleidsbepaler is blijven fungeren. Het lijkt erop dat haar beleidsbepaling zich met name uitstrekke tot de handelingen die vervolgens onbehoorlijk bestuur opleveren in deze kwestie. Zo deed zij de belastingaangiftes en stemde zij in met verkopen. Opvallend is dat de aansprakelijkheid van appellante niettemin wordt gematigd tot 50%. Het oordeel betreffende matiging geeft mijns inziens juist aanleiding om niet te matigen.

Oorzaken faillissement

Ten slotte gaat het hof nog in op de belangrijke oorzaken van het faillissement. Voor de praktijk is interessant om te zien waarom het hof de stellingen van de Bestuurders onvoldoende vindt op dit punt. Zij hebben het bewijsvermoeden ten aanzien van de schending van de administratieplicht onvoldoende ontzenuwd. Weliswaar hebben zij gesteld dat Waterwerken.nl failliet is gegaan als gevolg van het faillissement van twee grote debiteuren, maar zij hebben niet feitelijk onderbouwd wat de invloed van deze faillissementen is geweest op de bedrijfsvoering en bedrijfsresultaten van Waterwerken.nl. Evenmin hebben zij nader onderbouwd welke handelingen van het bestuur, die op zichzelf geen kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren, een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. De curator heeft er bovendien nog op gewezen dat ook het doen van onjuiste btw-aangifte kan worden geschaard onder de schending van de administratieplicht, hetgeen het hof onderschrijft.

De Bestuurders hebben daarnaast onvoldoende weersproken dat de verkoop van de activa een belangrijke oorzaak van het faillissement was. De niet onderbouwde stelling dat de activa pas zijn verkocht toen duidelijk werd dat er geen opdrachten meer binnenkwamen en dat verkoop de laatste mogelijkheid was om nog liquiditeiten te genereren waarmee schuldeisers konden worden voldaan, kan hen niet baten. Het staat immers vast dat door de verkoop van de activa voortzetting van Waterwerken.nl illusoir was geworden, nu het werkkapitaal ofwel het verdienvermogen hiermee was verdwenen. Door de verrekening van koopprijzen voor de activa met openstaande vorderingen op Waterwerken.nl kwamen er bovendien helemaal geen liquiditeiten bij Waterwerken.nl binnen en werden slechts enkele crediteuren (selectief) voldaan, terwijl de overige crediteuren, onder wie ook de pandhouder, het nakijken hadden. Daarmee geeft het hof nog eens duidelijk aan dat bestuurders bij financiële moeilijkheden extra moeten opletten welke crediteuren zij voldoen, ook als dat door middel van verrekening plaatsvindt.

J.E. van Nuland, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:6134

Zaaknummer: 200.294.490/01

Rechters: M.M. Lorist, M. Aksu en A.L. Goederee

Advocaten: R.W. Lagerwaard en B.W. Zagers

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Daniëls q.q./Partnership Solutions Holding B.V. c.s.

Een thuiszorgorganisatie failliet na invoering van de WMO. Volgens de jaarrekeningen was er een buffer om aanloopverliezen door de WMO te kunnen weerstaan, maar dit bleek een te rooskleurig beeld. De curator stelt de bestuurders aansprakelijk voor het boedeltekort. Anders dan de rechtbank, die de invoering van de WMO als belangrijke oorzaak van het faillissement aanmerkte en de vorderingen afwees, houdt het hof de bestuurders aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. De bestuurders hadden onvoldoende inzicht in de financiële situatie van de rechtspersoon. Enkele andere vorderingen van de curator stuiten af op de tweeconclusieregel.

Inleiding

Thuiszorgorganisatie Solace Algemene Thuiszorg Combinatie B.V. ('Solace') is in 2016 failliet verklaard. Volgens de bestuurders was de invoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning (WMO) de oorzaak van het faillissement. De curator stelt zich op het standpunt dat de onderneming al voor invoering van de WMO niet meer levensvatbaar was door financiële en administratieve problemen die te wijten zijn aan onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement was. De curator stelt schadevergoedingsvorderingen in tegen de bestuurders op grond van artikel 2:9 BW en artikel 2:248 BW.

De vordering op grond van artikel 2:9 BW

De curator heeft verzocht eerst zijn vordering op grond van artikel 2:9 BW te beoordelen en daarna pas de vordering op grond van artikel 2:248 BW. Er wordt dus eerst getoetst aan de maatstaf van artikel 2:9 BW: kan de bestuurder een ernstig verwijt gemaakt worden, beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval? Van ernstig verwijtbaar handelen is in dit kader pas sprake indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde

omstandigheden op dezelfde wijze gehandeld zou hebben.

Bij een schending van artikel 2:9 BW is de te vergoeden schade niet zonder meer gelijk aan het tekort in het faillissement, maar moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin (het vermogen van) de rechtspersoon zou verkeren zonder het aan de bestuurders te verwijten kennelijk onbehoorlijke bestuur, en de situatie waarin (het vermogen van) de rechtspersoon verkeert mét het kennelijk onbehoorlijk bestuur, aldus het hof. In deze procedure heeft de curator echter vergoeding van het tekort in het faillissement gevorderd, zonder in te gaan op de hiervoor bedoelde vergelijking. Pas tijdens de mondelinge behandeling van het hoger beroep heeft de curator een schatting gemaakt van de concreet door de gefailleerde rechtspersoon geleden schade. Gelet op de tweeconclusieregel kon hier echter bij de mondelinge behandeling in hoger beroep niet meer voor het eerst op worden ingegaan. De vordering van de curator op grond van artikel 2:9 BW kan daarom niet worden toegewezen.

De vordering op grond van artikel 2:248 BW

Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW moet (1) vaststaan dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en (2) aannemelijk zijn dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In casu is vastgesteld dat de deponeringstermijn van artikel 2:394 BW van de jaarrekeningen over 2012 en 2013 is overschreden. Daardoor staat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur ook een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De bestuurders hebben gesteld dat niet hun taakvervulling, maar een andere omstandigheid – de invoering van de WMO – in belangrijke mate het faillissement veroorzaakt heeft. De curator stelt daartegenover dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt doordat de bestuurders geen goed zicht hadden op de administratie en hebben nagelaten om tijdig maatregelen te nemen ten aanzien van de volgende zaken:

(a) vorderingen van het Pensioenfonds die zijn ontstaan door het niet, niet juist en/of niet volledig aanleveren van de benodigde informatie aan het Pensioenfonds waardoor geen of te weinig premies zijn afgedragen;

(b) vorderingen van de Belastingdienst die zijn ontstaan omdat premiekortingen werden toegepast, hoewel daarop geen recht of aanspraak bestond, althans niet aan de daarvoor gestelde voorwaarden werd voldaan;

(c) de overgang van een aantal werknemers van Solace naar een derde, zonder dat daar een vergoeding tegenover stond.

Over de overgang van een aantal werknemers heeft de curator te weinig aangevoerd. Het is onduidelijk om welke werknemers het zou gaan en wanneer deze dan zouden zijn overgegaan. De curator heeft hieromtrent een productie in het geding gebracht, maar hij deed dat na de termijn die het procesreglement daarvoor aangeeft. De productie is daarom geweigerd en kan niet meegewogen worden in het oordeel van het hof. Bij de mondelinge behandeling kon de curator zijn stellingen hieromtrent ook niet meer uitbreiden, vanwege de tweeconclusieregel. De conclusie is dat deze kwestie buiten beschouwing dient te blijven.

Vorderingen Pensioenfonds en Belastingdienst

De bestuurders hebben aangevoerd dat zij wel degelijk inzicht hadden in de financiële stand van zaken van het bedrijf en dat zij steeds bij waren met betalingen aan het Pensioenfonds en de Belastingdienst. Het was volgens de bestuurder het Pensioenfonds dat zijn eigen administratie niet op orde had.

In zijn akte na memorie van antwoord stelt de curator dat Solace het Pensioenfonds en de Belastingdienst stelselmatig te laat en te weinig betaalde, ook reeds voor invoering van de WMO. De jaarrekeningen van Solace lieten in die jaren een veel te rooskleurig beeld zien. De curator onderbouwt dit aan de hand van een viertal producties, afkomstig uit de administratie van Solace.

Als de werkelijke financiële situatie van Solace in de jaren voor 2015 (invoering van de WMO) overeen zou hebben gestemd met de jaarrekeningen, dan zou Solace nooit failliet zijn gegaan aan de invoering van de WMO, omdat ze volgens de jaarrekeningen een prachtige financiële buffer had. Ze had die buffer echter niet echt. En daaruit blijkt dat het bestuur geen adequaat zicht had op de financiën, aldus de curator.

De bestuurders zijn in het geheel niet ingegaan op de cijfers en de stellingen die de curator in dit kader heeft aangevoerd. Ook ter zitting zijn vragen aan de bestuurders hieromtrent onbeantwoord gebleven. De bestuurders konden onder meer niet verklaren waarom de pensioenschuld in de conceptjaarrekening 2015 op € 0 stond, terwijl deze volgens de curator ruim € 730.000 moest zijn en volgens de eigen verklaring van de bestuurder ter zitting € 530.000 bedroeg. Het hof concludeert daaruit dat de bestuurders inderdaad te weinig inzicht hadden in de financiële stand van zaken. Als de cijfers wel zouden kloppen, dan is onvoldoende gemotiveerd toegelicht waarom de invoering van de WMO niet had kunnen worden opgevangen.

Overige omstandigheden

De bestuurders hebben nog een aantal specifieke omstandigheden opgesomd waarmee Solace geconfronteerd zou zijn, die er in belangrijke mate aan bijgedragen hebben dat de aanloopverliezen als gevolg van de WMO niet konden worden opgevangen, waarop zij als bestuurders zo goed mogelijk hebben gereageerd. Het betrof fouten van de loonadministrateur en problemen met de boekhoudsoftware van Solace – waardoor er te hoge premie- en belastingaanslagen werden opgelegd – en een vergissing bij het aangaan van een crediteurenakkoord, waardoor een schuld aan het Pensioenfonds – waarvan het bestuur dacht dat deze door het akkoord tenietgegaan was – niet bleek te zijn gekweten.

Het hof overweegt dat voor al deze omstandigheden geldt dat die zonder meer binnen de eigen verantwoordelijkheidssfeer van de bestuurders vallen en dat ze (voor zover het de boekhoudsoftware betreft) ook niet zijn onderbouwd.

Eindconclusie hof

Het hof constateert dat op het moment dat de WMO werd ingevoerd al een vordering op het Pensioenfonds bestond van volgens de curator € 700.000 en volgens de bestuurders in ieder geval € 530.000 en daarnaast een schuld aan de Belastingdienst van € 250.000. Dit bleek niet uit de administratie en er was in feite meer liquiditeit beschikbaar dan waar recht op was door te veel premiekortingen en te weinig afdrachten. Verder is er geen aangifte vennootschapsbelasting gedaan, wat betekent dat de bestuurders niet hebben voldaan aan de boekhoudplicht uit artikel 2:10 BW.

De bestuurders hebben onvoldoende aangevoerd om aan te nemen dat de invoering van de WMO een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, wat betekent dat zij het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW niet hebben weten te weerleggen. Het hof oordeelt dan ook dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement op grond van onbehoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 2:248 BW.

I.F.M. Lakwijk, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:6167

Zaaknummer: 200.281.565

Rechters: C.G. te Veer, D.M.I. de Waele en J.P.H. van Driel-van Wageningen

Advocaten: F.J. Bleker en J.G.M. Stassen

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:248 BW, 347 Rv, 2:394 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Opdrachtgever/De Veense Bouwer B.V.

Een opdrachtgever heeft een vordering op een geturboliquideerde bv en verzoekt om haar failliet te verklaren. De vordering van de opdrachtgever en een steunvordering worden niet betwist. De bv is niet in staat de vorderingen te voldoen, zodat zij verkeert in de faillissementstoestand. De opdrachtgever heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de bv een potentiële bate heeft uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Anders dan de rechtbank verklaart het hof de bv alsnog failliet.

De Veense Bouwer B.V. ('De Veense Bouwer') heeft met appellant een overeenkomst geloten tot verbouwing van zijn woning. Appellant heeft een fors bedrag aan aanbetalen gedaan. Hij stelt een vordering te hebben op De Veense Bouwer, omdat afspraken niet zijn nagekomen en schade is ontstaan bij de uitgevoerde werkzaamheden.

Op 4 februari 2022 is De Veense Bouwer ontbonden. In het handelsregister is ingeschreven dat De Veense Bouwer geen baten had op het moment van ontbinding. Er heeft dus turboliquidatie plaatsgevonden. Appellant heeft verzocht De Veense Bouwer failliet te verklaren. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen. De Veense Bouwer zou niet verkeren in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen, omdat zij met alle schuldeisers behalve appellant een regeling heeft getroffen die ook is nagekomen. Appellant is in beroep gekomen tegen de beschikking van de rechtbank.

Het hof overweegt dat appellant niet heeft ingestemd met het aanbod van De Veense Bouwer. Hetzelfde geldt voor de schuldeiser van wie een steunvordering is aangevoerd. De Veense Bouwer heeft de vordering van appellant en de steunvordering erkend. Ook is duidelijk dat De Veense Bouwer haar schuldeisers niet kan betalen, zodat De Veense Bouwer verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen.

Een geturboliquideerde vennootschap kan alleen failliet worden verklaard als de verzoeker aannemelijk maakt dat de vennootschap (potentiële) baten heeft. Naar het oordeel van het hof

heeft appellant dit voldoende aannemelijk gemaakt, omdat sprake is van een mogelijke vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Aannemelijk is geworden dat de (indirect) bestuurder de onderneming heeft voortgezet nadat duidelijk moest zijn dat de onderneming niet meer levensvatbaar was. Zelfs nadat het faillissement was aangevraagd, is aan appellant een voorschotnota gestuurd die appellant heeft betaald.

Verder heeft de indirect bestuurder aan appellant bericht dat kozijnen besteld zouden zijn, terwijl dat niet klopte. Ook heeft de indirect bestuurder veel gewerkt aan de verbouwing van de bed and breakfast van zijn echtgenote, terwijl hij mogelijk gehouden was die tijd aan De Veense Bouwer te besteden. Tot slot zijn er vragen naar aanleiding van de regeling die is getroffen met schuldeisers. Twee schuldeisers van wie de vordering werd betwist, zijn in het geheel niet meegenomen in de regeling. Ook is in het kader van de regeling onvoldoende informatie verstrekt aan de schuldeisers.

Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank en verklaart De Veense Bouwer alsnog failliet.

H.J. de Kloe, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:6385

Zaaknummer: 200.311.973

Rechters: I. Brand, B.J. Engberts en H. Wammes

Advocaten: J. Keizer

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Dyecoo Textile Systems B.V./Warendorf Maatschap, notaris en minderheidsaandeelhouders

Een vennootschap verkeert in financieel zwaar weer. Aandeelhouders van deze vennootschap besluiten daarom tot het doen van investeringen in de vennootschap in ruil voor de uitgifte van aandelen. Enkele minderheidsaandeelhouders stemmen tegen dit uitgiftebesluit. Vervolgens frustreren de minderheidsaandeelhouders de uitgifte, door de notaris te informeren dat geen rechtsgeldig uitgiftebesluit tot stand is gekomen en dat zij maatregelen zullen nemen om een eventueel gepasseerde notariële uitgifteakte te vernietigen dan wel nietig te laten verklaren. De notaris informeert daarop de vennootschap dat de akte tot uitgifte niet gepasseerd kan worden, maar dat dat wel zou kunnen als de rechter de notaris daartoe in kort geding verplicht. In kort geding gebiedt de voorzieningenrechter de notaris de handeling te verrichten om de uitgifte te bewerkstelligen, nu aan de rechter niet is gebleken van gebreken die kleven aan het besluit waarin is besloten tot uitgifte van de aandelen. De voorzieningenrechter verbiedt de minderheidsaandeelhouders om de uitgifte te frustreren en bepaalt dat het vonnis in de plaats treedt van de vereiste medewerking van de minderheidsaandeelhouder aan de uitgifte van de aandelen.

Feiten

Dyecoo Textile Systems B.V. ('Dyecoo') is een onderneming met meerdere aandeelhouders. Deze aandeelhouders zijn allen partij bij een aandeelhoudersovereenkomst. Daarin is, voor zover van belang, opgenomen dat alle geschillen die voortvloeien uit de overeenkomst worden beslecht door het Nederlands Arbitrage Instituut in Amsterdam. Daarnaast is er voor de aandeelhouders die meer dan 5% van de aandelen houden een voorkeursrecht opgenomen bij

uitgifte van nieuwe aandelen.

Dyecoo verkeert in financieel zwaar weer. Daarom wordt een buitengewone vergadering van aandeelhouders bijeengeroepen. Tijdens deze vergadering wordt een term sheet besproken, waarin wordt voorgesteld dat enkele bestaande en nieuwe aandeelhouders in Dyecoo zullen investeren tegen uitgifte van aandelen. Enkele aandeelhouders waaronder Feyecon Textile B.V. ('Feyecon') stemmen tegen dit voorstel.

Na deze vergadering besluit de enig aandeelhouder van Feyecon zijn aandelen in Feyecon over te dragen aan Galcid Global Holding B.V., waarvan V. Fernandez ('Fernandez') bestuurder en enig aandeelhouder is. Fernandez is tevens commissaris in de raad van commissarissen van Dyecoo.

Vervolgens verstuurt Dyecoo een notificatie aan al haar aandeelhouders met betrekking tot de voorgenomen aandelenuitgifte. Zij stelt hen daarbij in de gelegenheid gebruik te maken van hun voorkeursrecht. In een daaropvolgende buitengewone aandeelhoudersvergadering wordt met een grote meerderheid van de stemmen besloten om tot uitgifte van aandelen over te gaan, zoals in de term sheet vastgelegd. Enkele aandeelhouders, te weten Co2 Textile B.V. ('CO2 Textile') en Feyecon (gezamenlijk 'de Minderheidsaandeelhouders') stemmen tegen dit besluit.

Na de vergadering informeert Fernandez de notaris dat zij maatregelen zal treffen om de akte waarbij de aandelen zullen worden uitgegeven, te vernietigen dan wel nietig te verklaren. Reden daarvoor is, naar zeggen van Fernandez, dat zij geen afstand heeft gedaan van haar voorkeursrecht en er geen rechtsgeldig besluit aan de uitgifte ten grondslag zou liggen.

De notaris licht Dyecoo vervolgens in dat zij de akte tot uitgifte niet kan passeren, maar dat wel zou kunnen indien de rechter de notaris daartoe in kort geding zou verplichten. Daarop initieert Dyecoo een kort geding, waarin zij vordert de notaris te gebieden de handeling te verrichten waarmee de aandelenuitgifte kan plaatsvinden en de Minderheidsaandeelhouders te verbieden de uitgifte te frustreren.

De Minderheidsaandeelhouders betwisten de bevoegdheid van de voorzieningenrechter, nu in de aandeelhoudersovereenkomst een arbitragebeding is opgenomen. Daarnaast stellen de Minderheidsaandeelhouders dat zij onvoldoende informatie hebben gekregen ten aanzien van het uitgiftebesluit en dat de waardering van de onderneming te laag zou zijn. Tot slot stellen zij dat Co2 Textile niet op een correcte wijze in de gelegenheid is gesteld haar voorkeursrecht uit te oefenen.

Oordeel voorzieningenrechter

Ten eerste oordeelt de voorzieningenrechter dat zij bevoegd is te oordelen over het geschil, nu het arbitragegeding niet op dezelfde korte termijn als een kort geding had kunnen plaatsvinden. Daarnaast is de notaris geen partij bij de aandeelhoudersovereenkomst en kan deze dus ook niet via een arbitrageprocedure tot medewerking worden verplicht. Tot slot staat een arbitragebeding de bevoegdheid van de rechter in kort geding niet in de weg op grond van artikel 1022 en 1022a Rv.

Hoewel de Minderheidsaandeelhouders hebben aangekondigd de rechtsgeldigheid van het uitgiftebesluit te betwisten, hebben zij hier geen gevolg aan gegeven. De voorzieningenrechter gaat dus uit van de rechtsgeldigheid van de besluiten. Verder oordeelt de voorzieningenrechter dat de Minderheidsaandeelhouders onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat er aan de besluitvorming dusdanige gebreken kleven, dat ze hun voorkeursrecht niet hebben kunnen uitoefenen. Uit de stukken blijkt dat aan alle aandeelhouders tijdig en regelmatig inzicht is verstrekt in de financiële positie van Dyecoo en dat zij over voldoende informatie ten aanzien van de voorgenomen uitgifte beschikken. Zeker nu Fernandez tevens commissaris is van Dyecoo, wordt geacht dat zij voldoende geïnformeerd is ten aanzien van de voorgenomen uitgifte. Daarnaast is CO2 Textile op een juiste wijze in de gelegenheid gesteld om van haar voorkeursrecht gebruik te maken, maar heeft zij dat niet gedaan.

Ook de stelling dat aan de uitgifte een te lage waardering van Dyecoo ten grondslag zou liggen, staat het besluit niet in de weg. Dyecoo heeft genoegzaam uiteengezet hoe zij tot een dergelijke waardering is gekomen. Daarnaast hebben de Minderheidsaandeelhouders zelf geen alternatieve waardering aangedragen. De voorzieningenrechter oordeelt dat alle argumenten die de Minderheidsaandeelhouders hebben aangedragen, geen grond bieden om de rechtsgeldigheid van het besluit aan te tasten.

De voorzieningenrechter gebiedt de notaris daarom om de handelingen te verrichten waarmee de aandelenuitgifte kan plaatsvinden. De voorzieningenrechter verbiedt de Minderheidsaandeelhouders om de uitgifte te frustreren en bepaalt dat het vonnis in de plaats treedt van de vereiste medewerking van de Minderheidsaandeelhouder aan de uitgifte van de aandelen.

Y. Boekhout, augustus 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 20-05-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:3091

Zaaknummer: c/13/717013 KG ZA 22-376

Rechters: E.A. Messer

Advocaten: T.H. Geukes Foppen, M.J.C. Höfelt en M. Straus

Wetsartikelen: 2:196 BW en 2:206a BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder van Testservice Onderwijs B.V./De Rijnlandse School

Een vennootschap heeft een contractuele verplichting tot het terugkopen van testboekjes bij beëindiging van een overeenkomst tussen de vennootschap en een producent. Na beëindiging van de overeenkomst door de producent, weigert de vennootschap om de testboekjes over te nemen. In een andere gerechtelijke procedure komt vast te staan dat de vennootschap die terugkoopverplichting heeft. De producent spreekt vervolgens de bestuurder van de vennootschap in rechte aan, omdat de vennootschap de terugkoopverplichting nog altijd niet nakomt. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de bestuurder van de vennootschap persoonlijk aansprakelijk is jegens de producent uit hoofde van onrechtmatige daad, en veroordeelt hem tot betaling van schadevergoeding. Het hof oordeelt met de rechtbank dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt nu hij de vennootschap leeg liet en de inkomsten van de vennootschap aan zichzelf liet betalen. De hoogte van de schadevergoeding wordt echter door het hof lager vastgesteld, omdat in het bedrag van de schadevergoeding dat door de rechtbank was vastgesteld rekening was gehouden met een opgebouwde voorraad van testboekjes die niet in verhouding stond tot de verwachte prognoses voor verkoop van de boekjes. Met terugkoop van een zodanige hoeveelheid testboekjes had de bestuurder van de vennootschap volgens het hof daarom geen rekening hoeven houden. Het hof bekrachtigt daarom het vonnis van de rechtbank behoudens voor zover de bestuurder is veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. Het hof veroordeelt de bestuurder tot betaling van een lager bedrag aan schadevergoeding.

Appellant ('de Bestuurder') is bestuurder van Testservice Onderwijs B.V. ('TO'), een vennootschap die handelde in intelligentietests ('de tests') voor het primair onderwijs. Hiertoe liet TO diverse materialen ten behoeve van deze tests ('de testboekjes') produceren door geïntimeerde, De Rijnlandse School ('DRS'), op basis van een exploitatieovereenkomst Niet-Schoolse cognitieve Capaciteitentest ('de Overeenkomst'). In de Overeenkomst is onder meer opgenomen dat TO verplicht is om bij het einde van de Overeenkomst de resterende testboekjes terug te kopen.

Na een geschil tussen TO en DRS over hun samenwerking, heeft DRS de Overeenkomst opgezegd en de testboekjes aan TO aangeboden. TO heeft echter geweigerd om de testboekjes over te nemen en laten weten dat zij niet over de daartoe benodigde financiële middelen beschikt. De rechtbank Noord-Nederland (C/18/187486 / HA ZA 18-211) heeft onder meer voor recht verklaard dat TO gehouden is de Overeenkomst na te komen en gehouden is de testboekjes terug te kopen. TO is dit vonnis niet nagekomen, waarop DRS de Bestuurder van TO persoonlijk aansprakelijk heeft gesteld voor de door hem geleden schade.

De rechtbank (ECLI:NL:RBNNE:2020:2004) heeft voor recht verklaard dat de Bestuurder persoonlijk aansprakelijk is voor de door DRS geleden schade omdat hij jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld en heeft de Bestuurder veroordeeld tot betaling van de geleden schade ('de Betalingsverplichting') (OR 2020-0285).

Het hof stelt voorop dat bij de beoordeling van de vraag of een bestuurder van een vennootschap verantwoordelijk is voor het tekortschieten van de vennootschap, enkel de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden kan daarnaast echter ook sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder, waarbij dan vereist is dat de bestuurder van die benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval, hetgeen zich voor zal doen indien de bestuurder bij het aangaan van de verplichting door de vennootschap wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.

Aldus het hof staat de betalingsverplichting van TO vast door het genoemde vonnis van de rechtbank. Tevens staat vast dat TO ten tijde van het aangaan van de Overeenkomst niet beschikte over eigen vermogen of enige kredietfaciliteit. Vast staat verder dat de inkomsten betreffende het nakijken van de tests werden uitbetaald aan de Bestuurder in plaats van aan TO, terwijl dit, naast de beperkte royalty's, de enige inkomstenbron van TO was. Hiermee was vanaf het aangaan van de Overeenkomst al voorzienbaar voor de Bestuurder dat TO bij voortijdige beëindiging van de Overeenkomst de terugkoopverplichting niet zou kunnen

nakomen.

Nu de Bestuurder geen feiten heeft aangevoerd die kunnen leiden tot het oordeel dat het verwijt niet voldoende ernstig is, is hij aansprakelijk voor de schade die DRS door de niet nakoming van de betalingsverplichting door TO heeft geleden. Het hof stelt evenwel dat de schade lager uitvalt dan een vergoeding ter hoogte van de betalingsverplichting en veroordeelt de Bestuurder tot betaling daarvan. DRS had namelijk een voorraad testboekjes opgebouwd, waarmee de rechtbank rekening had gehouden bij de vaststelling van de hoogte van de betalingsverplichting, die niet in verhouding stond tot de verwachte prognoses voor verkoop van de boekjes. Met terugkoop van een zodanige hoeveelheid testboekjes had de Bestuurder van TO volgens het hof daarom geen rekening hoeven houden, reden waarom het hof de Bestuurder veroordeelt tot betaling van een lager bedrag aan DRS.

T.M. Goudzwaard, augustus 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:5228

Zaaknummer: 200.291.651/01

Rechters: W.F. Boele, P.S. Bakker en W.D. de Boer

Advocaten: M. Kremer en R.P. de Bruin

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Sanofi Foreign Participations B.V./Gezamenlijke andere aandeelhouders van Kiadis Pharma N.V.

OK; uitkoopprocedure. Nadat zij middels een openbaar bod in de zin van artikel 5:74 Wft meer dan 95% van de aandelen in een onderneming verschaft, vordert een aandeelhouder in een uitkoopprocedure ex artikel 2:359c BW dat de gezamenlijke andere aandeelhouders worden veroordeeld hun aandelen aan haar over te dragen. De OK oordeelt dat is voldaan aan de vereisten vervat in artikel 2:359c lid 1 en 2 BW, en dat de waarde van het openbaar bod op grond van artikel 2:359c lid 6 BW wordt geacht een billijke prijs te zijn, nu aan de OK is gebleken dat de acceptatiegraad van de biedprijs meer dan 95% betreft en de aandeelhouder dus ten minste 90% van de aandelen heeft verworven waarop het bod betrekking had. De OK wijst de vorderingen van de aandeelhouder toe.

Feiten

Sanofi Foreign Participations B.V. ('Sanofi') is een 100%-dochtervennootschap van de farmaceutische onderneming Sanofi S.A. ('Sanofi SA'). Kiadis Pharma N.V. ('Kiadis') drijft een onderneming die zich richt op de ontwikkeling van innovatieve medicijnen. Sanofi SA en Kiadis maken bij gezamenlijk persbericht bekend dat zij een voorwaardelijke overeenkomst hebben gesloten over een door Sanofi uit te brengen openbaar bod op de aandelen in Kiadis. Life Science Partners ('LSP'), een investeringsmaatschappij die via verschillende fondsen op dat moment ongeveer 18,3% van de aandelen in Kiadis houdt, heeft zich blijkens het persbericht onherroepelijk gecommitteerd haar aandelen onder het door Sanofi uit te brengen openbaar bod aan te bieden.

Een paar maanden later brengt Sanofi een openbaar bod uit op alle uitstaande aandelen in Kiadis, als bedoeld in artikel 5:74 Wft. Na het verstrijken van de aanmeldingstermijn en de na-

aanmeldingstermijn maken Sanofi en Kiadis bij gezamenlijk persbericht bekend dat Sanofi ongeveer 97,39% van de geplaatste aandelen in Kiadis zal houden. In een uitkoopprocedure bij de OK vordert Sanofi op de voet van artikel 2:359c BW dat de gezamenlijke andere aandeelhouders ('Gedaagden') worden veroordeeld hun aandelen aan Sanofi over te dragen.

Oordeel

Nu tegen Gedaagden verstek is verleend, dient de OK op grond van artikel 2:359c lid 5 BW ambtshalve te onderzoeken of aan lid 1 en 2 van artikel 2:359c lid 5 BW is voldaan. De OK onderzoekt (i) of Sanofi een openbaar bod heeft uitgebracht, (ii) of Sanofi als aandeelhouder voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van Kiadis verschaft en ten minste 95% van de stemrechten van Kiadis vertegenwoordigt en (iii) of de vordering is ingesteld tegen Gedaagden.

De OK stelt vast dat uit het biedingsbericht, uit de persberichten en een verklaring van ING Bank N.V. blijkt dat Sanofi een openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft heeft uitgebracht. Voorts blijkt uit meerdere door Sanofi overgelegde stukken dat zij voor eigen rekening in ieder geval 95% van het geplaatste en uitstaande kapitaal van Kiadis houdt, en ten minste 95% van de stemrechten in Kiadis vertegenwoordigt. Wat betreft het instellen van de vordering tegen Gedaagden overweegt de OK dat Sanofi terecht Euroclear niet heeft gedagvaard ten aanzien van de niet door Sanofi gehouden geregistreerde aandelen, nu Euroclear conform vaste rechtspraak voor het doel van de uitkoopprocedure niet als aandeelhouder wordt beschouwd. Verder overweegt de OK dat Sanofi terecht de aandeelhouder waarvan de woonplaats c.q. vestigingsplaats onbekend is en niet zeker is of deze entiteit nog bestaat als niet bij naam bekende aandeelhouder conform artikel 54 lid 2 Rv heeft opgeroepen. Voorts blijkt uit de in het geding gebrachte stukken dat Sanofi Kiadis, de bij naam bekende aandeelhouders en de gezamenlijke andere aandeelhouders heeft gedagvaard, aldus de OK. Nu Sanofi dit ook binnen de in artikel 2:359c BW genoemde termijn van drie maanden na afloop van de termijn voor aanvaarding van het bod heeft gedaan, is aan alle vereisten van artikel 2:359c lid 1 en 2 BW voldaan.

Voorts overweegt de OK dat in artikel 2:359c lid 6 BW is bepaald dat indien een vrijwillig openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft is uitgebracht, de waarde van de bij het bod geboden tegenprestatie geacht wordt een billijke prijs te zijn, mits ten minste 90% van de aandelen is verworven waarop het bod betrekking had. Onder verwijzing naar het *Royal Reesink*-arrest (ECLI:NL:GHAMS:2017:1203) overweegt het hof dat in de berekening van de acceptatiegraad van het bod niet meetellen de aandelen die worden of werden gehouden door (rechts)personen die in een wezenlijk andere positie verkeren dan houders van aandelen die door acceptatie van het bod slechts hun belang in de doelvennootschap verkopen tegen de

onder het bod geboden tegenprestatie. De OK overweegt in dat kader dat de aandelen die worden gehouden door twee commissarissen van Kiadis, de aandelen van LSP, alsook het deel van de aandelen ten aanzien waarvan Sanofi voor alle zekerheid heeft ingestemd met het buiten beschouwing laten daarvan, bij de berekening van de acceptatiegraad buiten beschouwing worden gelaten. De OK berekent de acceptatiegraad van de biedprijs op 95,11%, zodat de biedprijs van het bod wordt vermoed een billijke prijs te zijn.

De OK veroordeelt de gezamenlijke andere aandeelhouders het onbezwaarde recht op de door ieder van hen gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van Kiadis onder de vastgestelde prijs over te dragen aan Sanofi.

L.L. Bakker, augustus 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-05-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:1416

Zaaknummer: 200.305.448/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, J.S.T. Tiemstra RA en G. Boon

Advocaten: F.G.K. Overkleeft, R.G.J. de Haan en D.H. Tilanus

Wetsartikelen: 2:359c BW en 5:74 Wft