

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 7, 2022

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:241](#) 18-02-2022

Middelrijk bestuurder failliete vennootschap/leninggevers

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:535](#) 22-02-2022

Statutair bestuurder en feitelijk bestuurder/Curator

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:4213](#) 24-12-2021

Concernenquête JT Sports Holding B.V. (onmiddellijke voorzieningen)

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:4259](#) 23-12-2021

Enquête Monitor Management B.V. en Smartvital B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:3960](#) 14-12-2021

Glasius B.V./Overige aandeelhouders Minpex B.V. (uitkoop) III

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:3751](#) 23-11-2021

Glasius B.V./Overige aandeelhouders Minpex B.V. (uitkoop) II

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:2621](#) 31-08-2021

Glasius B.V./Overige aandeelhouders Minpex B.V. (uitkoop) I

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:2552](#) 01-07-2021

Enquête GVH Recycling B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:1256](#) 09-03-2022

Janssen q.q./Bestuurder

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2022:472](#) 23-02-2022

Stichting Fries Natuurhistorisch Museum/XLNT Operations B.V. en haar indirect bestuurder

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:13](#) 12-01-2022

Bezitter CF-stuk/Heineken Holding N.V.

RECHTSPRAAK

**Glasius B.V./Overige aandeelhouders Minpex B.V.
(uitkoop) III**

OK; uitkoop. De OK wijst de vordering van een meerderheidsaandeelhouder tot uitkoop van enkele minderheidsaandeelhouders toe en stelt de prijs vast op het bedrag dat de OK in een voorafgaand arrest heeft voorgesteld, nu de meerderheidsaandeelhouder bij akte kenbaar heeft gemaakt dat zij bereid is dit bedrag te betalen.

In een eerder tussenarrest heeft de OK de vordering van meerderheidsaandeelhouder Glasius B.V. ('Glasius') tot uitkoop ex artikel 2:201a BW van de minderheidsaandeelhouders van Minpex B.V. ('de Minderheidsaandeelhouders') toegewezen en Glasius in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de vraag of zij bereid is een door de OK voorgestelde prijs per aandeel te betalen of dat zij een deskundigenbericht nodig acht (zie OR 2022-0071).

Glasius heeft daarop bij akte kenbaar gemaakt bereid te zijn de door de OK voorgestelde prijs van 10 euro per aandeel te betalen en heeft haar vordering dienovereenkomstig aangepast. Zoals in het tussenarrest overwogen, wijst de OK de aangepaste vordering toe en geldt als peildatum de datum van het tussenarrest, waarbij wettelijke rente verschuldigd is vanaf die peildatum.

K.H. Boonzaaijer, april 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:3960

Zaaknummer: 200.296.238/01 OK

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

Advocaten: G.E. Star Busmann

Wetsartikelen: 2:201a BW

RECHTSPRAAK

**Glasius B.V./Overige aandeelhouders Minpex B.V.
(uitkoop) II**

OK; uitkoop. Een meerderheidsaandeelhouder vordert de uitkoop van enkele minderheidsaandeelhouders. De OK wijst de vordering toe. De OK stelt de meerderheidsaandeelhouder in de gelegenheid zich uit te laten over de vraag of zij bereid is een door de OK voorgestelde prijs per aandeel te betalen, of dat zij een deskundigenbericht nodig acht. Peildatum is in dat geval de datum van het onderhavige tussenarrest.

In een eerder tussenarrest heeft de OK meerderheidsaandeelhouder Glasius B.V. ('Glasius'), die uitkoop ex artikel 2:201a BW vordert van de minderheidsaandeelhouders van Minpex B.V. ('de Minderheidsaandeelhouders'), in de gelegenheid gesteld nadere, onderbouwde toelichting te geven, zodat de OK het kapitaalvereiste en het stemrechtvereiste kan toetsen en een prijs voor de aandelen kan vaststellen (zie OR 2022-0070).

Glasius heeft bij akte een kopie van het door de notaris opgestelde aandeelhoudersregister van Minpex B.V. in het geding gebracht en toegelicht dat de eerder verstrekte versie geen juiste weergave bood. De OK stelt vast dat Glasius inderdaad de eerder gestelde en door de notaris verklaarde circa 20 miljoen aandelen houdt en dat elk aandeel recht geeft op het uitbrengen van één stem. Daarmee is voldaan aan het kapitaalvereiste en het stemrechtvereiste van ten minste 95%. Aan de door de Minderheidsaandeelhouders gehouden aandelen zijn geen bijzondere zeggenschapsrechten verbonden, de Minderheidsaandeelhouders zullen geen ernstige stoffelijke schade lijden door de overdracht en Glasius heeft geen afstand gedaan van haar bevoegdheid tot uitkoop. De OK wijst de vordering toe.

Met het oog op vaststelling van de prijs per aandeel heeft Glasius jaarrekeningen en tussentijdse cijfers overgelegd waaruit blijkt dat er sprake is van forse verliezen, langlopende schulden, een negatief eigen vermogen en twijfel bij de accountant aan de continuïteit van Minpex B.V. Desondanks acht de OK zich onvoldoende in staat uit deze stukken zelf de prijs

vast te stellen, omdat de toekomstverwachting onvoldoende duidelijk is. Omdat de over te dragen aandelen slechts 0,00033% van het aandelenkapitaal vertegenwoordigen, zullen de kosten van een deskundigenbericht niet opwegen tegen het eventuele prijsverschil. De OK overweegt dat een prijs van 10 euro per aandeel een zodanig hoge totale waarde zou vertegenwoordigen, dat dit bedrag in ieder geval niet te laag zou zijn, naar uit de verstrekte gegevens door de OK wel met voldoende zekerheid kan worden afgeleid. De OK stelt Glasius in de gelegenheid zich uit te laten over de vraag of zij in plaats van 1 euro per aandeel bereid is 10 euro per aandeel voor de 67 over te nemen aandelen te betalen; de OK zal de vordering dan dienovereenkomstig toewijzen. Is wel een deskundigenbericht nodig, dan zal als peildatum de datum van het onderhavige tussenarrest gelden: naar vaste jurisprudentie is dat de datum waarop de OK heeft geconstateerd dat artikel 2:201a lid 1 en 4 BW de toewijzing van de vordering niet beletten en de vordering daarom in beginsel kan worden toegewezen. De kosten van het deskundigenbericht komen in dat geval voor rekening van Glasius.

K.H. Boonzaaijer, april 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-11-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:3751

Zaaknummer: 200.296.238/01 OK

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

Advocaten: G.E. Star Busmann

Wetsartikelen: 2:201a BW

RECHTSPRAAK

**Glasius B.V./Overige aandeelhouders Minpex B.V.
(uitkoop) I**

OK; uitkoop. Een meerderheidsaandeelhouder vordert de uitkoop van enkele minderheidsaandeelhouders. Vanwege een fors verschil tussen de stellingen van de meerderheidsaandeelhouder en de verklaringen van de notaris enerzijds en het aandeelhoudersregister anderzijds en gebrekkige toelichting dienaangaande, kan de OK het kapitaalvereiste en het stemrechtvereiste niet toetsen. Ook ontbreken stukken die de OK nodig heeft om een prijs vast te stellen. De meerderheidsaandeelhouder wordt in de gelegenheid gesteld nadere, onderbouwde toelichting te geven.

Minpex B.V. heeft vier aandeelhouders: meerderheidsaandeelhouder Glasius B.V. ('Glasius'), Rivello Investments B.V., [A] en Minpex B.V. zelf (gezamenlijk: 'de Minderheidsaandeelhouders'). Glasius vordert op grond van de uitkoopprocedure ex artikel 2:201a BW dat de OK de Minderheidsaandeelhouders veroordeelt, kort gezegd, hun aandelen over te dragen aan Glasius tegen een prijs van 1 euro per aandeel, althans een door de OK vast te stellen prijs. Tegen de Minderheidsaandeelhouders is verstek verleend.

De OK onderzoekt ambtshalve of Glasius ten minste 95% van het geplaatste kapitaal en ten minste 95% van de stemrechten in Minpex B.V. heeft. Naar Glasius stelt en uit de verklaring van de notaris blijkt, houdt Glasius circa 20 miljoen aandelen en houden de Minderheidsaandeelhouders er respectievelijk 33, 33 en 1. Volgens het overgelegde duplicaat van het aandeelhoudersregister van Minpex B.V. houdt Glasius echter 'slechts' circa 10 miljoen aandelen. Glasius heeft dit verschil niet toegelicht en de door de notaris onderzochte stukken zijn niet (allemaal) in het geding gebracht. Ook over de stemrechten heeft Glasius niets gezegd. De verklaring van de notaris dat Glasius 95% van de stemrechten kan uitoefenen, volstaat voor de OK niet.

Ten aanzien van de prijs heeft Glasius gesteld dat de waarde van de over te dragen aandelen

nihil was, maar dit niet onderbouwd. Vanwege het ontbreken van stukken kan de OK de prijs niet vaststellen op het door Glasius primair gevorderde bedrag van 1 euro en ook niet zelfstandig een prijs vaststellen.

De OK stelt Glasius in de gelegenheid nadere, onderbouwde toelichting te geven, zodat de OK het kapitaalvereiste en het stemrechtvereiste kan toetsen en een prijs kan vaststellen.

K.H. Boonzaaijer, april 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 31-08-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:2621

Zaaknummer: 200.296.238/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, M.P. Nieuwe Weme, G. Boon en M.J.R. Broekema

Advocaten: G.E. Star Busmann

Wetsartikelen: 2:201a BW

RECHTSPRAAK

Enquête GVH Recycling B.V.

OK; enquête. Er is een geschil ontstaan tussen de aandeelhouders van een vennootschap waarin twee familiebedrijven samenwerken. Een aandeelhouder van de vennootschap heeft verzocht om een enquête en het instellen van onmiddellijke voorzieningen. De OK overweegt dat de werkwijze rondom tegenstrijdige belangen, informatievoorziening en werkwijze rondom aandeelhoudersvergaderingen, deponering en vaststelling van de jaarrekeningen, gegronde redenen opleveren om te twifelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken binnen de vennootschap. De OK haalt hierbij in het bijzonder de op artikel 2:8 BW gestoelde zorgvuldigheidsnorm uit HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (Zwagerman) aan: de vennootschap moet zorgvuldigheid betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders, waarbij, zoals hier het geval, in aanmerking moet worden genomen dat het gaat om minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders en om familierechtelijke verhoudingen tussen de bij de vennootschap betrokken personen, waarbij eerder dan in andere gevallen sprake kan zijn van de mogelijkheid van een vermenging van de belangen van de vennootschap en van sommige van deze personen. In casu wordt de informatie- en zorgvuldigheidsverplichting jegens de minderheidsaandeelhouder onvoldoende nageleefd. De OK gelast daarom een enquête.

Tussen drie broers, D, I en J, die een groep bedrijven in (onder meer) de recycling van metalen exploiteerden, is onenigheid ontstaan. Dit heeft geleid tot een ontvlechting van de groep. Uitzondering op die ontvlechting was GVH Recycling B.V. ('GVH'); een vennootschap waarin

de familie van de drie broers samenwerkt met een andere familie. Vervolgens zijn tussen de aandeelhouders van GVH ook geschillen ontstaan die in verschillende gerechtelijke procedures worden uitgevochten.

JIW Beheer B.V. ('JIW'), waarvan H, de zoon van broer I, bestuurder is, broer J en broer D houden (indirect) ieder 16,66% van de aandelen in het kapitaal van GVH. De vierde aandeelhouder van GVH, C, houdt 50% van de aandelen; broer E en broer K uit de andere familie zijn bestuurder van C. Daarnaast zijn broer D uit de ene familie en broer E uit de andere familie bestuurder van GVH. GVH heeft geen eigen bedrijfspand, geen eigen bedrijfsterrein en geen eigen personeel, maar is uitsluitend eigenaar van een machine waarmee zij, met ingeleend personeel, op het terrein van een bedrijf van de ene familie, recyclebaar materiaal afkomstig van een bedrijf van de andere familie verwerkt.

Tegenstrijdige belangen

De OK overweegt dat de verwevenheid van functies en belangen van de twee bestuurders van GVH betekent dat zij tegenstrijdige belangen hebben te dienen. Partijen hebben deze verwevenheid van functies en belangen van oudsher onderkend. GVH is immers een samenwerkingsverband tussen twee families. Sinds de ontvlechting van de groep bedrijven waarin de twee families actief zijn, is er een reëel risico dat de verwevenheid van functies en belangen van de twee bestuurders van GVH leiden tot benadeling van GVH en JIW. Dat doet zich volgens de OK onder meer voor bij (i) het doorbelasten van kosten in verband met de afname van goederen en personeel door het bedrijf van de ene familie aan GVH en (ii) het verrekenen van kosten voor de verwerking van materiaal tussen het bedrijf van de ene familie en het bedrijf van de andere familie via GVH. Naar het oordeel van de OK is niet gebleken dat de bestuurders van GVH voldoende oog hebben gehad voor het tegenstrijdig belang dat daarbij speelt en de door hen in dat kader – mede op grond van het bepaalde in artikel 2:8 BW – met betrekking tot de belangen van JIW als minderheidsaandeelhouder te betrachten zorgvuldigheid. De OK suggereert dat de bestuurders van GVH bijzondere waarborgen of zorgvuldigheidsmaatregelen hadden moeten treffen of specifiek in verband hiermee gemaakte afwegingen ter voorkoming van benadeling van GVH. Vervolgens plaatst de OK ook vraagtekens bij de deugdelijkheid van de financiële administratie van GVH. Deze vraagtekens roepen gerede twijfel op of de verdeling van kosten binnen GVH en de verrekening van posten tussen GVH en haar voormalige groepsvennootschappen wel berust op eenduidige, zakelijke en controleerbare criteria. Dit alles levert gegronde redenen op te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van GVH.

Informatievoorziening

Vervolgens overweegt de OK dat aan de twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van GVH bijdraagt dat het bestuur van GVH onvoldoende openheid verschaft aan JIW over (i) de door het bedrijf van de ene familie aan GVH doorbelaste kosten in verband met de afname van goederen en personeel en (ii) de verrekening van kosten voor verwerking van materiaal tussen het bedrijf van de ene familie, het bedrijf van de ene familie en GVH. Uit artikel 2:8 BW vloeit onder meer voort dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders, waarbij, zoals hier het geval, in aanmerking moet worden genomen dat het gaat om minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders en om familierechtelijke verhoudingen tussen de bij de vennootschap betrokken personen, waarbij eerder dan in andere gevallen sprake kan zijn van de mogelijkheid van een vermenging van de belangen van de vennootschap en van sommige van deze personen. Tegen deze achtergrond moet het bestuur van GVH jegens JIW als minderheidsaandeelhouder die geen deel uitmaakt van het bestuur, ruimhartig openheid van zaken verschaffen met betrekking tot het reilen en zeilen van GVH. De OK oordeelt dat JIW onvoldoende wordt geïnformeerd over de gang van zaken binnen GVH en GVH aldus haar informatie- en zorgvuldigheidsverplichtingen jegens JIW onvoldoende nakomt. Ook dit levert een gegronde reden op te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van GVH.

Aandeelhoudersvergaderingen, deponering en vaststelling van de jaarrekeningen

De OK stelt vast dat de jaarrekening over 2017 te laat is gedeponereerd en in de jaren 2018 en 2019 geen aandeelhoudersvergaderingen van GVH hebben plaatsgevonden en geen jaarrekeningen zijn gedeponereerd. Hieruit volgt dat er het nodige is aan te merken op de gang van zaken rondom het jaarlijks houden van een aandeelhoudersvergadering, alsmede de vaststelling en (tijdige) deponering van jaarrekeningen. Ook dat levert gegronde redenen op om te twijfelen aan een juiste gang van zaken van GVH.

Concluderend beveelt de OK tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen GVH vanaf 1 januari 2018 en zal een nader aan te wijzen persoon tot bestuurder bij GVH met beslissende stem benoemen, die bevoegd is om GVH zelfstandig te vertegenwoordigen en zonder wie GVH niet vertegenwoordigd kan worden.

E.J. Glazener, maart 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-07-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:2552

Zaaknummer: 200.292.283/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, A.W.H. Vink, H.J. Vetter, J.S.T. Tiemstra en A.J.C.C.M. Loonen

Advocaten: J.J. Oerlemans, H.G.A.M. Spoormans, G.J.M. Verburg en J.J. Bakker

Wetsartikelen: 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Monitor Management B.V. en Smartvital B.V.

Tweede fase enquêteprocedure. Nadat een van de partijen terugtreedt als bestuurder, maar aanblijft als aandeelhouder van de vennootschap, raken partijen in onmin over besluiten genomen door de overgebleven bestuurders. Nadat de OK eerder – na vaststelling van wanbeleid – heeft besloten om niet tot ontbinding van de vennootschap over te gaan, geeft de OK nu opdracht aan de tijdelijk bestuurder en beheerder van de aandelen om een ontvlechtigingsplan op te stellen. De vennootschap moet hen voorts vrijwaren voor kosten van verweer tegen eventuele aansprakelijkstelling en zij mogen daartoe zekerheid stellen. Gelet op het evident ongegronde verzoek van een van de partijen tot ontslag van de tijdelijk bestuurder, wordt verzoeker in de proceskosten veroordeeld op basis van het dubbele liquidatietarief.

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 Monitor Management B.V. ('Monitor'). Monitor houdt 95% van de aandelen in Smart Vital B.V. ('Smart Vital') en is enig bestuurder van Smart Vital. Les Produits Naturels Herb-E-Concept Inc. ('HEC') houdt de overige 5% van de aandelen in Smart Vital en Smart Vital houdt 5% van de aandelen in HEC. Acrobat is in 2019 teruggetreden als bestuurder van Monitor; Brampton en Visionlead zijn bestuurder gebleven. Zowel de statuten van Monitor als die van Smart Vital bepalen onder meer dat de bezoldiging en verdere arbeidsvoorwaarden van iedere bestuurder worden vastgesteld door de algemene vergadering.

In een eerdere beschikking (ECLI:NL:GHAMS:2019:4691, zie OR 2020-0067) heeft de OK reeds vastgesteld dat sprake is van wanbeleid binnen Monitor, nu het bestuur na de terugtrekking van Acrobat als bestuurder onder meer door de wet en statuten voorgeschreven procedures heeft genegeerd en de OK tevens heeft vastgesteld dat de verstandhouding tussen

Acrobat enerzijds en Brampton en Visionlead anderzijds ernstig is verstoord. De OK heeft bij die beschikking een commissaris aangewezen ('Molenaar') om toezicht te houden op het bestuur en bij een latere beschikking Molenaar aangesteld als tijdelijke bestuurder en Borrius als onafhankelijke beheerder van de aandelen in Monitor ('Borrius'). In ECLI:NL:GHAMS:2021:1073 ('de voorgaande beschikking') heeft de OK het voldoende aannemelijk geacht dat partijen alsnog tot een oplossing zouden komen, zonder dat een ontbinding van Monitor noodzakelijk zou zijn (zie OR-2022-0036).

Na de voorgaande beschikking heeft Brampton de OK verzocht om de benoeming van Molenaar te beëindigen en haar eigen bestuurders ('de Brampton bestuurders') aan te stellen. Molenaar heeft zich gerefereerd aan het oordeel van de OK, maar tevens als tegenverzoek verzocht om Monitor te veroordelen om, kortgezegd, alle kosten te betalen die Molenaar en Borrius in redelijkheid maken als kosten van verweer, als gevolg van iedere eventuele aansprakelijkstelling wegens beweerdelijk onbehoorlijke taakvervulling of anderszins in verband met hun optreden als respectievelijk bestuurder en beheerder van de aandelen.

Acrobat heeft verzocht het verzoek van Brampton af te wijzen, de aanstelling van Borrius te verlengen en bij wijze van voorziening als bedoeld in artikel 2:356 BW alle resterende aandelen van de aandeelhouders in Monitor tot december 2022 over te dragen aan Borrius ten titel van beheer. Tevens verzoekt Monitor om, indien in december 2022 geen structurele oplossing is gevonden, Monitor te ontbinden en Molenaar aan te stellen als vereffenaar.

Overeenkomstig het oordeel van de Hoge Raad in ECLI:NL:HR:2014:1652 (*Novero*) (zie OR 2014-0276), stelt de OK voorop dat zij een grote vrijheid heeft om zodanige onmiddellijke voorzieningen te treffen die zij noodzakelijk acht in verband met de toestand van de rechtspersoon, ook indien daarbij tijdelijk inbreuk wordt gemaakt op de geldende rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon, waaraan niet zonder meer in de weg staat dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen.

De OK stelt vast dat het aan de door haar benoemde tijdelijke bestuurder of commissaris is, en niet aan de OK, om binnen de grenzen van zijn taken en bevoegdheden te beoordelen of bepaalde maatregelen moeten worden getroffen. Een verzoek tot ontheffing van de door de OK benoemde bestuurders moet dan ook worden beoordeeld 'tegen de achtergrond van het gegeven dat (i) aan de benoeming van de tijdelijke bestuurder een billijke afweging van belangen ten grondslag heeft gelegen, (ii) de noodzaak van die benoeming voldoende is gebleken, en (iii) het niet aan de OK maar aan de bestuurder is om zijn functie binnen de grenzen van zijn taken en bevoegdheden te vervullen.'

Naar het oordeel van de OK heeft Brampton onvoldoende aangevoerd dat Molenaar kennelijk

onredelijk heeft gehandeld of dit zal doen. Hoewel de benoeming van Molenaar heeft geleid tot extra kosten, zijn deze het gevolg van het wanbeleid waarvoor onder andere Brampton verantwoordelijk is. Bovendien heeft Brampton zich weinig constructief opgesteld, waardoor de kosten zijn opgelopen en heeft zij juist aan zichzelf een hogere vergoeding uitgekeerd dan eerder aan de OK is voorgehouden.

Gelet op de aansprakelijkheidsvorderingen van de Brampton bestuurders en Brampton tegen Molenaar, alsmede het strafrechtelijk onderzoek jegens Molenaar ter zake van belastingaangiften gedaan door Monitor voordat Molenaar werd aangesteld als bestuurder, dienen Molenaar en Borrius voor deze aanspraken te worden gevrijwaard door Monitor. Hiertoe mag Molenaar zekerheid stellen.

De OK overweegt voorts dat de gang van zaken in de afgelopen periode niet bijdraagt aan een goede besluitvorming en rechtvaardigt dat ook de resterende aandelen van Brampton en Acrobat ten titel van beheer worden overgedragen aan Borrius.

Hoewel partijen tot op heden niet in staat zijn gebleken om tot een structurele oplossing te komen, acht de OK het onwenselijk om nu reeds een voorwaardelijke voorziening tot ontbinding te treffen, die ingaat over ongeveer een jaar. Nu de duurzame ontwrichting tussen partijen genoegzaam blijkt, bestaat er een structurele vertrouwensbreuk tussen partijen. Molenaar en Borrius mogen het van de OK dan ook tot hun taak rekenen om scenario's uit te werken om tot een ontvlechting van de samenwerking te komen, waarbij zij indien mogelijk de wensen van de partijen verdisconteren.

Gelet op het evident ongegronde verzoek van Brampton tot ontslag van Molenaar, zal Brampton in de proceskosten worden veroordeeld op basis van het dubbele liquidatietarief.

T.M. Goudzwaard, maart 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:4259

Zaaknummer: 200.258.479/05 OK

Rechters: A.J. Wolfs, M.M.M. Tillema, 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, M.J. Drop en M. Vermorken

Wetsartikelen: 2:356 BW

RECHTSPRAAK

Middellijk bestuurder failliete vennootschap/leninggevers

Een middellijk bestuurder van een inmiddels failliete vennootschap is door twee leninggevers in rechte aangesproken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW. De rechtbank wees de vordering van de leninggevers in eerste aanleg af, maar het hof heeft de vordering toegewezen. Naar het oordeel van het hof was er sprake van selectieve betaling. De bestuurder heeft de onderneming van de vennootschap verkocht en grote bedragen aan zichzelf en zijn levenspartner doen toekomen. Hierdoor kon de vennootschap de leningen niet terugbetalen aan de leninggevers. Daar komt bij dat de bestuurder hieraan voorafgaand wel aan de leninggevers had toegezegd dat zij zouden worden terugbetaald. Volgens het hof heeft de bestuurder misbruik gemaakt van zijn positie door vennootschapsvermogen te onttrekken en daarmee zichzelf en zijn partner te bevoordelen ten koste van de leninggevers, en hem kan daarvan een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt worden. Het hof wijst de vorderingen van de leninggevers tot schadevergoeding (ex art. 6:162 BW) toe. De middellijk bestuurder klaagt in cassatie op hoofdzakelijk appelprocesrechtelijke gronden (schending grievenstelsel, miskenning negatieve devolutieve werking van het hoger beroep, te buiten gaan van het partijdebat, niet behandelen van een essentieel verweer). A-G Assink concludeert dat de klachten falen en het arrest van het hof in stand kan blijven. De HR volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

Een van de twee verweersters in cassatie (verweersters hierna 'Leninggevers') heeft een geldlening verstrekt aan A B.V. ('de Vennootschap'). Eiser in cassatie ('de Bestuurder') was via

een holdingvennootschap ('Holding') grootaandeelhouder en bestuurder van de Vennootschap. Relatief kort na de verstrekking van een lening door (een van) de Leninggevers heeft de Vennootschap haar bedrijfspand en de omgevingsvergunning (met handelsnaam) verkocht aan C.B.V. ('Koper'), waar de Bestuurder in dienst zou treden ('de Transactie'). De Koper heeft vervolgens een deel van de koopsom vooruitbetaald aan de Holding, welk bedrag de Holding op haar beurt heeft uitgeleend aan de levenspartner van de Bestuurder. Ook heeft de Bestuurder een aanmerkelijk deel van de koopsom aan het vermogen van de Vennootschap onttrokken door betalingen ten gunste van zichzelf te (laten) doen. Na de effectuering van de Transactie heeft de Vennootschap haar bedrijfsactiviteiten beëindigd en uit de activaverkoopopbrengst heeft zij de Leninggevers deels terugbetaald en al haar andere destijds openstaande schulden volledig voldaan. Later is de Vennootschap op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard; de Holding was al op een eerder moment failliet verklaard.

De rechtbank oordeelde dat de procedure tegen de Holding geschorst was vanwege het faillissement van de Holding, en wees de onrechtmatige daad-vorderingen tegen de Bestuurder en de Vennootschap af. De Leninggevers gaan in hoger beroep. In hoger beroep vernietigt het hof het eindvonnis en verklaart voor recht dat de Bestuurder jegens een van de Leninggevers onrechtmatig heeft gehandeld door als middellijk bestuurder uit de opbrengst van de activaverkoop van de Vennootschap diverse onverplichte handelingen te verrichten (o.a. het onverplicht verstrekken van een geldlening aan de Holding met het enkele oogmerk dat geld uit te lenen aan de levenspartner van de Bestuurder teneinde de aankoop door haar van een woonhuis te financieren en het aan zichzelf uitkeren van een aanmerkelijk bedrag), terwijl de Bestuurder bekend was met de geldleningsschuld van de Vennootschap en ook persoonlijk had toegezegd aan de Leninggevers om tot aflossing over te gaan uit de opbrengst van de verkoop van activa. Het hof veroordeelt de Bestuurder tot betaling van schadevergoeding aan een van de Leninggevers. Zie over het arrest van het hof: OR 2020-0251.

De Bestuurder gaat in cassatie. Hij klaagt in cassatie over appelprocesrechtelijke kwesties. Hij voert aan dat sprake is van schending van het grievenstelsel en miskenning van de negatieve devolutieve werking van het hoger beroep, dat het hof buiten de grenzen van het partijdebat is getreden, en dat het hof heeft nagelaten om in te gaan op een essentieel verweer.

De conclusie van A-G Assink, die enkel ziet op voormelde appelprocesrechtelijke kwesties die in deze ondernemingsrechtelijke samenvatting buiten beschouwing kunnen blijven, strekt tot verwerping van het cassatieberoep omdat alle klachten falen. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G en doet de zaak af met een beroep op artikel 81 lid 1 RO.

M.J. van de Graaf, maart 2022

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-02-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:241

Zaaknummer: 20/03154

Rechters: M.J. Kroeze, T.H. den Tanja-van Broek en F.R. Salomons

Advocaten: R.K. van der Brugge

Wetsartikelen: 6:162 BW, 81 RO, 6:101 BW, 24 Rv en 29 Fw

RECHTSPRAAK

Concernenquête JT Sports Holding B.V. (onmiddellijke voorzieningen)

OK; enquête. Een van de aandeelhouders van een vennootschap heeft verzocht tot het gelasten van een concernenquête en het treffen van onmiddellijke voorzieningen bij de vennootschap en haar dochtervennootschappen. Uitsluitend het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen wordt door de OK mondeling behandeld. Naar het voorlopig oordeel van de OK bestaan er gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de vennootschappen en zijn er zwaarwegende omstandigheden die maken dat de toestand van de vennootschappen het treffen van onmiddellijke voorzieningen vereist. De OK komt onder meer tot dit voorlopige oordeel omdat de belangen van de aandeelhouders door de bestuurders van de vennootschap onvoldoende worden gescheiden van het belang van de vennootschap. Zorgvuldige besluitvorming over een overeenkomst die belangrijk is voor de continuïteit van de vennootschap en haar dochtervennootschappen, lijkt daardoor niet mogelijk. De OK beslist daarom dat bij wijze van onmiddellijke voorziening een bestuurder wordt benoemd bij de vennootschap en (enkele van) haar dochtervennootschappen. Het verzoek zal voor het overige op een nader te bepalen datum worden behandeld.

[A] ('de Aandeelhouder') houdt aandelen in JT Sports Holding B.V. ('JTS'). De overige aandelen in JTS worden gehouden door [C] en [D] (gezamenlijk: 'de Overige Aandeelhouders'). JTS heeft (indirect) vier dochterondernemingen, zijnde Global Champions GCL B.V. ('GCL'), Global Champions Tour B.V. ('GCT'), Top Equestrian Events B.V. ('TEE') en (indirect) Concours Hippique Valkenswaard B.V. ('CHV') (gezamenlijk met JTS: 'JTS c.s.').

De Aandeelhouder en de Overige Aandeelhouders hebben een aandeelhoudersovereenkomst ('SHA') gesloten. In de SHA is (in samenhang met de statuten van JTS) geregeld dat belangrijke beslissingen ('Major Decisions') steeds de instemming van enerzijds de Aandeelhouder en anderzijds de Overige Aandeelhouders behoeven en dat beide partijen het recht hebben een bestuurder van JTS voor te dragen. Het bestuur van JTS kan enkel unaniem besluiten over Major Decisions. Dit geldt ook voor vergelijkbare besluiten van het bestuur van de dochterondernemingen van JTS. De bestuurders van JTS zijn tevens bestuurders van JTS c.s.

De SHA bepaalt dat indien in twee opeenvolgende vergaderingen door het bestuur over een Major Decision geen unanimiteit kan worden bereikt ('Dead Lock'), een veilingprocedure kan worden gestart die erop neerkomt dat de Aandeelhouder en de Overige Aandeelhouders een bod op elkaars aandelen doen en dat degene met het hoogste bod het recht en de plicht heeft de aandelen van de ander te kopen en de andere aandeelhouder de plicht heeft die aandelen over te dragen.

De Aandeelhouder verzoekt een concernenquête bij JTS c.s. en verzoekt om bepaalde onmiddellijke voorzieningen te treffen. In het proces-verbaal van de mondelinge uitspraak van de OK worden de verzoeken en verweren en de onderbouwing daarvan niet weergegeven.

De OK

Gelet op de gang van zaken acht de OK het voorshands aannemelijk dat de Overige Aandeelhouders bewust hebben geprobeerd om een Dead Lock te creëren die haar in staat zou stellen een veilingprocedure in gang te zetten. Zo hebben de Overige Aandeelhouders vanaf begin af aan aangedrongen op het starten van een veilingprocedure, heeft de door de Overige Aandeelhouders voorgedragen bestuurder (die tevens indirect aandeelhouder van de Overige Aandeelhouders is) haastig opeenvolgende stappen gezet die zouden leiden tot een Dead Lock, terwijl in het geheel niet gebleken is welk urgent belang er gemoeid was met het agenderen van bepaalde Major Decisions en op voorhand duidelijk moet zijn geweest dat dit bij de Aandeelhouder en de door haar voorgedragen bestuurder op grote bezwaren zou stuiten.

Een van de Major Decisions betrof het al dan niet sluiten van een nieuwe sponsorovereenkomst door JTS en haar dochtervennootschappen GCT en GCL. Hierover diende op korte termijn door het bestuur van JTS, GCT en GCL een besluit te worden genomen. De standpunten van de door de Aandeelhouder voorgedragen bestuurder en de door de Overige Aandeelhouders voorgedragen bestuurder stonden hier tegenover elkaar.

De OK overweegt dat de beslissing over de nieuwe sponsorovereenkomst van groot belang is

voor de continuïteit van de onderneming van deze vennootschappen op lange termijn en dat deze beslissing een zorgvuldige besluitvorming vergt in het bestuur van de betrokken vennootschappen op basis van collegiaal overleg, met uitwisseling van inhoudelijke standpunten, waarbij het belang van die vennootschappen en de door hen gedreven onderneming voorop staat.

De OK overweegt dat zij niet heeft kunnen vaststellen dat de vereiste zorgvuldige besluitvorming in het bestuur van JTS, GCT en GCL op dit moment kan plaatsvinden. De OK acht het aannemelijk dat de wens van de Overige Aandeelhouders om een veilingprocedure in gang te zetten daarbij een rol speelt. In het bestuur van JTS, GCT en GCL worden in zoverre de belangen van de Aandeelhouders bij het sluiten van een nieuwe sponsorovereenkomst onvoldoende gescheiden gehouden van de door het bestuur in dat kader primair te dienen belangen van die vennootschappen en de met hen verbonden onderneming. Dit levert naar voorshands oordeel van de OK een gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van JTS, GCT en GCL.

De OK acht het noodzakelijk, gelet op het feit dat op korte termijn een beslissing moet worden genomen over een nieuwe sponsorovereenkomst, om bij wijze van onmiddellijke voorziening een derde als bestuurder van JTS, GCT en GCL te benoemen, waarbij (in afwijking van o.a. de SHA en statuten) overeenkomstig de stem van deze bestuurder zal worden besloten. Deze bestuurder is tevens zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd.

De OK ziet geen aanleiding om – zoals JTS c.s. hebben verzocht – het artikel in de SHA over de Dead Lock buiten werking te stellen of om de Overige Aandeelhouders te verbieden verder uitvoering te geven aan de ingeroepen veilingprocedure. Volgens de OK hebben JTS c.s. onvoldoende aannemelijk gemaakt waarom het belang van JTS, GCT en GCL een dergelijke voorziening zou vergen, te meer nu de SHA in dit kader een arbitragebeding bevat en op korte termijn in een inmiddels aanhangige arbitrageprocedure in kort geding hierover zal worden beslist.

De OK beslist dat het verzoek van de Aandeelhouder voor het overige zal worden behandeld op een nader te bepalen datum.

S.G.H. Nieuwendijk, maart 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:4213

Zaaknummer: 200.303.715/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, C.C. Meijer, J.M. de Jongh, P.G. Boumeester en E. Eeftink

Advocaten: L.C.M. Berger, F. Eikelboom, J.H. Lemstra, I. Wassenaar, A.F.J.A. Leijten, E.E.U. Vroom, A.N. Stoop, B. Stevens, M.F. van Schendel en S.H. Wiggers

Wetsartikelen: 2:346

RECHTSPRAAK

Bezitter CF-stuk/Heineken Holding N.V.

De bezitter van een CF-stuk – een aandelenbewijs aan toonder dat in het verleden door een vennootschap is uitgegeven – beweert hiervan eigenaar te zijn en vordert dat de vennootschap wordt veroordeeld tot het erkennen van de bezitter van het CF-stuk als eigenaar van de aandelen die het CF-stuk vertegenwoordigt. De vennootschap betwist de stellingen van de bezitter van het CF-stuk, onder meer diens rechtmatig eigenaarschap. De rechtbank overweegt dat de bezitter van het CF-stuk wordt vermoed rechthebbende te zijn, maar dat de vennootschap voldoende heeft gesteld om dit wettelijk vermoeden te weerleggen. De bezitter van het CF-stuk heeft op zijn beurt onvoldoende gesteld om te worden toegelaten tot bewijsvoering. De rechtbank oordeelt dat de bezitter van het CF-stuk niet de eigenaar is van het CF-stuk en wijst diens vorderingen af.

Eiser ('de Bezitter van het CF-stuk') is bezitter van een stuk waarvan hij beweert eigenaar te zijn. De Bezitter van het CF-stuk stelt dat het stuk een zogenoemd CF-stuk is (een vorm van een aandelenbewijs aan toonder), waarin aandelen in het kapitaal van Heineken Holding N.V. ('Heineken') zijn belichaamd. De Bezitter van het CF-stuk vordert op grond van artikel 2:82 lid 4 BW – kort gezegd – dat Heineken wordt veroordeeld tot het erkennen van de Bezitter van het CF-stuk als eigenaar van de aandelen die het CF-stuk zou vertegenwoordigen. Als deze vordering niet wordt toegewezen, vordert de Bezitter van het CF-stuk dat Heineken hem vervangende aandelen op naam verstrekt, omdat Heineken inbreuk zou hebben gemaakt op zijn eigendomsrecht, door niet te controleren wie de rechtmatige eigenaar was van de aandelen.

Heineken betwist de stellingen van de Bezitter van het CF-stuk door – kort gezegd – te stellen dat alle aandelen aan toonder die in het CF-stuk waren belichaamd in bewaring zijn gegeven, zijn omgezet en uiteindelijk op naam van Euroclear Nederland zijn gesteld. Toepassing van

artikel 2:82 lid 4 BW kan daarom naar het oordeel van Heineken niet aan de orde zijn. Ook betwist Heineken de stelling dat de Bezitter van het CF-stuk rechtmatig eigenaar is van het CF-stuk, voor zover sprake is van een origineel stuk. Heineken heeft daartoe uitgebreid de levensloop van het CF-stuk toegelicht. Heineken heeft in het verleden CF-stukken uitgegeven die werden geadministreerd door het Centrum voor Fondsenadministratie en die verder slechts verkrijgbaar mochten worden gesteld bij houders van een depot in de betrokken fondsensoort. Houders van een depot mochten de CF-stukken slechts afgeven aan de uitgevende instelling, een bewaarder en een houder van een depot in de betrokken fondsensoort, waarvan de twee laatstgenoemden verplicht waren een administratie bij te houden waaruit het ontvangen en afgeven van CF-stukken moet blijken. Het bewuste CF-stuk heeft volgens Heineken daarom nooit de kluis van de bewaarder verlaten. Op enig moment heeft Heineken haar statuten gewijzigd, wat meebracht dat alle uitgegeven CF-stukken in één verzamelbewijs werden belichaamd die werd bewaard door Necigef (thans Euroclear Nederland) en dat overgebleven fysieke CF-stukken tijdelijk konden worden ingewisseld. Alle CF-stukken zijn kort na deze statutenwijziging bijgeschreven op het verzamelbewijs en vernietigd door bewaarder ABN AMBO en bij latere statutenwijziging is het gehele aandelenkapitaal van Heineken omgezet in aandelen op naam.

De rechtbank

De rechtbank oordeelt eerst over de vraag of de Bezitter van het CF-stuk eigenaar is van het CF-stuk, waarbij wordt verondersteld dat het CF-stuk een origineel stuk is. De rechtbank overweegt ten eerste dat de Bezitter van het CF-stuk wordt vermoed de rechthebbende te zijn van het CF-stuk op grond van artikel 3:119 lid 1 BW en dat dit wettelijke vermoeden kan worden weerlegd door wat over en weer wordt gesteld en door de verdere omstandigheden van het geval onder verwijzing naar HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1398 (*Gielkens/Gielkens*). De rechtbank overweegt dat Heineken het wettelijke vermoeden heeft weerlegd door onder meer naar voren te brengen dat Necigef en ABN AMRO regelmatig en voor lange tijd alle CF-stukken controleerden en telden en dat zij nooit hebben geconstateerd dat het desbetreffende CF-stuk ontbrak. Ook ontbrak het desbetreffende CF-stuk niet bij het bijschrijven en vernietigen van alle CF-stukken. De rechtbank overweegt dat de stellingen hiertegen van de Bezitter van het CF-stuk niet aannemelijk zijn, met name de stellingen dat hij het CF-stuk altijd in zijn bezit heeft gehad, dat het mogelijk is dat het CF-stuk buiten het systeem van bewaarders is terechtgekomen en dat ABN AMRO en Necigef de CF-stukken niet regelmatig controleerden.

De rechtbank oordeelt vervolgens dat de Bezitter van het CF-stuk niet tot bewijsvoering wordt toegelaten, omdat de Bezitter van het CF-stuk niet voldoende heeft gesteld rondom zijn stelling dat hij het desbetreffende CF-stuk als verjaardagscadeau heeft gekregen van zijn

moeder op zijn elfde verjaardag. Hierbij overweegt de rechtbank in het bijzonder dat het niet voor de hand ligt dat een kind een dergelijk verjaardagscadeau krijgt op de elfde verjaardag, dat het ongeloofwaardig is dat een moeder haar kind zo onzorgvuldig met een dergelijk waardevol cadeau liet omgaan en dat het onverklaarbaar is dat de moeder er nooit op heeft toegezien dat aanspraak werd gemaakt op dividend.

Ook een beroep op verkrijgende verjaring slaagt niet.

De rechtbank oordeelt dat de Bezitter van het CF-stuk niet de eigenaar is van het CF-stuk. Daarom kan ook de subsidiaire vordering van de Bezitter van het CF-stuk niet slagen.

De rechtbank wijst de vorderingen van de Bezitter van het CF-stuk af.

S.R.M.C. Vogelsang, maart 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 12-01-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:13

Zaaknummer: C/13/692164 / HA ZA 20-1089

Rechters: H.J. Schaberg

Advocaten: J.H. Fellingier en M.H.C. Sinninghe Damsté

Wetsartikelen: 2:82 lid 4 BW en 3:119 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Janssen q.q./Bestuurder

De curator spreekt de indirect bestuurder van een failliete bv aan voor het boedeltekort en activeert het bewijsvermoeden nu vaststaat dat de publicatieplicht is geschonden. Ter ontzenuwing voert de bestuurder onder andere aan dat het faillissement het gevolg is van het uitbranden van twee bedrijfspanden, het vertrek van zijn grootste opdrachtgever en negatieve uitlatingen over hem en zijn bedrijf door zijn ex-vriendin. De rechtbank oordeelt dat met deze omstandigheden het vermoeden voldoende is ontzenuwd. De curator heeft geen andere feiten gesteld die kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren, waarmee de vordering van de curator strandt.

Op 22 september 2020 is het faillissement uitgesproken van een vennootschap die zich toeleegde op het installeren van (verwarmings)installaties in gebouwen. In deze zaak wordt de indirect bestuurder van de vennootschap door de curator aangesproken op de voet van artikel 2:248 BW.

Vast staat dat de laatste gedeponeerde jaarrekening van de vennootschap die over 2017 is, die op 30 januari 2019 is gedeponneerd. Omdat de jaarrekening over 2018 in het geheel niet is gepubliceerd, is niet voldaan aan de publicatieplicht van artikel 2:394 BW. Daarmee staat vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is (art. 2:248 lid 2 BW). Ter ontzenuwing van dit vermoeden voert de aangesproken bestuurder aan dat het faillissement het gevolg is van het uitbranden van het oorspronkelijke, onverzekerde, bedrijfspand in februari 2019, het vertrek van zijn grootste opdrachtgever met een omzetverlies van 60% tot gevolg en het afbranden van de vervangende bedrijfsloods naast zijn woning in mei 2019. Door de branden zijn de administratie, de voorraden en het gereedschap verloren gegaan. Bovendien dekte de verzekering de schade van de laatstgenoemde brand (ook) niet. Tot slot zou de ex-vriendin van de bestuurder de reputatie van hem en het bedrijf aangetast hebben met negatieve uitlatingen. De rechtbank oordeelt dat met deze omstandigheden het vermoeden voldoende is ontzenuwd.

De curator heeft zich ook op een schending van de boekhoudplicht beroepen, maar omdat daartegen hetzelfde causaliteitsverweer zal slagen, behoeft deze stelling geen aparte behandeling meer. Daarmee zijn de regels van artikel 2:248 lid 2 BW uitgewerkt. De curator heeft geen andere feiten gesteld die kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren, waarmee de vordering van de curator strandt.

O. Oost, maart 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 09-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:1256

Zaaknummer: C/05/392461 / HA ZA 21-434

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: W. van Dijk en G.W.M. Janssen

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Statutair bestuurder en feitelijk bestuurder/Curator

In eerste aanleg oordeelde de rechtbank dat de twee bestuurders van een failliete bv op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort. Een van hen betwist dat hij kan worden aangemerkt als bestuurder, beiden doen een beroep op verjaring, voeren inhoudelijke verweren tegen aansprakelijkheid aan en doen een beroep op matiging. Niets mag baten, het vonnis in eerste aanleg blijft overeind en het beroep op matiging wordt afgewezen.

Het geschil

Op 3 mei 2011 failleerde een verkoop- en marketingorganisatie ('de Vennootschap'). Op dat moment had zij één statutair bestuurder en naar het (bestreden) standpunt van de curator tevens een feitelijk bestuurder (gezamenlijk: 'de Bestuurders'). Op 15 december 2014 heeft de toenmalig aangestelde curator per brief eventuele vorderingen van de boedel op de Bestuurders gestuit, met verwijzing naar het feit dat een onderzoek naar de financiële administratie nog steeds gaande was. Op 30 juli 2015 werd de toenmalig aangestelde curator opgevolgd door de curator die eiser is in deze zaak. Op 11 mei 2016 stelde de curator de Bestuurders aansprakelijk voor het boedeltekort. Op 15 april 2020 oordeelde de rechtbank dat de Bestuurders aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. In onderhavige procedure komen de Bestuurders daartegen op met diverse verweren.

Verjaring

Ten eerste doen de Bestuurders een beroep op verjaring, omdat aansprakelijkstelling pas meer dan vijf jaar na het faillissement volgde. Uit de brief bleek namelijk niet duidelijk waarover de curator het had. Het hof merkt eerst op dat het voor de beoordeling niet alleen belangrijk is om te kijken naar de formulering van de mededelingen, maar ook naar de context waarin ze worden gedaan en naar de overige omstandigheden. Omdat de Bestuurders vóór de aansprakelijkstelling meermaals zijn gewezen op het lopende rechtmatigheidsonderzoek,

oordeelt het hof dat de brief de verjaring van de vorderingen heeft gestuit.

Feitelijk bestuurderschap

Ten tweede voert een van de Bestuurders wat betreft diens feitelijk bestuurderschap aan dat de curator zich slechts baseert op vermoedens. Hij handelde namelijk altijd met volmacht en in opdracht van de directie. De curator heeft echter verwezen naar onder meer de volgende feiten: de bestuurder is de levenspartner van de meerderheidsaandeelhouder, hij stond op de loonlijst voor circa € 9.000 per maand, dat als 'salaris directie' werd vermeld in de administratie en werd doorbetaald tijdens maandenlange detentie, hij beschikte over de duurste leaseauto die de Vennootschap betaalde, hij declareerde de meeste onkosten, waaronder etentjes die werden geboekt als 'directielid' en onverwijld werden vergoed, zijn betalingen werden geboekt in de 'rekening-courant directie' en hij bracht kosten van hem persoonlijk, van zijn echtgenote en van aan hem gelieerde vennootschappen ten laste van de Vennootschap. Ook sloot hij overeenkomsten, keurde offertes goed en ging financiële verplichtingen aan namens de Vennootschap, trof regelingen met schuldeisers, instrueerde de advocaat, plaatste bestellingen en stond als contactpersoon vermeld op briefpapier. Bovendien heeft hij tegenover de curator verklaard dat hij zich als directeur gedroeg en dat hij samen met de andere bestuurder de kar trok. Hiertegenover heeft de bestuurder geen concrete feiten of omstandigheden naar voren gebracht die zijn positie in een ander licht plaatsen. Het hof oordeelt dan ook dat de aangevoerde feiten en omstandigheden niet slechts als vermoedens kunnen worden aangemerkt en in samenhang bezien de conclusie rechtvaardigen dat de bestuurder het beleid van de Vennootschap (mede) bepaalde.

Inhoudelijke verweren

Ten derde voeren de Bestuurders enkele inhoudelijke verweren. Vast staat dat de jaarrekening over 2009 te laat is gedeponneerd. Het hof passeert het verweer van de Bestuurders dat dit een onbelangrijk verzuim is. Volgens het hof hebben de Bestuurders namelijk geen redenen genoemd die een aanvaardbare verklaring vormen voor te late deponering. Ook het verweer dat het rechtmatigheidsonderzoek gebrekkig was, mag de Bestuurders niet baten. De Bestuurders maken dat namelijk niet duidelijk en zij hebben ook geen gebruik gemaakt van de gelegenheid om gedurende het onderzoek te reageren op bevindingen van de curator. Volgens de Bestuurders was tot slot het schenden van de deponeringsplicht niet de oorzaak van het faillissement, maar waren de marktomstandigheden de oorzaak. De Bestuurders hebben het echter gehouden bij een vrij algemeen verhaal over liquiditeitskrapte en factoren die het minder gemakkelijk maakten om omzet te genereren. De oorzaken en invloed van het voornoemde op het faillissement hebben de Bestuurders niet concreet gemaakt. Volgens het hof lijkt het erop dat de Bestuurders zelf met hun beleid het faillissement hebben veroorzaakt.

door onder meer het laten oplopen van de schulden.

Matiging

Tot slot vragen de Bestuurders het hof het bedrag waarvoor zij aansprakelijk zijn te matigen op grond van artikel 2:248 lid 4 BW. Als gronden voor matiging verwijzen de Bestuurders naar het tijdsverloop, de gevolgen van een veroordeling voor hun privésituatie, de volgens hen geringe ernst van te late deponering van de jaarrekening en de aannemelijkheid dat de schuldeisers hun vorderingen zullen hebben afgeschreven. In geen van deze omstandigheden ziet het hof aanleiding om tot matiging over te gaan.

A.L.M. van Rooij, maart 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-02-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:535

Zaaknummer: 200.283.525_01

Rechters: W.J.J. Los, L.S. Frakes en T. van Malssen

Advocaten: A.C. Hansen en P.E. Butterman

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Fries Natuurhistorisch Museum/XLNT Operations B.V. en haar indirect bestuurder

Een leverancier van een ticketverkoopsysteem van een museum komt bepaalde verplichtingen op basis van de overeenkomst en de Wft in het kader van het betalingsverkeer niet na. Het museum meent dat de bestuurder van de leverancier ervoor heeft gezorgd dat deze verplichtingen niet worden nagekomen en stelt de bestuurder aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. De bestuurder ontkent dat in strijd met de wet is gehandeld en dat dit ook niet relevant is vanwege nadere afspraken die met het museum zouden zijn gemaakt. De rechtbank overweegt dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt treft, maar dat niet kan worden vastgesteld dat het museum daadwerkelijk schade heeft geleden. De vordering wordt afgewezen.

Stichting Fries Natuurhistorisch Museum ('SFNM') exploiteert het Natuurmuseum Fryslân te Leeuwarden. XLNT Operations B.V. ('XLNT') ontwikkelt en beheert de systemen waarmee op voorhand toegangsbewijzen voor het museum kunnen worden gekocht. Ook de verkoop en de organisatie van het betalingsverkeer wordt door XLNT verzorgd.

In de overeenkomst op basis waarvan XLNT haar diensten aan SFNM levert, is afgesproken dat de daadwerkelijke geldstromen via Stichting Beheer Cliëntgelden 4All1 payment services ('de Stichting') zullen verlopen, zodat de gelden worden afgescheiden van het vermogen van XLNT. Het door een bezoeker betaalde bedrag zou bij de Stichting worden ondergebracht, waarna XLNT ervoor dient te zorgen dat de Stichting het ontvangen bedrag aan SFNM uitbetaalt. In de praktijk verlopen de betalingen echter niet via de Stichting, maar worden de betalingen door XLNT zelf ontvangen en uitbetaald aan SFNM. Op enig moment wordt de overeenkomst met XLNT door SFNM opgezegd. SFNM meent dat XLNT de overeenkomst niet nakomt en dat zij nog een bedrag te vorderen heeft in verband met achterstallige

doorbetaling van de ontvangen ticketprijzen.

SFNM spreekt XLNT in rechte aan (deze vorderingen blijven in deze samenvatting verder buiten beschouwing), maar houdt ook [A], de indirect bestuurder van XLNT ('de Bestuurder'), uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk voor de door SFNM geleden en nog te lijden schade. Volgens SFNM hadden de door XLNT ontvangen gelden op grond van de Wft en de overeenkomst moeten worden afgescheiden van het vermogen van XLNT. Door toedoen van de Bestuurder zou XLNT deze verplichting niet zijn nagekomen en de Bestuurder heeft gezorgd dat de gelden in plaats daarvan in het vermogen van XLNT zijn gevloeid. De Bestuurder zou hiermee handelen in strijd met verplichtingen van de Wft en SFNM benadelen, nu haar vordering op XLNT onbetaald en onverhaalbaar zou zijn.

De Bestuurder stelt dat hij niet aansprakelijk is omdat de wijze waarop de aan SFNM toekomende gelden werden beheerd en uitbetaald, in onderling overleg met SFNM is afgesproken. Dat hiermee in strijd met de wet zou zijn gehandeld, wordt door de Bestuurder ontkend en is gezien de nadere afspraken ook niet meer relevant, aldus de Bestuurder.

De rechtbank

De verplichting om de gelden die XLNT voor SFNM beheert van haar vermogen af te scheiden, komt niet alleen uit de overeenkomst, maar vloeit ook voort uit de Wft en onderliggende regelgeving. Volgens de rechtbank zou de omstandigheid dat partijen inderdaad nadere afspraken hebben gemaakt – wat niet vast is komen te staan – XLNT nog niet ontslaan van haar verplichtingen op grond van de Wft. Door het betalingsverkeer niet via de Stichting te laten verlopen, wordt SFNM blootgesteld aan financiële risico's waar de genoemde wettelijke regeling nu juist tegen moet beschermen. Hiermee is sprake van een ernstige normschending waardoor SFNM is benadeeld, aldus de rechtbank. Vast staat dat de Bestuurder zich persoonlijk heeft bemoeid met deze gang van zaken. De rechtbank meent dat de Bestuurder zich had moeten vergewissen van de wettelijke verplichtingen en had moeten zorgen dat de werkwijze van XLNT daaraan voldeed. Het verloop van het betaalverkeer ten behoeve van SFNM betreft namelijk de kern van de overeenkomst en de risico's van het niet voldoen aan die verplichtingen zijn te voorzien. De ernst van de normschending en de betrokkenheid van de Bestuurder brengen mee dat hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. De aansprakelijkheid van de Bestuurder is hiermee volgens de rechtbank nog niet gegeven. Nu op het moment van de uitspraak niet kan worden vastgesteld dat XLNT inderdaad geen verhaal biedt voor de vordering van SFNM, kan niet worden vastgesteld dat SFNM daadwerkelijk schade heeft geleden.

De rechtbank wijst daarom de vordering tegen de Bestuurder af.

C.W. van Es, maart 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 23-02-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2022:472

Zaaknummer: C/17/174075 / HA ZA 20/160

Rechters: C.M. Telman

Advocaten: E.J. Luursema en S.J. de Rijk

Wetsartikelen: 6:162 BW, 3:29a Wft jo. 40b Besluit prudentiële regels Wft en 1a lid 1
Vrijstellingsregeling Wft