

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 23, 2022

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

- [Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:9111](#) 25-10-2022
Bestuurder van Stichting Voetbal Promotie Achterberg en Voetbal Vereniging Achterberg 1971/Curator
- [Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:8872](#) 18-10-2022
Voorwaardelijk civielrechtelijk bestuursverbod
- [Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:3537](#) 18-10-2022
Stichting 20-01/Qred Företagslan AB (Qeld Bedrijfsleningen)
- [Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:3446](#) 11-10-2022
Bestuurder van Integrated Computer Control Systems B.V./Advocatenmaatschap
- [Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:1731](#) 27-09-2022
Bestuurder schoonmaakbedrijf/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf
- [Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:1845](#) 27-06-2022
Concernenquête Hoefnagels Holding c.s.
- [Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:3006](#) 19-04-2022
Bestuurder van Stichting Voetbal Promotie Achterberg en Voetbal Vereniging Achterberg 1971/Curator

Rechtbank

- [Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668](#) 26-10-2022
Te Biesebeek q.q./C&T Beheer B.V. c.s.
- [Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:5993](#) 12-10-2022
Onbehoorlijk bestuur en bestuursverbod; beroep op vrijwaring faalt
- [Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:3059](#) 12-10-2022
Kolkman q.q./Bestuurder MKD B.V.
- [Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:10445](#) 12-10-2022
Verbod op uitvoering van besluiten van het bestuur en de ledenvergadering van een

vereniging

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:2932](#) 20-07-2022

Pierik q.q./Bestuurders van Stichting Social Care 24/7

RECHTSPRAAK

Stichting 20-01/Qred Företagslan AB (Qeld Bedrijfsleningen)

Een stichting en een bedrijf dat geldleningen verstrekt in de zakelijke sfeer, sluiten in 2019 een kredietovereenkomst. De bestuurder van de stichting stelt zich borg en verbindt zich hoofdelijk voor de terugbetalingsverplichting van de stichting. Als de stichting na enige tijd de krediet som nog niet heeft terugbetaald en de kredietverstrekker haar tevergeefs rappelleert, worden de stichting en haar bestuurder gedagvaard en vordert de kredietverstrekker terugbetaling van het geleende bedrag. De stichting en de bestuurder stellen dat er sprake is van een particuliere borgtocht en dat de kredietverstrekker zijn zorgplicht niet heeft nageleefd. In eerste aanleg wordt de vordering van de kredietverstrekker toegekend en oordeelt de kantonrechter dat sprake is van een zakelijke borgtocht. In hoger beroep is het voorlopig oordeel van het hof dat sprake is van een particuliere borgtocht en wordt iedere verdere beslissing aangehouden. Partijen worden in de gelegenheid gesteld om tijdens een nader te bepalen mondelinge behandeling hun standpunten verder toe te lichten.

Achtergrond en geschil

Stichting 20-01 ('de Stichting') en Qred Företagslan AB, een vennootschap naar Zweeds recht, in Nederland handelend onder de naam 'Qeld Bedrijfsleningen' ('Qeld'), sluiten in 2019 een kredietovereenkomst ten behoeve van de Stichting. Deze kredietovereenkomst wordt namens de Stichting ondertekend door de bestuurder van de Stichting ('de Bestuurder'). In de kredietovereenkomst is een bepaling opgenomen die inhoudt dat de Bestuurder als borgtochtgever hoofdelijk is verbonden voor de terugbetaling van het verschuldigde bedrag uit de kredietovereenkomst.

Niet lang na het sluiten van de kredietovereenkomst schrijft Qeld aan de Stichting een brief waarin wordt vermeld dat Qeld ondanks meerdere herinneringen geen betalingen heeft ontvangen. Qeld biedt de mogelijkheid om alsnog binnen tien dagen het openstaande bedrag te betalen, bij gebreke waarvan de vordering ter incasso zal worden overgedragen.

Eerste aanleg

Na het uitblijven van betaling, dagvaardt Qeld de Stichting en de Bestuurder ('de Stichting c.s.') en vordert betaling van de hoofdsom, buitengerechtelijke kosten en rente. In eerste aanleg overweegt de kantonrechter dat sprake is van een zakelijke borgtocht. De Stichting c.s. hebben naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit blijkt dat Qeld haar zorgplicht heeft geschonden, zodat dit verweer niet slaagt. De kantonrechter veroordeelt de Stichting en de Bestuurder hoofdelijk tot betaling van de hoofdvordering, de wettelijke rente en de buitengerechtelijke incassokosten, met veroordeling van de Stichting c.s. in de proceskosten.

Hoger beroep

De Stichting c.s. stellen hoger beroep in. In hoger beroep voeren de Stichting c.s. als voornaamste grief aan dat het vonnis dient te worden vernietigd omdat sprake was van een particuliere borgtocht in de zin van artikel 7:857 BW en niet van een zakelijke borgtocht. Qeld had de Stichting c.s. daarom moeten wijzen op de risico's en de echtgenoot van de Bestuurder had op grond van artikel 1:88 lid 5 BW de borgtochtovereenkomst moeten meetekenen, aldus het verweer. Qeld bestrijdt dit door te stellen dat zij alleen zakelijke bedrijfskredieten verstrekt en in het verlengde daarvan alleen een zakelijke borgtocht overeenkomt. Verder stelt Qeld dat de situatie van de Bestuurder als bestuurder van de Stichting moet worden gelijkgesteld met de situatie waarin sprake is van een bestuurder van een nv of een bv, waarin die bestuurder de meerderheid van de aandelen heeft.

Het hof constateert ten eerste dat de Stichting c.s. niet hebben gegriefd tegen de veroordeling van de Stichting (hoofdelijk met appellant) tot betaling van het door Qeld gevorderde. Omdat ook niet is betwist dat de Stichting met terugbetaling in gebreke is gebleven, oordeelt het hof dat het bestreden vonnis niet aan het oordeel van het hof is onderworpen voor zover dit betrekking heeft op de terugbetalingsverplichting van de Stichting jegens Qeld.

Vervolgens overweegt het hof ten aanzien van de borgtocht dat door Qeld niet is gesteld dat de Bestuurder persoonlijk wel een beroep of bedrijf uitoefent zoals uitgesloten in het eerste deel van artikel 7:857 BW. Het hof stelt vast dat het in dit geval gaat om een stichting, en dat de stichting in artikel 7:857 BW noch in artikel 1:88 lid 5 BW wordt vermeld. Omdat Qeld niet heeft gesteld dat hier sprake is van een geval zoals bedoeld in artikel 7:857 BW, is naar het

oordeel van het hof geen sprake van een zakelijke, niet-particuliere borgtocht. De grief van de Stichting c.s. slaagt en de betreffende particuliere borgtocht wordt door het hof vooralsnog geldig bevonden. Ten aanzien van het beroep op artikel 1:88 lid 5 BW oordeelt het hof dat slechts de betreffende echtgenoot een beroep kan doen op de vernietigingsgrond. Nu niet is gebleken dat dit het geval is, wordt de particuliere borgtocht vooralsnog geldig geacht.

Nu het hof voorlopig heeft geoordeeld dat sprake is van een particuliere borgtocht, zal hij een oordeel vellen over het beroep van de Bestuurder dat Qeld niet heeft voldaan aan de bijzondere zorgplicht die een kredietverstrekker jegens een particuliere borg in acht dient te nemen. In dat kader houdt het hof iedere verdere beslissing aan en worden partijen tijdens een nader te bepalen mondelinge behandeling in de gelegenheid gesteld om vragen van de rechter met betrekking tot de zorgplicht te beantwoorden en de zaak mondeling toe te lichten.

A. El Allaoui, november 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 18-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:3537

Zaaknummer: 200.305.777/1

Rechters: H.A.G. Fikkers, N.W.M. van den Heuvel en M.C. Schepel

Advocaten: E. den Hartog en L.L. Ross

Wetsartikelen: 7:857 BW en 1:88 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

Verbod op uitvoering van besluiten van het bestuur en de ledenvergadering van een vereniging

Er ontstaat een geschil tussen de bestuurders van een vereniging, een lokale politieke partij in Noordwijk, nadat een van de bestuurders in de gemeenteraad is terechtgekomen. De ene bestuurder schorst de andere bestuurder als lid van de vereniging, en de andere bestuurder schorst de eerstgenoemde bestuurder als bestuurslid. Een van de bestuurders roept een algemene ledenvergadering bijeen met het voorstel tot ontbinding van de vereniging, maar hij nodigt de andere bestuurder en enkele andere leden niet uit. De voorzieningenrechter oordeelt dat de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW met zich brengen dat partijen in hun onderlinge verhouding de in de wet en de statuten aan bestuurders toekomende rechten en verplichtingen dienen te respecteren en dat de besluiten daarom vernietigbaar zijn op grond van artikel 2:15 BW. De voorzieningenrechter wijst het gevorderde verbod om de besluiten uit te voeren toe.

Een vereniging, een van beide gedaagden, is opgericht met als doel het vormen van een politieke partij (de 'politieke partij'). Bij de oprichting is onder meer de andere gedaagde aangesteld als bestuurder. De overige oorspronkelijke bestuurders zijn teruggetreden, waarop gedaagde onder meer eiser heeft gevraagd plaats te nemen in het bestuur. Nadat tijdens lokale verkiezingen de politieke partij een zetel in de gemeenteraad van Noordwijk heeft behaald, is gedaagde aangesteld als raadslid.

Hierop zijn spanningen ontstaan binnen de politieke partij, waarbij gedaagde ertoe is overgegaan om onder meer eiser als bestuurslid uit te laten schrijven in de registers bij de Kamer van Koophandel, hetgeen na bezwaar van eiser weer ongedaan is gemaakt. Vervolgens heeft gedaagde zelfstandig een bestuursbesluit genomen waarbij hij eiser heeft geschorst als lid van de vereniging. Op dezelfde dag heeft eiser een e-mail aan gedaagde gestuurd waarin hij

gedaagde heeft geschorst als bestuurslid. Daarna heeft gedaagde aan eiser een door gedaagde ondertekend bestuursbesluit gestuurd, inhoudende de ontzetting van eiser als lid van de vereniging. Vervolgens hebben eiser en gedaagde onafhankelijk van elkaar een algemene ledenvergadering uitgeschreven. Gedaagde heeft bij de uitnodiging echter verzuimd onder meer eiser uit te nodigen. Een van de agendapunten voor de vergadering was het voorstel tot ontbinding van de vereniging. Dit voorstel wordt aangenomen door de ledenvergadering, waar echter onder meer eiser ontbrak.

Eiser vordert in kort geding onder meer een verbod op uitvoering van de op de ledenvergadering genomen besluiten en van de besluiten om hem als lid te schorsen en ontzetten.

De voorzieningenrechter gaat ervan uit dat in de relevante periode zowel eiser als gedaagde onderdeel vormden van het voorlopige bestuur van de politieke partij. Eiser is weliswaar niet door de algemene ledenvergadering gekozen, maar vast staat dat hij op verzoek van gedaagde heeft plaatsgenomen en als zodanig ook reeds stond ingeschreven bij de Kamer van Koophandel. Aldus de voorzieningenrechter brengt artikel 2:8 BW inzake de redelijkheid en billijkheid in een organisatie met zich mee dat partijen in een dergelijk geval in hun onderlinge verhouding de in de wet en de statuten aan bestuurders toekomende rechten en verplichtingen dienen te respecteren.

Aldus de voorzieningenrechter brengt dit met zich dat gedaagde ten onrechte heeft gehandeld als ware hij enig bestuurder van de politieke partij, nu hij gehouden was tot overleg met de andere bestuurders. De schorsing van eiser behoorde bovendien niet tot de bevoegdheden van gedaagde, nu deze bevoegdheid bij de ledenvergadering ligt. Dit besluit is dan ook niet geldig door het bevoegd orgaan genomen en de voorzieningenrechter acht het aannemelijk dat deze besluiten door de bodemrechter zullen worden vernietigd. Het gevorderde verbod tot uitvoering van dit besluit is daarom toewijsbaar.

Nu eiser en twee andere leden niet hebben kunnen deelnemen aan de algemene ledenvergadering, terwijl de vereniging maar uit 18 leden bestond en er een besluit tot ontbinding van de vereniging op de agenda stond, kleven er aan deze vergadering reeds hierom zoveel gebreken dat de besluiten van de vergadering als vernietigbaar moeten worden beschouwd in de zin van artikel 2:15 BW. Nu deze vergadering bovendien enkel is bijeengeroepen door gedaagde en niet op grond van artikel 2:41 BW door het bestuur, is naar het oordeel van de voorzieningenrechter aannemelijk dat de bodemrechter ook deze besluiten zal vernietigen. Ook het gevorderde verbod tot uitvoering van de genomen besluiten is daarom toewijsbaar. De voorzieningenrechter oordeelt dat er wel degelijk sprake is van spoedeisend belang bij eiser, nu een ontbinding van de politieke partij onomkeerbare gevolgen kan hebben.

T.M. Goudzwaard, november 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 12-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:10445

Zaaknummer: 634063 inzake KG ZA 22/758

Rechters: D.R. Glass

Advocaten: N.S. Heesels

Wetsartikelen: 2:8 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Pierik q.q./Bestuurders van Stichting Social Care 24/7

Een curator stelt de bestuurders van een zorgstichting aansprakelijk voor het faillissementstekort op de voet van artikel 2:300a jo. 2:138 BW wegens schending van de administratieplicht. De rechtbank oordeelt dat sprake is van een schending van de administratieplicht, en de bestuurders hebben geen andere belangrijke oorzaak van het faillissement kunnen aantonen. De rechtbank veroordeelt de bestuurders het boedeltekort te voldoen.

Feiten

Gedaagden zijn een vader ('de Vader'), diens zoon ('de Zoon') en de partner van de zoon ('de Partner'). Gedaagden zijn bij de Stichting Social Care 24/7 ('de Stichting') in verschillende hoedanigheden betrokken geweest. De Vader en de Partner zijn statutair bestuurder geweest van de Stichting, die onder meer zorg verleende en opvang bood met overnachting, vooral aan (jong)volwassenen met een verstandelijke beperking of psychische problemen. De financiering van de Stichting verliep via zorgcontracten met de gemeente Zwolle en Zilveren Kruis voor Wlz-zorg en persoonsgebonden budgetten (pgb's).

De Inspectie voor de Gezondheidszorg heeft sinds 2016 verschillende bezoeken gebracht aan de Stichting en naar aanleiding van deze bezoeken verschillende aanwijzingen gegeven. Dit heeft uiteindelijk geleid tot een aanwijzing om de cliënten over te dragen, omdat sprake was van een voortdurende risicovolle situatie zonder zicht op verbetering. De gemeente Zwolle en Zilveren Kruis hebben onderzoek gedaan naar de besteding van pgb's door de Stichting en geconcludeerd tot onregelmatige besteding van deze gelden en zorgfraude.

De Stichting is op 24 april 2018 failliet verklaard. De curator vordert in deze procedure vergoeding van het faillissementstekort op de voet van artikel 2:300a jo. 2:138 BW, dan wel artikel 2:9 BW of artikel 6:162 BW.

De curator verwijt gedaagden dat zij als bestuurder dan wel als feitelijk beleidsbepaler hun

taak onbehoorlijk hebben vervuld. De administratie van de Stichting voldeed niet aan de wettelijke en statutaire eisen, en door de geconstateerde tekortkomingen en misstanden is óók sprake van onbehoorlijke taakvervulling dan wel onrechtmatige daad.

Oordeel

De rechtbank oordeelt dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat de Zoon als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Hij heeft zich weliswaar in de media als feitelijk bestuurder gepresenteerd, maar dat is bij deze beoordeling niet relevant. Niet is gebleken dat hij handelingen verrichtte die normaliter door bestuurders worden verricht en dat deze handelingen ook met terzijdestelling van het bestuur hebben plaatsgevonden.

De rechtbank oordeelt ten aanzien van de Vader en de Partner dat in strijd is gehandeld met artikel 2:10 BW, waardoor vanwege artikel 2:138 lid 2 BW vaststaat dat sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van gefailleerde en dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Op de voet van artikel 2:10 BW dient de administratie op zodanige wijze gevoerd te worden, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Dit betekent naar vaste jurisprudentie dat de boekhouding van een zodanig niveau dient te zijn, dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment, en deze posities en de stand van de liquiditeiten gezien de aard en de omvang van de onderneming een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie (HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCo994). De rechtbank overweegt dat de bestuurders de verwijten van de curator niet gemotiveerd hebben kunnen betwisten. Dat alle inkomsten via de Sociale Verzekeringsbank liepen en daaruit de baten en lasten konden worden afgeleid, geldt niet als voldoende. Ook een bijgehouden zorgadministratie kan niet snel inzicht geven in de *financiële* situatie van een onderneming.

De rechtbank overweegt verder dat van belang is dat de onbehoorlijke taakvervulling niet enkel ziet op de schending van de administratieplicht, maar dat het vermoeden ziet op het bestuur over de gehele linie. De bestuurders hebben ook geen andere belangrijke oorzaak van het faillissement kunnen aandragen om het vermoeden te ontzenuwen. De rechtbank veroordeelt de Vader en de Partner het boedeltekort te voldoen.

A.C. Frentz, november 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:2932

Zaaknummer: C/o8/269819 HA ZA 21-337

Rechters: J.N. Bartels

Advocaten: E.A.M. Claassen en J. Faas

Wetsartikelen: 2:300a BW, 2:138 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Kolkman q.q./Bestuurder MKD B.V.

Een curator stelt een bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort wegens schending van de administratieplicht. Bestuurder had geen toegang tot deel administratie en voert voorts aan de bankmutaties pas aan het einde van het boekjaar te verwerken. De rechtbank oordeelt dat de boekhoudplicht is geschonden, waarmee kennelijk onbehoorlijk bestuur vaststaat. De bestuurder slaagt er niet in het causaliteitsvermoeden te weerleggen en wordt veroordeeld het boedeltekort te voldoen.

MKD B.V. ('MKD') is op 25 oktober 2020 opgericht en op 3 november 2021 failliet verklaard. De curator heeft de bestuurder van de bv op de voet van artikel 2:248 BW aangesproken tot betaling van het boedeltekort en doet daarbij een beroep op lid 2 van die bepaling. Aan zijn vordering legt de curator ten grondslag dat de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW is geschonden. Volgens de curator is over 2020 in het geheel geen administratie aanwezig en vertoont de administratie over 2021 grote gebreken. De aangesproken bestuurder verweert zich door te stellen dat over 2020 geen administratie aanwezig is, omdat de vennootschap pas vanaf januari 2021 activiteiten verricht. Ook geeft de bestuurder aan dat hij de beschikking over de administratie over 2021 deels verloren is, nu die in een loods aanwezig is waaraan de eigenaar hem de toegang heeft ontzegd vanwege een vermeende openstaande schuld. Tot slot voert de bestuurder aan dat hij delen van de administratie, zoals bankmutaties, pas aan het eind van het boekjaar verifieert en accordeert en dat er geen grootboekrekening kas aanwezig is, omdat alle contante betalingen zijn gedaan aan monteurs die direct betaald wilden worden, maar dat MKD wel altijd een factuur heeft ontvangen.

De rechtbank oordeelt dat niet aan de boekhoudplicht is voldaan. Aan het vereiste van artikel 2:10 BW dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend, is niet voldaan. Door bankmutaties pas aan het eind van het jaar te verwerken geeft de boekhouding geen actueel inzicht in openstaande vorderingen en schulden. Dat voor contante betalingen wel een factuur aanwezig zou zijn, doet voorts niet af aan de

verantwoordelijkheid om die betalingen behoorlijk te administreren. Tot slot ontbreken belangrijke stukken zoals inkoop- en verkoopfacturen en voorraadlijsten. Als die in de eerdergenoemde niet-toegankelijke loods zijn opgeslagen, ligt dat geheel in de risicosfeer van de bestuurder, nu het zijn verantwoordelijkheid is om de administratie op zodanige wijze te bewaren dat deze voor hem toegankelijk is en blijft.

De bestuurder voert nog een aantal andere belangrijke oorzaken van het faillissement aan ter ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, maar maakt die stellingen onvoldoende concreet. De rechtbank veroordeelt de bestuurder het boedeltekort te voldoen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 12-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:3059

Zaaknummer: C/o8/278084 / HA ZA 22-73

Rechters: A.J. Louter

Advocaten: F. Kolkman

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Onbehoorlijk bestuur en bestuursverbod; beroep op vrijwaring faalt

De (indirect) bestuurder van failliet wordt veroordeeld tot betaling van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. Ook wordt een bestuursverbod van vijf jaar opgelegd als bedoeld in artikel 106a Fw. De bestuurder doet een beroep op vrijwaring, maar dit faalt.

Een inmiddels failliete onderneming is opgericht op 27 juli 2019 en verrichtte schoonmaakwerkzaamheden voor zes McDonald's-vestigingen uit hoofde van een overeenkomst van opdracht.

Op 19 juni 2020 heeft de Bestuurder twee nieuwe vennootschappen opgericht: Vennootschap 1 en haar holding Vennootschap 2. Vervolgens zijn alle activiteiten en activa van de onderneming ondergebracht in Vennootschap 1. Vennootschap 1 heeft hiervoor geen vergoeding betaald.

Op 31 juli 2020 heeft de Bestuurder namens Vennootschap 2 de aandelen in Vennootschap 1 om niet overgedragen aan een andere entiteit. Gedaagde 1 (in vrijwaring) is enig aandeelhouder en bestuurder van deze entiteit. Daarnaast is zij enig aandeelhouder en bestuurder van Gedaagde 2 (in vrijwaring). Na de aandelenoverdracht is Vennootschap 2 ontbonden.

Op 15 september 2020 is de onderneming in staat van faillissement verklaard. De curator vordert (onder meer) dat de Bestuurder wordt veroordeeld tot betaling van het boedeltekort en dat een bestuursverbod van vijf jaar wordt opgelegd.

De Bestuurder doet een beroep op vrijwaring en vordert dat de rechtbank Gedaagde 1 en Gedaagde 2 hoofdelijk veroordeelt voor datgene waartoe hij als bestuurder mocht worden veroordeeld.

Onbehoorlijk bestuur

De curator is van mening dat de Bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld door (1) niet te voldoen aan zijn administratieplicht ex artikel 2:10 BW, (2) een illegale doorstart te maken van de activiteiten van de onderneming in Vennootschap 1 en (3) gelden te onttrekken aan de bankrekening van de onderneming.

De Bestuurder voert aan dat niet de hem verweten gedragingen een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement, maar de omstandigheid dat een (namens hem) door Gedaagde 1 getroffen betalingsregeling met het pensioenfonds niet is nagekomen. Verder erkent de Bestuurder dat hij de onderneming om niet heeft overgedragen aan Vennootschap 1 en ook dat hij gelden heeft onttrokken aan de bankrekening van de onderneming.

De rechtbank volgt de curator en oordeelt dat op alle drie de punten sprake is van onbehoorlijk bestuur. De Bestuurder is daarom aansprakelijk voor het boedeltekort. De Bestuurder heeft een beroep gedaan op matiging, omdat hij aansprakelijk zou worden gehouden voor gedragingen van Gedaagde 1 (in vrijwaring). Omdat de vermeende rol van Gedaagde 1 onvoldoende is onderbouwd en vanwege de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling slaagt het beroep op matiging niet.

Bestuursverbod

De curator vordert een bestuursverbod van vijf jaar als bedoeld in artikel 106a Fw, omdat sprake zou zijn van onbehoorlijk bestuur (sub a) en omdat de Bestuurder in ernstige mate zou zijn tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen tegenover de curator (sub c).

De Bestuurder heeft op dit punt geen verweer gevoerd en de rechtbank wijst de vordering van de curator toe.

Vrijwaring

De Bestuurder voert aan dat de vordering van de curator is gebaseerd op de illegale doorstart en het niet voldoen aan de administratieplicht. De daarvoor relevante feiten zijn volgens hem gecreëerd door Gedaagde 1. Gedaagde 1 zou de doorstart hebben bedacht, geadviseerd en uitgevoerd. Ook zou zij hebben verzuimd een deugdelijke administratie te voeren. Zonder de doorstart zou de betalingsregeling met het pensioenfonds zijn nagekomen en zou het faillissement van de onderneming zijn uitgebleven.

Gedaagde 1 betwist dat zij een bepalende rol heeft gespeeld in de gang van zaken. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de Bestuurder de gestelde rol van Gedaagde 1 onvoldoende onderbouwd en bestaat geen grond waarop Gedaagde 1 de Bestuurder zou moeten vrijwaren

voor datgene waartoe hij tegenover de curator wordt veroordeeld. De vordering tegen Gedaagde 1 tot vrijwaring wordt daarom afgewezen.

Ook de vordering tegen Gedaagde 2 tot vrijwaring wordt afgewezen, omdat de Bestuurder op geen enkele wijze heeft gesteld en onderbouwd dat en waarom Gedaagde 2 zou moeten worden veroordeeld.

B.S. Pronk, november 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 12-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:5993

Zaaknummer: C/05/395646 / HZ ZA 21-374

Rechters: P.F.A. Bierbooms

Advocaten: B.B.P.J.M. Derks, F.A. Geevers en P.C. Schutte

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:248 BW en 106a Fw

RECHTSPRAAK

Te Biesebeek q.q./C&T Beheer B.V. c.s.

Een curator stelt een rechtspersoon-bestuurder en de middellijke bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort wegens schending van de publicatie- en administratieplicht. Zij slagen er niet in het bewijsvermoeden te weerleggen. Het betreft geen onbelangrijke verzuimen en er is geen grond voor disculpatie. Ook is er geen andere aannemelijke belangrijke oorzaak van het faillissement. Wel ziet de rechtbank grond voor matiging in het geval van de middellijke bestuurder.

De curator spreekt zowel de statutaire bestuurder C&T Beheer B.V. ('de Holding') als de middellijke bestuurder (natuurlijk persoon, 'de Bestuurder') van een failliete vennootschap aan in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure ex artikel 2:248 BW. De curator verwijt het bestuur dat geen deugdelijke boekhouding is gevoerd en dat de jaarrekeningen niet tijdig werden gepubliceerd.

De rechtbank constateert dat de boekhouding in de drie jaar vóór het faillissement niet van een zodanig niveau was dat daaruit op elk moment – eventueel na enig nader onderzoek – een redelijk inzicht kon worden verkregen in de rechten en verplichtingen, of meer in het algemeen de vermogenspositie van de vennootschap. Zelfs na uitvoerig onderzoek kon dat inzicht niet worden verkregen. Dit blijkt temeer uit het feit dat zich meerdere crediteuren bij de curator hebben gemeld die niet voorkomen op de crediteurenlijst die het bestuur aan de curator heeft verstrekt. Het bestuur heeft de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW daarom geschonden.

Vervolgens concludeert de rechtbank dat ook de publicatieplicht van artikel 2:394 BW is geschonden. De jaarrekeningen over 2017 en 2018 zijn namelijk pas op 29 december 2020 gepubliceerd, de jaarrekening over 2019 op 10 maart 2021. Over de boekjaren 2014 tot en met 2016 is nooit een jaarrekening openbaar gemaakt. Het bestuur heeft aangevoerd dat sprake zou zijn van een onbelangrijk verzuim dat zou zijn veroorzaakt door slecht werk van de

boekhouder. De rechtbank gaat hier niet in mee. In 2019 en 2020 (en vermoedelijk daarvoor ook al) was er geen boekhouder, zodat slecht werk van de boekhouder niet de reden kan zijn van het verzuim. Er is weliswaar een derde ingeschakeld voor financieel advies, maar niet is gebleken dat het bestuur heeft geprobeerd de boekhouding op orde te (laten) brengen. Bovendien zijn de publicatietermijnen telkens ruimschoots overschreden.

Omdat niet is gebleken dat het bestuur iets heeft gedaan om ervoor te zorgen dat de boekhouding op orde werd gebracht, is er tevens geen grond voor disculpatie.

Aangezien de boekhoud- en publicatieplicht zijn geschonden, staat vast dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 lid 2 BW. Het bestuur heeft gesteld dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is gelegen in andere omstandigheden, waaronder de coronacrisis. Hier gaat de rechtbank niet in mee. Vast staat namelijk dat gefailleerde zich al vóórdat de coronacrisis uitbrak, bevond in een situatie waarin meerdere schuldeisers niet konden worden voldaan en een faillissement dreigde.

De rechtbank ziet wel grond om de aansprakelijkheid van de Bestuurder te matigen. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat mishandeling van de Bestuurder door de verhuurder van het pand en de coronacrisis ook zullen hebben bijgedragen aan het faillissement. Zijn aansprakelijkheid wordt daarom gematigd met 25%. Dit geldt echter niet voor de Holding, omdat zij geen verweer heeft gevoerd en aan haar verstek is verleend.

Omdat de faillissementsboedel negatief is, constateert de rechtbank dat het restitutierisico voor de Bestuurder groot is. Dit is temeer relevant omdat bij de executie van het vonnis de verkoop van zijn woning aan de orde kan zijn. Het vonnis wordt ten aanzien van hem daarom niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Namens de Holding is geen verweer gevoerd tegen de uitvoerbaarheid bij voorraad.

De Holding en de Bestuurder worden hoofdelijk veroordeeld tot betaling van 75% van het faillissementstekort (nader op te maken bij staat) en een voorschot daarop. En de Holding wordt afzonderlijk veroordeeld tot betaling van de resterende 25% van het faillissementstekort en een voorschot daarop.

K.C.S. Meekes, november 2022

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 26-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2022:4668

Zaaknummer: C/01/375111 / HA ZA 21-696

Rechters: M.E. Bartels

Advocaten: B.A.P. Sijben en J.T. van Balen

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder van Stichting Voetbal Promotie Achterberg en Voetbal Vereniging Achterberg 1971/Curator

Een curator stelt de voormalig bestuurder van een stichting en een vereniging aansprakelijk. De rechtbank heeft de bestuurder aansprakelijk gehouden op grond van artikel 2:9 BW. In hoger beroep oordeelt het hof dat geen sprake is van een geobjectiveerd winstoogmerk, waardoor de bestuurder niet aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 2:300a (oud) BW jo. artikel 2:138 BW. Het niet naleven van fiscale regels en de schending van de administratieplicht is ernstig verwijtbaar en kwalificeert als onbehoorlijk bestuur. De bestuurder wordt in hoger beroep eveneens veroordeeld tot vergoeding van de schade.

Zie OR 2022-0239.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:9111

Zaaknummer: 200.262.548

Rechters: I. Brand, L. Janse en G.D. Hoekstra

Advocaten: G.C.L. van de Corput en W.A.A.J. Fick-Nolet

Wetsartikelen: 2:9 BW, 6:162 BW, 2:300a (oud) BW en 2:138 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder van Stichting Voetbal Promotie Achterberg en Voetbal Vereniging Achterberg 1971/Curator

Een curator stelt de voormalig bestuurder van een stichting en een vereniging aansprakelijk. De rechtbank heeft de bestuurder aansprakelijk gehouden op grond van artikel 2:9 BW. In hoger beroep oordeelt het hof dat geen sprake is van een geobjectiveerd winstoogmerk, waardoor de bestuurder niet aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 2:300a (oud) BW jo. artikel 2:138 BW. Het niet naleven van fiscale regels en de schending van de administratieplicht is ernstig verwijtbaar en kwalificeert als onbehoorlijk bestuur. De bestuurder wordt in hoger beroep eveneens veroordeeld tot vergoeding van de schade.

Appellant (ook 'de Bestuurder') is tot 1 augustus 2012 bestuurder geweest van de door hem opgerichte Vereniging Voetbal Achterberg 1971 ('de Vereniging'). Namens de Vereniging heeft de Bestuurder de Stichting Voetbal Promotie Achterberg ('de Stichting') opgericht. Van deze Stichting was appellant bestuurder tot 30 september 2015.

De Belastingdienst heeft na een boekenonderzoek in verband met door de Vereniging en de Stichting gedane uitbetalingen aan personen, naheffingsaanslagen van onder meer loonbelasting opgelegd aan de Vereniging over de jaren 2009 tot en met 2013 en aan de Stichting over de jaren 2010 tot en met 2013. De Vereniging en Stichting zijn vervolgens respectievelijk op 24 december 2015 en 19 januari 2016 gefailleerd. De curator spreekt appellant aan als bestuurder van de Stichting en Vereniging, op grond van artikel 2:300a (oud) BW jo. artikel 2:138 BW, artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. De rechtbank heeft de Bestuurder aansprakelijk gehouden op grond van artikel 2:9 BW. De Bestuurder heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank.

Aansprakelijkheid jegens de Stichting

Het hof overweegt in de eerste plaats dat eventuele aansprakelijkheid van de Bestuurder niet op artikel 2:300a (oud) BW jo. artikel 2:138 BW kan worden gebaseerd. De curator heeft haar stelling dat de Stichting een (geobjectiveerd) winstoogmerk had namelijk niet voldoende onderbouwd.

Bij de beoordeling van appellant als bestuurder van de Stichting op grond van artikel 2:9 BW, neemt het hof tot uitgangspunt dat voor aansprakelijkheid op deze grondslag is vereist dat een ernstig verwijt kan worden gemaakt aan een bestuurder. Of dat het geval is, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

Het hof oordeelt dat appellant als bestuurder van de Stichting zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit oordeel onderbouwt het hof door aan te halen dat appellant in zijn bestuursperiode in strijd met fiscale regels heeft gehandeld door tot drie keer toe lagere lonen in de loonadministratie op te (laten) nemen dan in werkelijkheid werden uitbetaald en door geen zorg te dragen voor een adequate onderbouwing van de onkostenvergoedingen, waardoor niet kon worden gecontroleerd of de kostenvergoedingen daadwerkelijk dienden ter dekking van gemaakte zakelijke kosten van de werknemer.

De curator heeft verder nog aangevoerd dat de Bestuurder aansprakelijk zou zijn voor het sluiten van contracten met de spelers en trainer in mei 2015 en intrekking van deze contracten in juli 2015. Het hof overweegt dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd waarom de Bestuurder op die grond aansprakelijk is. Op het moment dat de contracten werden gesloten voor seizoen 2015-2016 was er volgens het hof nog gerechtvaardigde hoop op financiering en voortzetting van het elftal.

De curator heeft ook gesteld dat de Bestuurder aansprakelijk zou zijn voor het stopzetten van de financiering van het elftal en het aftreden als bestuurder. Naar het oordeel van het hof zijn dit beslissingen die buiten de taak en verantwoordelijkheid als bestuurder vallen en derhalve geen bestuurdersaansprakelijkheid kunnen opleveren.

Appellant wordt in het eindarrest (Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:9111) veroordeeld tot betaling aan de curator van de schade die de Stichting en haar gezamenlijke schuldeisers hebben geleden of nog zullen lijden als gevolg van het niet naleven van de op de Stichting van toepassing zijnde fiscale regels in de periode 2010 tot en met 2013.

Aansprakelijkheid jegens de Vereniging

Het hof oordeelt dat appellant ook als bestuurder van de Vereniging zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Het hof is van oordeel dat fiscale regelgeving betreffende de vergoeding van staf

en personeel bij het bestuur van een vereniging als bekend mag worden verondersteld. Het schenden van deze regelgeving levert dan ook bestuurdersaansprakelijkheid op.

De curator heeft verder aangevoerd dat appellant op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk is als feitelijk beleidsbepaler voor verrichtingen van het bestuur van de Vereniging na de datum dat appellant is afgetreden als bestuurder. Het hof oordeelt dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat appellant feitelijk beleidsbepaler was. Aan appellant werd door de nieuwe bestuursleden regelmatig gevraagd om informatie en hij gaf ook regelmatig ongevraagd zijn mening, maar niet is gebleken dat bestuursleden taken overdroegen aan appellant of dat appellant uit zichzelf heeft opgetreden zoals een bestuurder zou doen.

Het hof veroordeelt in het eindarrest (Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:9111) appellant tot betaling aan de curator van de schade die de Vereniging en haar gezamenlijke schuldeisers hebben geleden of nog zullen lijden als gevolg van het niet naleven van de op de Vereniging toepasselijke regels in de periode van 1 januari 2009 tot en met 31 juli 2012.

D.R.C. Smit, november 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-04-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:3006

Zaaknummer: 200.262.548 en

Rechters: I. Brand, L. Janse en G.D. Hoekstra

Advocaten: G.C.L. van de Corput en W.A.A.J. Fick-Nolet

Wetsartikelen: 2:9 BW, 6:162 BW, 2:300a (oud) BW en 2:138 BW

RECHTSPRAAK

Voorwaardelijk civielrechtelijk bestuursverbod

Het OM heeft verzocht een bestuurder een bestuursverbod op te leggen op grond van artikel 106a lid 1 onder c Fw wegens schending van de inlichtingen- en medewerkingsplicht jegens de curator van een failliete vennootschap. In eerste aanleg heeft de rechtbank een bestuursverbod opgelegd voor de duur van een jaar. Het hof legt een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar. Het bijzondere aan dit bestuursverbod is dat het voorwaardelijk wordt opgelegd, omdat de verweten schending ongeveer vijf jaar voorafgaand aan het verzoek van het OM plaatsvond. Slechts indien een vennootschap die (feitelijk) wordt bestuurd door de bestuurder in kwestie failleert en de bestuurder in dat faillissement niet voldoet aan zijn inlichtingen- en medewerkingsplicht, gaat het bestuursverbod in. Met wenk.

Deze zaak draait om het civielrechtelijk bestuursverbod als bedoeld in artikel 106a Fw, dat in het kader van het Wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht per 1 juli 2016 is ingevoerd. In eerste aanleg had het OM verzocht om de bestuurder van een tweetal failliet verklaarde bv's een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen voor de duur van vijf jaar. Naar de mening van het OM was de bestuurder in ernstige mate tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curatoren in de faillissementen van de bv's. Het verzoek werd gestoeld op artikel 106a lid 1 onderdeel c Fw. De rechtbank heeft, alle omstandigheden afwegende, de bestuurder een bestuursverbod opgelegd van één jaar.

Vervolgens hebben zowel het OM als de bestuurder hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de rechtbank. Het OM heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat de rechtbank het verbod voor de maximale duur van vijf jaar had moeten opleggen, terwijl de bestuurder van mening is dat de beschikking van de rechtbank moet worden vernietigd, omdat het bestuursverbod onterecht is opgelegd. Het hof lijkt een middenweg te zoeken en

legt aan de bestuurder een voorwaardelijk bestuursverbod van vijf jaar op. Het verbod gaat in op het moment dat de bestuurder in een volgend faillissement van een vennootschap als (gewezen) bestuurder of feitelijk bestuurder tekortschiet in zijn informatie- en medewerkingsverplichting jegens de curator. Dit geldt dan slechts voor de gevallen dat een dergelijk faillissement binnen drie jaar na deze uitspraak plaatsvindt.

Het hof vindt een voorwaardelijk bestuursverbod op zijn plaats, nu de aan de bestuurder verweten schending van de inlichtingen- en medewerkingsplicht jegens de curator ongeveer vijf jaar voorafgaand aan het verzoek van het OM heeft plaatsgehad. In de tussentijd heeft de bestuurder zijns inziens juist laten zien dat hij goed en behoorlijk bestuurt. Bovendien heeft de accountant van de bestuurder ter zitting verklaard dat de vennootschappen waarvan de bestuurder thans (indirect) bestuurder is, aan al hun (administratieve) verplichtingen voldoen. Daarenboven wordt ter zitting verklaard dat het goed gaat met deze vennootschappen en dat zij niet kunnen zonder de kennis en kunde van de bestuurder.

Wenk

Volgens het hof is het goed mogelijk om een voorwaardelijk bestuursverbod op te leggen. Daarbij wordt verwezen naar de Kamerstukken behorende bij de Wet civielrechtelijk bestuursverbod (*Kamerstukken* 34011). Uit de Nota naar aanleiding van het Verslag (*Kamerstukken II* 2014/15, 34011, nr. 6) lijkt echter het tegenovergestelde te volgen. Op de vraag van de leden van de CDA-fractie of het gevolg van het ontbreken van een minimale duur van het bestuursverbod is dat een soort voorwaardelijke variant kan worden gecreëerd wanneer de rechter de termijn van het bestuursverbod stelt op nul dagen, geeft de minister een ontkennend antwoord: *‘Dat is noch de bedoeling van het voorgestelde artikel 106b FW noch de strekking van het wetsvoorstel. Het bestuursverbod bij stichtingen, bedoeld in artikel 2:298 lid 3 BW, waarop dit wetsvoorstel in zekere zin is geënt, kent evenmin een voorwaardelijke variant.’*

Het hof merkt op dat hieruit niet volgt dat een voorwaardelijk bestuursverbod niet is toegelaten. Volgens het hof heeft de wetgever de rechter ruimte willen geven voor een op de omstandigheden van het geval toegesneden werking van het bestuursverbod. Dit leidt het hof af uit de zinsnede *‘tenzij in de uitspraak anders is bepaald’* in artikel 106b lid 2 Fw en uit de mogelijkheid voor de rechter om alle overige gevolgen van een door hem uitgesproken bestuursverbod te regelen in artikel 106b lid 4 Fw. Deze conclusie van het hof, hoewel in de praktijk wellicht gewenst, lijkt mij toch moeilijk te verenigen met het citaat uit de Nota dat hierboven is weergegeven.

S. Renssen, november 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:8872

Zaaknummer: 200.307.550/1

Rechters: M.M.A. Wind, J.H. Kuiper en E.F. de Groot

Advocaten: O.M.M. Philips en J.C.G. van der Wulp

Wetsartikelen: 106a Fw

RECHTSPRAAK

**Bestuurder schoonmaakbedrijf/Stichting
Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schoonmaak- en
Glazenwassersbedrijf**

Deze zaak gaat over de vraag of appellant als feitelijk (mede)beleidsbepaler van zijn schoonmaakbedrijf hoofdelijk aansprakelijk is jegens het pensioenfonds vanwege het niet melden van de betalingsonmacht van het bedrijf. Het hof oordeelde in een tussenarrest reeds dat niet kan worden aangenomen dat het pensioenfonds reeds op de hoogte was van de betalingsonmacht en dat formele melding van betalingsonmacht ten onrechte achterwege is gebleven. Voorts oordeelde het hof voorshands dat appellant als feitelijk (mede)beleidsbepaler moet worden aangemerkt, maar kreeg hij gelegenheid het voorshands oordeel over het bewijs te ontzenuwen. Appellant maakt van deze gelegenheid geen gebruik. In het eindarrest faalt vervolgens ook het beroep op matiging, nu artikel 6:109 BW niet van toepassing is op een vordering ex artikel 23 lid 1 Wet BPF. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Deze zaak gaat over de vraag of appellant als feitelijk (mede)beleidsbepaler van zijn schoonmaakbedrijf hoofdelijk aansprakelijk is jegens het pensioenfonds vanwege het niet melden van de betalingsonmacht van het bedrijf. Het hof oordeelde in een tussenarrest reeds dat niet kan worden aangenomen dat het pensioenfonds reeds op de hoogte was van de betalingsonmacht en dat formele melding van betalingsonmacht ten onrechte achterwege is gebleven. Voorts oordeelde het hof voorshands dat appellant als feitelijk (mede)beleidsbepaler moet worden aangemerkt, maar kreeg hij gelegenheid het voorshands oordeel over het bewijs te ontzenuwen. Zie voor de specifieke feiten en het tussenarrest OR 2022-0032. Van de door het hof geboden gelegenheid heeft appellant geen gebruikgemaakt. In het onderhavige eindarrest beoordeelt het hof de resterende grieven.

Allereerst betreft dat de klacht dat de rechtbank het beroep op matiging ex artikel 6:109 BW ten onrechte heeft afgewezen. Appellant zou nooit enige financiële tegenprestatie hebben ontvangen voor de hulp die hij aan zijn broer, de statutair bestuurder, heeft verleend. Bovendien is hij ernstig en ongeneeslijk ziek en zal hij nimmer kunnen voldoen aan een veroordeling tot schadevergoeding. Het hof overweegt echter dat de vordering van het pensioenfonds geen vordering tot schadevergoeding is waarop artikel 6:109 BW van toepassing is, maar een vordering ex artikel 23 lid 1 Wet BPF dat bepaalt dat een bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor bijdragen die een *'lichaam'* verschuldigd is aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds. Appellant is – naast het schoonmaakbedrijf – hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de verschuldigde pensioenpremies. Deze grief faalt dus.

Ook de grief dat wettelijke rente niet had kunnen worden toegewezen omdat deze een prikkel is tot het voldoen aan een betalingsverplichting, terwijl die verplichting nog niet vaststond, faalt. Het hof oordeelt dat de wettelijke rente geen prikkel tot nakoming vormt, maar een schadevergoeding wegens vertraging in de voldoening van een geldsom. Tot slot faalt ook de laatste grief betreffende de proceskostenveroordeling.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 27-09-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:1731

Zaaknummer: 200.274.484/01

Rechters: R.S. van Coevorden, C.A. Joustra en A.C.M. Kuypers

Advocaten: E. Bakhuis

Wetsartikelen: 23 lid 6 onder b Wet Bpf 2000 en 6:109 BW

RECHTSPRAAK

Concernenquête Hoefnagels Holding c.s.

Deze zaak gaat over een conflict tussen een vader en twee zoons die binnen een onderneming attracties op kermissen exploiteren. De relatie tussen vader en zoons verslechtert, waardoor geen overleg over de bedrijfsvoering meer plaatsvindt. De zoons verzoeken de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschappen. Verder vorderen zij onmiddellijke voorzieningen. De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken en benoemt als onmiddellijke voorziening een onafhankelijk persoon als bestuurder met een beslissende stem. De aanwijzing van een onderzoeker wordt voorlopig aangehouden.

Feiten

Een vader en zijn twee zoons zijn certificaathouders in een Holding B.V. via een Stak. De Stak is enig aandeelhouder van de Holding B.V., die op haar beurt alle aandelen houdt in een werkmaatschappij en in een bv waarin respectievelijk de exploitatie van kermisattracties en een perceel grond is ondergebracht. Holding B.V. en de dochtervennootschappen worden hierna tezamen 'de Vennootschappen' genoemd. De vader is enig bestuurder van de Stak. De vader en de beide zoons zijn allen bestuurder van de Vennootschappen, waarbij telkens de vader zelfstandig bevoegd is de betreffende vennootschap te vertegenwoordigen en de zoons gezamenlijk met een andere bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd zijn. De Rabobank heeft aan de Vennootschappen en aan de vader en de zoons als hoofdelijk (mede)crediteuren een geldlening verstrekt ten behoeve van een nieuw te bouwen bedrijfspand en woning op het perceel en een krediet. Later heeft Rabobank nog een additionele financiering verstrekt ten behoeve van de nieuwbouw. Voorts heeft de vader namens de Vennootschappen met Rabobank een financieringsovereenkomst gesloten voor een geldlening ten behoeve van het onderhoud aan de attracties.

Gaandeweg verslechtert de relatie tussen de vader en de zoons. Vader zet de loonbetaling

vanuit de werkmaatschappij aan de zoons stop. De zoons vorderen in kort geding doorbetaling van hun loon, hetgeen wordt toegewezen. De Rabobank plaatst de vennootschappen onder bijzonder beheer.

Vorderingen

De zoons verzoeken de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de Vennootschappen. Verder vorderen zij bij wijze van onmiddellijke voorzieningen de vader te schorsen als bestuurder van de Vennootschappen, al dan niet met benoeming van een onafhankelijk persoon tot bestuurder met een doorslaggevende stem, en de door de Stak gehouden aandelen in de dochtervennootschappen in beheer te geven, althans de bevoegdheid van de Stak om bestuurders te benoemen, te schorsen of te ontslaan, op te schorten. De Vennootschappen hebben verweer gevoerd.

Wantrouwen en onderlinge afhankelijkheid

De OK stelt vast dat partijen het erover eens zijn dat de onderlinge verhoudingen ernstig zijn verstoord. De vader en de zoons beschuldigen elkaar ervan contante inkomsten uit de exploitatie van de attracties aan de Vennootschappen te onttrekken. Er vindt geen vruchtbaar overleg meer plaats tussen de vader en de zoons. Afspraken over de noodzakelijke keuring van de attracties verlopen moeizaam en er is geen vertrouwen in de juistheid van de administratie. Tegelijkertijd hebben vader en zoons elkaar nodig voor een succesvolle exploitatie van de attracties. De vader heeft de noodzakelijke contacten om de standplaatsen op de kermissen te kunnen krijgen en het zijn de zoons die de attracties opbouwen en exploiteren. De liquiditeitspositie van de Vennootschappen staat onder druk, omdat contante inkomsten uit exploitatie van de attracties niet meer ten behoeve van de werkmaatschappij worden afgestort. Hierdoor kan de werkmaatschappij geen betalingen doen. De OK concludeert dat de verstoorde verhoudingen en het onderlinge wantrouwen doorwerken in de dagelijkse gang van zaken binnen de onderneming en dat dit een bedreiging vormt voor de continuïteit van de Vennootschappen. Ook na mediation en onderzoek door een accountant blijft het onderlinge wantrouwen bestaan en wordt niet duidelijk wat de oorzaken daarvan zijn. Op grond hiervan oordeelt de OK dat gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de Vennootschappen te twijfelen.

Onderzoek

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de Vennootschappen. Dit onderzoek richt zich primair op de oorzaken van de verstoorde verhoudingen en het onderlinge wantrouwen tussen de vader en de zoons. De OK vindt het van belang dat de situatie niet verder escaleert en dat de vader en de zoons zoveel mogelijk de dagelijkse

bedrijfsvoering kunnen voortzetten. Daarom benoemt de OK als onmiddellijke voorziening een onafhankelijk persoon als bestuurder van de Vennootschappen aan wie in het bestuur daarvan een beslissende stem toekomt en welke bestuurder zelfstandig bevoegd is de Vennootschappen te vertegenwoordigen. De OK deelt de te benoemen bestuurder ook de taak toe te bezien of alsnog een minnelijke regeling tussen de vader en de zoons kan worden bereikt. Gezien de slechte financiële situatie van de Vennootschappen houdt de OK de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aan.

A.M. Dumoulin-Siemens, november 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:1845

Zaaknummer: 200.296.434/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, A.W.H. Vink, M.M.M. Tillema, F. van der Wel en M.J.R. Broekema

Advocaten: S.H.O. Aben en J. Roest

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:350 BW en 2:349a BW

RECHTSPRAAK

**Bestuurder van Integrated Computer Control Systems
B.V./Advocatenmaatschap**

Een vennootschap heeft een advocatenmaatschap ingeschakeld om een cassatieadvies te schrijven, maar de factuur van de maatschap bleef onbetaald. Nadat de vennootschap na een gerechtelijke veroordeling tot betaling van de factuur geen verhaal bood, stelt de maatschap de bestuurder van de vennootschap aansprakelijk op grond van verhaalsfrustratie. In eerste aanleg is de vordering toegewezen. De kantonrechter oordeelde dat de bestuurder ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door de opdracht aan de maatschap te geven terwijl de vennootschap geen verhaal bood. De bestuurder komt in hoger beroep op tegen dit oordeel. Volgens de bestuurder heeft de kantonrechter de Beklamel-norm onjuist toegepast. Het hof oordeelt dat de kantonrechter de toepasselijke maatstaf heeft miskend en dat de grieven deels slagen, maar dat dit niet leidt tot een andere uitkomst. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.

Appellant ('de Bestuurder') is enig aandeelhouder en bestuurder van Integrated Computer Control Systems B.V. ('ICCS'). De Bestuurder schakelt namens ICCS de hulp in van een advocatenmaatschap ('de Maatschap') voor cassatieadvies. Na het afronden van de werkzaamheden stuurt de Maatschap een factuur aan ICCS voor de verrichte werkzaamheden. Betaling blijft echter uit, waarop de Maatschap de vennootschap aansprakelijk stelt. Na een gerechtelijke veroordeling tot betaling van de factuur blijkt de vennootschap geen verhaal te bieden. Vervolgens stelt de Maatschap de Bestuurder aansprakelijk voor de onbetaalde factuur op grond van bestuurdersaansprakelijkheid krachtens artikel 6:162 BW.

In eerste aanleg oordeelt de kantonrechter dat de Bestuurder jegens de Maatschap aansprakelijk is voor de onbetaalde factuur. De kantonrechter overweegt daartoe als volgt. Op

het moment dat de Maatschap de betreffende opdracht van ICCS kreeg, voerde ICCS al zes jaar geen onderneming meer. ICCS beschikte bovendien niet over voldoende liquiditeit die haar in staat stelde tot betaling van de Maatschap. De Bestuurder wist dat ICCS haar contractuele verplichting tot betaling van het honorarium niet zou kunnen nakomen. De Bestuurder heeft vervolgens ook niet zelf zorggedragen voor betaling van de factuur. Op grond van het voorgaande heeft de Bestuurder volgens het oordeel van de kantonrechter een toerekenbare onrechtmatige daad jegens de Maatschap gepleegd (ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *Ontvanger/Roelofsen*).

De Bestuurder gaat in hoger beroep en betoogt allereerst dat de kantonrechter met het toewijzen van de vordering de Maatschap ten onrechte twee titels heeft verschaft, die de Maatschap onafhankelijk van elkaar kan executeren. Volgens de Bestuurder is hiermee de deur naar misbruik geopend. Het hof gaat hier niet in mee. Volgens het hof kan een bestuurder naast de vennootschap aansprakelijk zijn jegens een schuldeiser, indien de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt en de bestuurder daarvan een ernstig verwijt valt te maken. Bovendien is volgens het hof voldoende duidelijk dat ICCS geen verhaal biedt, zodat het niet onderbouwde risico van dubbele executie ook niet aan de orde is. De grief faalt.

De Bestuurder stelt daarnaast dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat hij als bestuurder aansprakelijk is voor het niet betalen van de factuur door ICCS. Volgens de Bestuurder heeft de kantonrechter de Beklamel-norm niet op de juiste wijze toegepast. De Bestuurder stelt dat zijn aansprakelijkheid alleen is gebaseerd op het feit dat ICCS al geruime tijd geen activiteiten meer verrichtte. Dit is volgens de Bestuurder niet in eerste aanleg door de Maatschap aangetoond. Het hof erkent dat de Maatschap inderdaad de relevante feiten moet stellen en dat het vervolgens op de weg van de Bestuurder ligt om dit gemotiveerd te betwisten. De Maatschap stelt echter dat ICCS al zes jaar geen onderneming meer voerde, haar activiteiten had gestaakt en niet beschikte over voldoende liquiditeit. Bovendien waren er ten tijde van het aangaan van de overeenkomst al ruim vier jaar geen jaarrekeningen van ICCS meer opgemaakt. Deze stellingen heeft de Bestuurder volgens het hof onvoldoende weersproken. Het hof overweegt dat hiermee is komen vast te staan dat op het moment van het aangaan van de overeenkomst tussen de Maatschap en de Bestuurder, ICCS al geruime tijd geen activiteiten meer ontplooiden. Ook is komen vast te staan dat de deurwaarder onder ICCS geen verhaalsmogelijkheden aantrof. Door te bewerkstelligen dan wel toe te laten dat de Maatschap onbetaald bleef, treft de Bestuurder naar het oordeel van het hof een ernstig verwijt.

Het hof overweegt daarnaast dat de bestuurdersaansprakelijkheid van de Bestuurder niet is gebaseerd op de Beklamel-norm, maar op verhaalsfrustratie. Volgens het hof is de kern van het aan de Bestuurder gemaakte verwijt dat hij ICCS niet in staat heeft gesteld de vordering

van de Maatschap te voldoen.

Voor zover de kantonrechter de maatstaf uit het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest heeft miskend, slagen de grieven van de Bestuurder. Dit leidt volgens het hof echter niet tot een andere uitkomst. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.

J. Bruinsma, november 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 11-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:3446

Zaaknummer: 200.296.225_01

Rechters: O.G.H. Milar, C.J.H.G. Bronzwaer en H.F.P. van Gastel

Advocaten: G.S. de Haas en A.C. van Schaick

Wetsartikelen: 6:162 BW