

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 10, 2023

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:2023:635](#) 21-04-2023

De Bok q.q./R. c.s.

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:588](#) 11-04-2023

Aansprakelijkheid bestuurder en toezichthouders Stichting World Expo Milaan

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:1122](#) 06-04-2023

Faillissement bv blijft in stand, ondanks gestelde turboliquidatie

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:802](#) 08-03-2023

Concernenquête agrarisch bedrijf

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:149](#) 27-01-2023

Enquête Centric

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:1857](#) 18-04-2023

Schending raadgevende stem ontslagen bestuurder

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2023:1492](#) 12-04-2023

Van Rongen q.q./Stichting Timpaan Groep

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:3020](#) 05-04-2023

Beweerdelijk aandeelhouder/Warszawa Dordrecht B.V.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:1375](#) 30-03-2023

Vordering tot toelating als lid van een vereniging

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:4193](#) 15-03-2023

Vraag of werknemer kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler

RECHTSPRAAK

Enquête Centric

OK; enquête. De advocaat-generaal van het OM heeft de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Centric Holding B.V. c.s. en om onmiddellijke voorzieningen te treffen voor de duur van de procedure. Bij eerdere mondelinge uitspraak heeft de OK de verzoeken reeds toegewezen, waaronder de schorsing van bestuurder Sanderink en de overdracht van vrijwel alle door hem gecontroleerde aandelen aan een tijdelijk beheerder. Na mondelinge behandeling ter zitting handhaaft de OK de eerder getroffen onmiddellijke voorzieningen en wijst de OK het aanvullend verzoek van Centric toe tot overdracht van ook het laatste aandeel van Sanderink ten titel van beheer aan een beheerder. Voldoende is gebleken dat de bestuurders zonder ingrijpen van de OK niet bij machte zijn om de belangen van de vennootschap en de privébelangen van Sanderink gescheiden te houden.

Aanleiding

Centric Holding B.V., Centric Netherlands Holding B.V. en Centric Netherlands B.V. (tezamen: 'Centric') houden zich bezig met het verlenen van IT-diensten aan onder meer publieke en semipublieke organisaties. De aandelen in Centric Holding worden gehouden door Sanderink Investments B.V., een vennootschap waarvan Sanderink bestuurder is.

Centric heeft een *one-tier board* die bestaat uit één of meer uitvoerende bestuurders en ten minste drie niet-uitvoerende bestuurders. Het bestuur wordt momenteel gevormd door de door de OK benoemde tijdelijke bestuurders. De statuten van Centric Holding bepalen onder meer dat de uitvoerende bestuurders worden benoemd door de niet-uitvoerende bestuurders en de niet-uitvoerende bestuurders worden benoemd door de algemene vergadering, op voordracht van de zittende niet-uitvoerende bestuurders.

Nadat een conflict is ontstaan tussen Sanderink en zijn voormalige partner ('de ex-partner'), is een aantal rechtszaken gevoerd waarbij uiteindelijk ook Centric is betrokken. Vervolgens is een aantal bestuurders vertrokken en zijn nieuwe bestuurders aangesteld. Nadat Sanderink publiekelijk de rapportage door de accountant ter discussie had gesteld, heeft de accountant haar dienstverlening stopgezet. Tevens heeft de ex-partner bewijsbeslag laten leggen onder Sanderink, waarbij Sanderink onder meer de inhoud van zijn telefoon heeft laten wissen. Vervolgens is Sanderink teruggetreden als uitvoerend bestuurder, maar is desondanks een aantal nieuwe procedures gestart en heeft de bank de bancaire relatie opgezegd. Nadat de uitvoerende bestuurders te kennen hebben gegeven dat het wenselijk is een enquêteprocedure te starten, zijn de uitvoerende bestuurders teruggetreden, nu hun verzoek niet werd gesteund door de niet-uitvoerende bestuurders. Nadien heeft ook de advocaat-generaal bij het ressortsparket van het Openbaar Ministerie aangegeven een verkennend onderzoek te starten, wat mogelijk gevolgd zou worden door een enquêteverzoek om redenen van openbaar belang.

Enquêteverzoek advocaat-generaal

Naar aanleiding van dit onderzoek heeft de advocaat-generaal een voorstel gedaan om te komen tot een verbetering van de *checks and balances* binnen Centric, waaronder ook het advies dat Sanderink niet zou terugkeren in de raad van bestuur van Centric. Desondanks heeft Sanderink zichzelf opnieuw laten benoemen tot voorzitter van de raad van bestuur. Hierop heeft de advocaat-generaal een verzoek tot enquête gedaan. Dit verzoek werd gesteund door de andere niet-uitvoerende bestuurder in Centric, waarna deze bestuurder door Sanderink is geschorst.

De advocaat-generaal heeft aan het verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij Centric, nu de governance niet naar behoren functioneert. Zo hebben er onder druk van Sanderink vele bestuurswisselingen plaatsgevonden en is het bestuur onder druk van Sanderink niet in staat geweest om de belangen van Centric en de belangen van de aandeelhouder gescheiden te houden. Dit heeft onder meer geleid tot een leegloop van het bestuur, een aankondiging van de accountant om de dienstverlening te beëindigen en het vertrek van medewerkers en klanten. Bij mondelinge uitspraak in november 2022 heeft de OK voorshands geoordeeld dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Hierop zijn reeds de aandelen van Sanderink (op een na) ten titel van beheer overgedragen aan een beheerder en zijn onafhankelijke OK-bestuurders aangesteld. Zie OR 2022-0259.

Centric verzoekt als aanvullende onmiddellijke voorziening dat de OK het laatste door Sanderink gehouden aandeel ten titel van beheer overdraagt aan een beheerder, om

besluitvorming buiten vergadering mogelijk te maken en verdere onrust binnen de organisatie te voorkomen.

Uitspraak

De OK stelt voorop dat ook na de eerdere mondelinge uitspraak is gebleken dat het bestuur van Centric niet in staat is geweest om voldoende zelfstandig en onafhankelijk te opereren en dat de belangen van de onderneming onvoldoende zijn gescheiden van de belangen van Sanderink. Dit blijkt onder meer uit de onterechte beslaglegging en het grote aantal bestuurswisselingen, waaruit lijkt te volgen dat kritiek door bestuurders steeds is gevolgd door ontslag van de betreffende bestuurders door Sanderink. Ook heeft Sanderink op geen enkel moment blij gegeven zich bewust te zijn van zijn aandeel in de onrust binnen Centric. De OK gelast dan ook een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen Centric.

Bovendien ziet de OK aanleiding om als onmiddellijke voorziening het laatste door Sanderink gehouden aandeel, ten titel van beheer over te dragen aan de beheerder van aandelen. De OK overweegt hiertoe nu is gebleken dat sinds de aanstelling van de tijdelijke bestuurders de rust binnen Centric is teruggekeerd, de accountant bereid is gevonden haar dienstverlening voort te zetten en klanten en personeelsleden hun vertrek bij Centric hebben heroverwogen. Tevens is gebleken dat Sanderink niet bereikbaar is geweest voor de beheerder, hetgeen besluitvorming buiten vergadering bemoeilijkt.

T.M. Goudzwaard, mei 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:149

Zaaknummer: 200.317.829/01OK

Rechters: A.W.H. Vink, W.A.H. Melissen, A.J. Wolfs, W. Wind en M.J.R. Broekema

Advocaten: P.P.M. van Kippersluis, I. Spinath, F.D. Crul, P.B.A. Acda, R.J.W. Analbers, T.L.C.W. Noordoven, J.C. van Nass en H. Schreur

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

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid bestuurder en toezichthouders Stichting World Expo Milaan

Een opdrachtnemer stelt de bestuurder en toezichthouders van een stichting aansprakelijk voor het onbetaald laten van facturen onder een tussen de stichting en de opdrachtnemer gesloten overeenkomst. De rechtbank wees de vorderingen af. In hoger beroep oordeelt het hof dat niet is bewezen dat de bestuurder bij het tot stand komen van de overeenkomst heeft gezegd dat er financiële dekking was. Naar het oordeel van het hof is het verwijtbaar dat de bestuurder niet kritischer naar de verrichtingen van de fondsenwervers heeft gekeken, maar is die onzorgvuldigheid niet zodanig dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt. Ten aanzien van de aansprakelijkheid van de toezichthouders oordeelt het hof dat de raad van toezicht gedurende geruime tijd ervan is uitgegaan dat de gepresenteerde begroting een betrouwbaar beeld verschaftte en geen eigen onderzoek hiernaar behoefde te worden verricht, maar dat de raad van toezicht adequaat heeft gehandeld nadat het vermoeden was gerezen dat de opgestelde begrotingen een onjuist beeld gaven. Verder miskennen de grieven dat per afzonderlijk lid van de raad van toezicht moet worden beoordeeld of dit lid een persoonlijk ernstig verwijt treft. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank in eerste aanleg.

Inleiding

In deze procedure heeft appellante ('de Opdrachtnemer') de bestuurder en toezichthouders van de Stichting World Expo Milaan ('de Stichting') persoonlijk aansprakelijk gesteld voor het feit dat de Stichting facturen van de Opdrachtnemer onder een tussen de Stichting en de Opdrachtnemer gesloten overeenkomst onbetaald heeft gelaten.

Bij tussenarrest is de Opdrachtnemer onder meer toegelaten om te bewijzen dat de bestuurder van de Stichting op het moment van het sluiten van de overeenkomst jegens de Opdrachtnemer had verzekerd dat voor alle posten die op dat moment in opdracht werden gegeven het geld voorhanden was en andere posten pas in opdracht zouden worden gegeven als ook hiervoor financiële ruimte was.

Het debat over de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder spitst zich toe op twee punten: (i) de schijn van kredietwaardigheid van de Stichting die door de bestuurder is gewekt bij de totstandkoming van de overeenkomst en daarna; en (ii) de wijze waarop de bestuurder zich heeft gekweten van zijn taak om voor voldoende sponsorinkomsten voor de World Expo Milaan te zorgen na het aangaan van de overeenkomst.

Schijn van kredietwaardigheid bij het aangaan van de overeenkomst

Het hof oordeelt dat niet bewezen is dat de bestuurder bij het tot stand komen van de overeenkomst heeft gezegd dat er financiële dekking was. Het hof baseert zich hierbij onder meer op de verschillende verklaringen, afgelegd tijdens het getuigenverhoor en de ontbindingsclausule in de overeenkomst die ziet op onvoldoende toekomstige kredietwaardigheid. Volgens het hof ondersteunt het bestaan van deze clausule dat sprake was van een opdracht voor alle in de overeenkomst voorkomende posten, ook de niet geparafeerde, hoewel er op dat moment onzekerheid was over de financiële dekking daarvoor.

Gebrekkige fondsenwerving en schijn van kredietwaardigheid na het aangaan van de overeenkomst

De stellingen van de Opdrachtnemer komen er in de kern op neer dat het persoonlijk ernstig verwijtbaar is dat de bestuurder er niet 'bovenop heeft gezeten' om zo veel als mogelijk zeker te stellen dat er voldoende dekking was voor de opdrachten van de Opdrachtnemer, en bewust, althans ten onrechte de suggestie heeft gewekt dat die dekking er wel was en niet in overleg is getreden met de Opdrachtnemer over de daadwerkelijk bestaande slechte financiële situatie.

Naar het oordeel van het hof treft de bestuurder geen te maken persoonlijk ernstig verwijt. Het hof overweegt onder meer dat de Opdrachtnemer mede initiatiefneemster was van de business-case die tot deelname aan de Expo moest leiden en dat de Opdrachtnemer als mede-initiatiefnemer verondersteld mag worden redelijkerwijs te weten wat de business-case inhoud en dat de financiering volledig van sponsors moest komen. De onzekerheid van financiering was inherent aan de opdracht van de Stichting aan de Opdrachtnemer. De tijd tussen de aanstelling van de bestuurder en het begin van de Expo was heel erg kort. Er was geen tijd om af te wachten totdat de financiering rond zou zijn voordat aan de Opdrachtnemer

opdracht zou worden gegeven. De Opdrachtnemer wist van deze grote haast.

Voorts was er bij het tekenen van de overeenkomst een begroting en er waren gerechtvaardigde verwachtingen dat deze haalbaar was. Het hof overweegt dat niet in geschil is dat de diverse mededelingen van de bestuurder aan de Opdrachtnemer over de werving van sponsors achteraf gezien onjuist zijn gebleken. Deze waren in de regel (veel) te optimistisch. De bestuurder heeft gesteld dat hij bij het bepalen van de waarschijnlijkheid van de inkomsten steeds is afgegaan op de expertise van de fondsenwervers, die feitelijk de hele werving van sponsors voor de deelname aan de Expo deden. Naar het oordeel van het hof is het de bestuurder verwijtbaar dat hij niet kritischer naar de verrichtingen van de fondsenwervers heeft gekeken, te meer omdat hij zonder voorbehoud positieve mededelingen aan de Opdrachtnemer heeft gedaan over de sponsorwerving. Dit is onzorgvuldig. Maar in de gegeven omstandigheden – grote haast, weinig ondersteuning, deskundigheid fondsenwervers, wetenschap van de Opdrachtnemer als mede-initiatiefnemer – is die onzorgvuldigheid niet zodanig dat sprake is van een te maken persoonlijk ernstig verwijt.

Aansprakelijkheid toezichthouders

De Opdrachtnemer stelt dat de leden van de raad van toezicht van de Stichting ('de RvT') hun toezichthoudende taak onbehoorlijk hebben vervuld, waarvan hen persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het hof overweegt dat achteraf kan worden geconcludeerd dat het wenselijk was geweest als de RvT op het punt van de (gebrekkige) sponsorinkomsten van aanvang af scherper toezicht had gehouden. Daar staat tegenover dat voor de RvT destijds niet zonder meer kenbaar was dat deze situatie zich voordeed en de RvT adequaat heeft gehandeld en maatregelen heeft getroffen nadat het vermoeden was gerezen dat de opgestelde begrotingen een onjuist beeld gaven. Dit rechtvaardigt volgens het hof niet de conclusie dat de leden van de RvT hun toezichthoudende taak persoonlijk ernstig verwijtbaar onbehoorlijk hebben vervuld.

Het hof merkt verder op dat de grieven van de Opdrachtnemer miskennen dat per afzonderlijk lid van de RvT moet worden beoordeeld of dit lid een persoonlijk ernstig verwijt treft. Dit onderscheid maakt de Opdrachtnemer niet. Op dit punt is van belang dat de leden van de RvT op verschillende momenten zijn aangesteld. Ook om deze reden kunnen de grieven volgens het hof niet tot vernietiging van het bestreden vonnis in eerste aanleg leiden.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank in eerste aanleg.

S.G.H. Nieuwendijk mei 2023

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 11-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:588

Zaaknummer: 200.221.956/01

Rechters: R.S. van Coevorden, M.C.M. van Dijk en J.L.M. Groenewegen

Advocaten: B. Poort, A.J.L. Claassen en W.A.M. Rupert

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Beweerdelijk aandeelhouder/Warszawa Dordrecht B.V.

Een voormalig werknemer van een bv vordert betaling van dividend omdat hij op grond van afspraken met de aandeelhouders ‘economisch aandeelhouder’ zou zijn. De rechtbank wijst zijn vorderingen af. Levering van aandelen geschiedt bij notariële akte (art. 2:196 lid 1 BW). Niet in geschil is dat notariële levering van aandelen in de bv aan eiser niet heeft plaatsgevonden. Hiermee staat vast dat hij geen aandeelhouder van de bv is geworden en geen aanspraak kan maken op dividend.

Warszawa Dordrecht B.V. (‘WD’) exploiteert een Poolse supermarkt in Dordrecht. De eiser in deze zaak heeft als bedrijfsleider in de supermarkt van WD gewerkt. Het dienstverband is met wederzijds goedvinden beëindigd. Partijen verschillen van mening over de vraag of eiser op grond van afspraken over (economisch) aandeelhouderschap aanspraak kan maken op door WD uit te keren dividend. Mede in verband met dit geschil heeft eiser WD in deze procedure betrokken. Hij vordert een verklaring voor recht dat hij als 20% aandeelhouder in het kapitaal van WD recht heeft op een redelijk dividend indien er winst is gemaakt, veroordeling van WD tot betaling van een concreet bedrag aan dividend en dat de rechtbank WD gebiedt een bepaald dividendbeleid te voeren.

De rechtbank wijst de vorderingen af. Levering van aandelen geschiedt bij notariële akte (art. 2:196 lid 1 BW). Niet in geschil is dat notariële levering van aandelen in WD aan eiser niet heeft plaatsgevonden. Hiermee staat vast dat eiser geen aandeelhouder van WD is geworden. Weliswaar stelt eiser dat hij met de (middellijk) aandeelhouders van WD heeft afgesproken dat hij voor 20% zou gaan deelnemen in het aandelenkapitaal van WD, maar uit die – door WD betwiste – stelling vloeit niet voort dat eiser nu al aandeelhouder is en hij kan dan ook geen aanspraak maken op dividend of een bepaald dividendbeleid. Voor zijn eventuele vordering op de beide aandeelhouders van WD vanwege hun eventuele toezeggingen, zal hij niet WD maar deze aandeelhouders in een procedure moeten betrekken. In de onderhavige procedure zijn zij geen partij.

K.H. Boonzaaijer, mei 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 05-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:3020

Zaaknummer: C/10/647232 / HA ZA 22-892

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: H.A.A. Voermans en P.A. Visser

Wetsartikelen: 2:196 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Vordering tot toelating als lid van een vereniging

Een aspirant-lid dat voldoet aan de kwalitatieve eisen van lidmaatschap zoals neergelegd in de statuten van een vereniging, heeft zich aangemeld als lid. Zijn verzoek wordt door het bestuur vanwege een ledenstop niet gehonoreerd. Het aspirant-lid vordert vervolgens in kort geding de vereniging op straffe van een dwangsom te veroordelen om hem als lid in te schrijven. De voorzieningenrechter wijst de vordering af. Een vereniging kan op grond van het grondwettelijke recht van vrijheid van vereniging niet worden verplicht om personen als lid toe te laten. Onder bepaalde omstandigheden kan de weigering van het lidmaatschap onrechtmatig zijn, bijvoorbeeld in gevallen waarin het aspirant-lid een groot belang heeft bij het verkrijgen van het lidmaatschap en een redelijke grond voor weigering ontbreekt. Daarvan is in casu echter geen sprake en ook is het handelen niet in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Het geschil

Een persoon ('het Aspirant-lid') woont inmiddels circa zes jaar tegen betaling in het opvangcentrum van een vereniging die onder meer onderdak biedt aan mensen in maatschappelijke of psychische nood ('de Vereniging'). Het Aspirant-lid heeft zich aangemeld als lid van de Vereniging, maar vanwege een ledenstop is het verzoek niet gehonoreerd. Het Aspirant-lid vordert vervolgens in kort geding de Vereniging op straffe van een dwangsom te veroordelen om hem als lid in te schrijven. Hij wil namelijk actief meehelpen om de doelstellingen van de Vereniging te realiseren en heeft daarbij als bewoner van het opvangcentrum naar eigen zeggen een evident belang.

Oordeel

De voorzieningenrechter oordeelt dat het Aspirant-lid een spoedeisend belang heeft, omdat

hij via het lidmaatschap invloed wil uitoefenen op zijn directe woonomstandigheden. Dat belang is naar zijn aard spoedeisend.

Voorts overweegt de voorzieningenrechter dat een vereniging op grond van het grondwettelijke recht van vrijheid van vereniging niet kan worden verplicht om personen als lid toe te laten. Ook als een aspirant-lid voldoet aan de kwalitatieve eisen van lidmaatschap zoals neergelegd in de statuten, brengt dit niet zonder meer mee dat hij het lidmaatschap kan afdwingen. Het persoonlijk karakter van het lidmaatschap van een vereniging verzet zich hiertegen. Een vereniging kan, met inachtneming van de bij statuten of reglement gestelde normen, in beginsel naar eigen inzicht beslissen.

Onder bepaalde omstandigheden kan de weigering van het lidmaatschap onrechtmatig zijn, bijvoorbeeld in gevallen waarin het aspirant-lid een groot belang heeft bij het verkrijgen van het lidmaatschap en een redelijke grond voor weigering ontbreekt. Daarvan is hier echter volgens de voorzieningenrechter geen sprake. Voorop staat dat het bestuur als enige en laatste instantie bevoegd is om over het eventuele lidmaatschap van het Aspirant-lid te beslissen. Er is in casu geen dusdanig uitzonderlijke of gewichtige omstandigheid dat moet worden afgeweken van het wettelijk uitgangspunt van vrijheid van vereniging. Dit geldt temeer aangezien de Vereniging aannemelijk heeft gemaakt daadwerkelijk toe te werken naar een transitie die bestaat in de omzetting naar de rechtsvorm stichting. Dat de Vereniging door het weigeren van het lidmaatschap misbruik zou maken van haar bevoegdheid en in strijd zou handelen met de eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals het Aspirant-lid stelt, is ook niet aannemelijk geworden.

De voorzieningenrechter concludeert dat de weigering van de Vereniging om het Aspirant-lid als verenigingslid toe te laten niet onrechtmatig is en wijst de vorderingen af.

K.H. Boonzaaijer, mei 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 30-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:1375

Zaaknummer: C/08/290842 / KG ZA 23-6

Rechters: M.A.M. Essed

Advocaten: G.J. Hollema en J. Bisschop

Wetsartikelen: 2:33 BW

RECHTSPRAAK

Concernenquête agrarisch bedrijf

OK; enquête. Twee broers hebben jarenlang op basis van vertrouwen samengewerkt binnen een agrarisch concern met diverse vennootschappen waarvan zij formeel (indirect) bestuurder zijn. De verhouding tussen de broers is echter sinds ruim tien jaar in toenemende mate verstoord. De broers wensen tot een splitsing van de onderneming te komen, maar zijn daar tot op heden niet in geslaagd. De broers zijn het erover eens dat tussen hen sprake is van een verstoorde verhouding die leidt tot een impasse in het bestuur en in de algemene vergadering van de concernvennootschappen en dat op die grond moet worden getwijfeld aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van deze vennootschappen. Zij hebben ieder afzonderlijk een enquêteverzoek ingediend en daarbij de OK verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorziening onder meer een derde persoon te benoemen tot bestuurder van (een deel van) de vennootschappen. De OK gelast een concernenquête, benoemt een derde als zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder met beslissende stem, die tevens een minnelijke regeling zal beproeven. De aanwijzing van een onderzoeker wordt voorlopig aangehouden.

Geschil

Twee broers, 'Broer 1' en 'Broer 2', hebben enkele decennia geleden het agrarisch bedrijf van hun ouders overgenomen, waarna het bedrijf is uitgegroeid tot een concern met als kernactiviteiten fruitteelt en varkenshouderij. Broer 1 heeft zich daarbij altijd beziggehouden met de fruitteelttak, en later ook een recreietak, en Broer 2 met de varkenshouderij. Jarenlang heeft deze onderlinge taakverdeling op basis van vertrouwen goed gewerkt. De verhouding tussen de broers is echter sinds ruim tien jaar in toenemende mate verstoord. De

broers wensen tot een splitsing van de onderneming te komen, maar zijn daar tot op heden niet in geslaagd. Een en ander heeft zijn weerslag op de besluitvorming in de algemene vergaderingen en de besturen van de diverse vennootschappen binnen het concern ('de Vennootschappen'), waarvan de broers formeel (indirect) bestuurder zijn.

Aan het hoofd van het concern staat een holding bv. De aandelen in deze bv zijn gecertificeerd en worden gehouden door de STAK. De beide broers houden ieder ruim 48% van de certificaten (de holding houdt de overige certificaten) en vormen tevens het bestuur van de STAK. Zij zijn gezamenlijk bevoegd de STAK en de holding te vertegenwoordigen.

Broer 1 en Broer 2 zijn het erover eens dat tussen hen sprake is van een verstoorde verhouding die leidt tot een impasse in het bestuur en in de algemene vergadering van de Vennootschappen en dat op die grond moet worden getwijfeld aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de Vennootschappen. De broers verschillen weliswaar van mening over het antwoord op de vraag aan wie van hen dit in overwegende mate te wijten is, maar zij zijn het eens over de conclusie. Zij hebben ieder afzonderlijk een enquêteverzoek ingediend en daarbij de OK verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorziening onder meer een derde persoon te benoemen tot bestuurder van (een deel van) de Vennootschappen.

Oordeel OK

De OK overweegt dat uit de processtukken blijkt dat tussen de beide bestuurders van de Vennootschappen geen vruchtbaar collegiaal overleg meer plaatsvindt, dat beide broers op onderdelen menen dat de ander ten onrechte zelfstandig beslissingen neemt en dat zij niet kunnen beschikken over de aan hen als bestuurder toekomende informatie over de Vennootschappen, terwijl ook in de algemene vergadering de stemmen staken met als gevolg dat al enige tijd geen jaarrekeningen meer zijn vastgesteld. Dit alles levert volgens de OK reeds een gegronde reden op om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de Vennootschappen. Aan de vereisten voor het gelasten van een concernenquête is volgens de OK voldaan.

De OK acht het met het oog op de toestand van de Vennootschappen noodzakelijk om als onmiddellijke voorziening een derde als bestuurder van enkele van de Vennootschappen te benoemen aan wie – voor zover nodig in afwijking van de statuten – een beslissende stem toekomt, wat betekent dat overeenkomstig die stem wordt besloten, ook als die stem afwijkt van de meerderheid van de uitgebrachte stemmen, en die zelfstandig bevoegd is deze vennootschappen te vertegenwoordigen en zonder wie deze vennootschappen niet vertegenwoordigd kunnen worden. De te benoemen bestuurder mag het ook tot haar taak rekenen te bezien of een minnelijke regeling tussen partijen kan worden bereikt.

Voor het treffen van andere onmiddellijke voorzieningen ziet de OK voorlopig geen aanleiding. De OK houdt voorts de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aan om te bezien of al door de te treffen onmiddellijke voorziening een oplossing van het geschil kan worden bereikt. Ieder van de partijen of de door de OK benoemde bestuurder kan op elk moment de OK verzoeken de onderzoeker aan te wijzen.

K.H. Boonzaaijer, mei 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-03-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:802

Zaaknummer: 200.322.052/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, W.A.H. Melissen, A.W.H. Vink, G. Boon en W. Wind

Advocaten: E.W.M. Rinnooy Kan, J. Hellendoorn, Ph.W. Schreurs, R.J.M.C. Rosbeek en E.R. Koster

Wetsartikelen: 2:350 lid 1 BW en 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Vraag of werknemer kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler

Het bestuur van een failliete bv wordt door de rechtbank in deze zaak aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort vanwege schending van de administratie- en deponeringsplicht. Vervolgens staat de vraag centraal of gedaagde als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt en in die hoedanigheid de vennootschap heeft gebruikt om hypothecaire leningen te verkrijgen en verbouwingen te bekostigen. De curator stelt dat sprake is van gefingeerde arbeidsovereenkomsten en machtsuitoefening door de ‘medewerker’ als ware hij bestuurder ten behoeve van het aanschaffen van woningen in privé en het bekostigen van de verbouwing van die woningen. De rechtbank laat de curator toe nader bewijs te leveren.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Deze zaak gaat over een vennootschap die zich blijkens de statutaire doelomschrijving in de periode vanaf de oprichting in 2013 achtereenvolgens heeft toegelegd op de handel in meubels, de handel in groenten en fruit en de utiliteitsbouw. Sinds medio 2018 heeft de vennootschap een nieuwe aandeelhouder en bestuurder (hierna: de statutair bestuurder). De bv ontplooit dan echter beweerdelijk geen activiteiten meer. De vennootschap sluit niettemin in augustus 2018 arbeidsovereenkomsten voor de functie van accountmanager met de gedaagde en diens broer. Per oktober 2019 is de vennootschap failliet verklaard. De curator in het faillissement heeft gedaagde op de voet van artikel 2:248 BW aangesproken tot betaling van het boedeltekort.

In dat kader staat vast dat de administratieplicht van artikel 2:10 BW en de deponeringsplicht van artikel 2:394 BW zijn geschonden. Hiermee staat vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Dit laatste vermoeden wordt door gedaagde niet ontkracht. Het enige dat ter discussie staat, is of gedaagde (die geen statutair bestuurder was) kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler in de zin

van artikel 2:248 lid 7 BW.

Feitelijk beleidsbepaler?

Aan de stelling dat gedaagde feitelijk beleidsbepaler was, legt de curator onder meer ten grondslag dat de statutair bestuurder zulks verklaard heeft. De statutair bestuurder van de vennootschap heeft voorts verklaard dat hij maandelijks met gedaagde naar de bank ging, waar door gedaagde geld werd opgenomen van een onbekende rekening dat door de statutair bestuurder vervolgens moest worden gestort op de rekening van de vennootschap bij de ING. Van dit geld werd vervolgens het salaris van gedaagde betaald. Gedaagde en zijn broer hebben in 2018 en 2019 elk twee woningen aangeschaft, waarvan de curator vermoedt dat zij de hypothecaire lening hebben verkregen op basis van hun 'gefingeerde' dienstbetrekking met de vennootschap (gefingeerd omdat de vennootschap geen activiteiten meer ontplooidde op het moment van het sluiten van de arbeidsovereenkomsten). Vervolgens zijn op naam van de vennootschap bouwmaterialen besteld die werden afgeleverd op het adres van de nieuwe aangeschafte woningen. De facturen daarvoor zijn onbetaald gebleven. Uit screenshots van sms-conversaties zou tot slot blijken dat gedaagde de baas was van de statutair bestuurder en het financiële beleid van de vennootschap bepaalde.

Gedaagde betwist de stellingen van de curator en stelt dat wel degelijk sprake was van een reële arbeidsovereenkomst. Hij kende de statutair bestuurder via via en die zou hem benaderd hebben met de vraag om samen een groothandel in groenten en fruit over te nemen. In dat kader zou ook daadwerkelijk handel in groenten en fruit hebben plaatsgevonden. De betalingen vonden vrijwel uitsluitend contant plaats. Ook zou de statutair bestuurder zich wel degelijk als leidinggevende hebben opgesteld en gedaagde opdrachten en instructies hebben gegeven. Gedaagde heeft ter zake e-mailberichten overgelegd waaruit dit blijkt. Hij stelt bovendien dat hij over voldoende vermogen beschikte, o.a. uit de handel in cryptovaluta, om voor de hypothecaire leningen ten behoeve van de aanschaf van de woningen in aanmerking te komen en dat bovendien het inkomen van zijn partner bij die aanvragen is meegenomen. Slechts voor de verbouwing van een van de woningen, aldus de gedaagde, is gebruikgemaakt van gereedschappen en machines die namens de vennootschap zijn gehuurd, omdat de vennootschap hiervoor een lagere prijs kon afspreken dan gedaagde als particulier zou moeten betalen. Gedaagde heeft de kosten die hiervoor in rekening zijn gebracht betaald aan de vennootschap. Dat de vennootschap vervolgens heeft nagelaten de verhuurder te betalen, kan niet aan gedaagde worden verweten. Bovendien is met deze verhuur slechts een bedrag van € 7.695,55 gemoeid, wat volgens gedaagde in relatie tot het faillissementstekort (dat bijna € 400.000 bedraagt) een relatief klein bedrag betreft en geenszins rechtvaardigt dat hij voor het hele tekort aansprakelijk kan worden gehouden.

De rechtbank laat de curator toe nader bewijs te leveren dat gedaagde kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler van de vennootschap en acht daarbij van bijzonder belang (i) of de vennootschap in de relevante periode al dan niet activiteiten in de handel met groenten en fruit heeft ontplooid, (ii) of de arbeidsovereenkomst gefingeerd is in de zin dat het nimmer de bedoeling is geweest dat gedaagde tegen het overeengekomen loon daadwerkelijk arbeid zou gaan verrichten en dat gedaagde in werkelijkheid dan ook geen noemenswaardige arbeidsprestatie heeft geleverd en (iii) of gedaagde het economisch beleid van de vennootschap heeft bepaald en daartoe kon beschikken over de bankrekeningen van de vennootschap.

redactie, mei 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 15-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:4193

Zaaknummer: C/09/612756 / HA ZA 21/504

Rechters: M.A. van de Laarschot

Advocaten: N. Claassen en E. Ayerdem

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Van Rongen q.q./Stichting Timpaan Groep

Een curator stelt een stichting als bestuurder aansprakelijk, onder meer omdat eerder had moeten worden ingegrepen en de herstructureringsmaatregelen anders hadden gemoeten. De rechtbank wijst de vordering af. Anders dan de curator heeft betoogd, heeft het bestuur gehandeld zoals van het bestuur verwacht mocht worden. Dat niet alle herstructureringsmaatregelen succesvol waren, doet daaraan niet af. Ook is niet gebleken dat onnodig een prepack is gedaan.

Inleiding

Stichting Timpaan Groep ('de Stichting') stond aan het hoofd van een groep rechtspersonen. De groep was onderverdeeld in drie divisies. Een van de divisies focuste op kinderopvang. De andere divisies zagen op onderwijs en welzijn. De divisies waren nauw met elkaar verbonden en verweven. Zo werden verliezen in de divisie kindercentra opgevangen in de andere divisies.

De divisie kindercentra bestond uit een drietal rechtspersonen waarvan de Stichting de bestuurder was. De divisie kindercentra leed flink omzetverlies. In 2015 zag de raad van commissarissen van de Stichting zich genoodzaakt de bestuurder te schorsen. Vervolgens is mevrouw Boomsma op interim-basis een onderzoek gestart naar de ontstane situatie en de verhoudingen binnen de leiding van de Timpaan Groep. Mevrouw Boomsma concludeert dat de groep te laat is begonnen met maatregelen om het omzetverlies aan te pakken. Ze stelt voor om de divisie kindercentra te herstructureren. De Stichting volgt de aanbevelingen op. De Stichting herstructureert vervolgens de divisie kindercentra door middel van een prepack.

Aansprakelijkstelling

De curator van de failliete rechtspersonen stelt de Stichting als bestuurder aansprakelijk op grond van de artikelen 2:248 lid 1, 2:9 en 6:162 BW. De curator maakt de Stichting een vijftal verwijten. De verwijten zijn gebaseerd op het rapport van mevrouw Boomsma en komen erop neer dat de Stichting als bestuurder eerder had moeten ingrijpen. Zo zou de Stichting de

organisatie ernstig hebben verwaarloosd, niet tijdig de financiële situatie bij de divisie kindercentra onderkend hebben, de raad van commissarissen had de voormalig bestuurder eerder moeten ontslaan, er had eerder een onderzoek uitgevoerd moeten worden en de herstructurering had niet met een prepack gemoeten, aldus de curator. Het was volgens de curator onnodig om de drie rechtspersonen te laten failleren.

Oordeel rechtbank

De rechtbank komt tot de conclusie dat onvoldoende is onderbouwd dat de Stichting anders gehandeld heeft dan een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden gehandeld zou hebben. De Stichting stelt wel degelijk acties te hebben ondernomen en de curator weerspreekt dat ook niet. De rechtbank overweegt dat de Stichting niet te verwijten valt dat de maatregelen in aanloop naar de prepack niet hebben gewerkt. Uit een rapport van het CPB en een brancherapport blijkt volgens de rechtbank dat de branche werd getroffen door slechte marktomstandigheden die langer duurden dan verwacht. Dit heeft op de kleinschalige organisatie van de Timpaan Groep een groot effect gehad, aldus de rechtbank. Ook het rapport van mevrouw Boomsma waarop de curator zijn aansprakelijkstelling baseert, doet daaraan niet af. Zoals mevrouw Boomsma ook zelf zegt, moeten haar conclusies over de Timpaan Groep in de context van die tijd geplaatst worden. Dat het met de kennis van nu misschien anders had kunnen lopen, maakt niet dat toentertijd anders had moeten worden gehandeld, aldus de rechtbank. Het argument van de curator dat andere kindercentra wel op een succesvolle manier geherstructureerd hebben, maakt dat volgens de rechtbank niet anders.

Ook kan het de Stichting als bestuurder niet worden tegengeworpen dat zij enkele maatregelen had getroffen die zij later weer ongedaan maakte omdat deze niet het beoogde effect hadden. Tussen partijen is bovendien niet in geschil dat de curator bij de prepack betrokken was en dat de koper de activiteiten van de gefailleerde entiteiten alleen uit een faillissement wilde overnemen. Al met al concludeert de rechtbank dat de curator na een langdurig en kostbaar onderzoek geen enkel overtuigend argument naar voren heeft kunnen brengen op grond waarvan geoordeeld kan worden dat de Stichting haar taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld.

G.P. van Hooft, mei 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 12-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2023:1492

Zaaknummer: C/17/180076 / HA ZA 21-192

Rechters: J.E. Biesma, M.R. Gans en T.P. Hoekstra

Advocaten: N.H.M. Poort en A.P.P. Witteveen

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Faillissement bv blijft in stand, ondanks gestelde turboliquidatie

Een bv stelt beroep in tegen haar faillietverklaring, omdat zij door middel van turboliquidatie zou zijn opgehouden te bestaan. Het hof laat het faillissement in stand. De turboliquidatie is niet ingeschreven in het handelsregister, zodat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de bv daadwerkelijk is ontbonden. Voor zover de schuldenaar wel is ontbonden kan hij toch failliet worden verklaard vanwege het bestaan van (potentiële) baten, waaronder een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering.

Een bv ('de Schuldenaar') is door de rechtbank failliet verklaard op verzoek van een andere bv. De Schuldenaar stelt beroep in tegen de faillietverklaring. De Schuldenaar stelt dat zij ongeveer twee weken voor de mondelinge behandeling bij de rechtbank is ontbonden en opgehouden te bestaan, omdat zij op het moment van ontbinding geen baten meer had (de zogenoemde turboliquidatie, art. 2:19 lid 4 BW).

Het hof laat het faillissement in stand. Daartoe overweegt het hof dat van turboliquidatie niet is gebleken, omdat die niet is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel (KvK). Het staat daarom niet vast dat een ontbindingsbesluit is genomen. Het KvK-formulier dat de Schuldenaar heeft overgelegd, leidt niet tot een andere conclusie, omdat daaruit niet volgt dat het formulier is opgestuurd naar de KvK.

Ook als de Schuldenaar wel zou zijn ontbonden, moet het faillissement in stand blijven, omdat sprake is van al dan niet potentiële baten. Eind 2022 zijn materialen besteld door de Schuldenaar, terwijl zij stelt dat opdrachtgevers hun opdrachten hebben ingetrokken vanwege een televisieprogramma waarin de middellijk bestuurder als notoire oplichter is afgeschilderd. De Schuldenaar stelt dat zij geen bankrekening heeft en dat de materialen zijn aangeschaft en betaald door haar moedervenootschap ('de Holding') en doorgeboekt aan de Schuldenaar. De nog aanwezige materialen zouden inmiddels eigendom zijn van een zustersvenootschap. Het

hof overweegt dat op de Schuldenaar een verzwaarde onderbouwingsplicht rust om helderheid te verschaffen over de materialen. Dat heeft de Schuldenaar niet gedaan. Gelet op het feitencomplex ligt het voor de hand dat de Schuldenaar een vordering heeft op de Holding, klanten voor wie zij de materialen heeft verwerkt in projecten en/of eigenaar is van de materialen.

De Schuldenaar heeft naar het oordeel van het hof verder een bate in de vorm van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering op grond van artikel 2:248 BW, mede door het niet (tijdig) deponeren van de jaarrekening. Tot slot heeft de Schuldenaar naar het oordeel van het hof een vordering op de Holding in verband met een financieringsovereenkomst. De vader van de middellijk bestuurder zou via de Holding financiering verschaffen aan de Schuldenaar, maar op het laatste moment zag de Holding af van de financieringsconstructie. De Holding kon de gesloten financieringsovereenkomst niet eenzijdig opzeggen, zodat de Schuldenaar een vordering op de Holding heeft tot nakoming van de financieringsovereenkomst.

H.J. de Kloe, mei 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:1122

Zaaknummer: 200.323.409_01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, J.M.H. Schoenmakers en M.W.M. Souren

Advocaten: D.B. Dubach en E.T. van den Hout

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

De Bok q.q./R. c.s.

Het Hof Den Haag heeft de bestuurders van een aantal failliete vennootschappen aansprakelijk gehouden op grond van artikel 2:248 BW, maar de aansprakelijkheid beperkt tot 10% van het boedeltekort. De reden daarvoor is onder meer dat de bestuurders niet zijn verrijkt ten koste van de vennootschappen. De curator stelt cassatieberoep in tegen deze beslissing. De Hoge Raad bevestigt zijn uitspraak dat artikel 2:248 lid 4 BW een limitatieve opsomming van gronden voor matiging bevat. Deze gronden hoeven echter niet restrictief te worden uitgelegd. De matigingsbevoegdheid is niet beperkt tot gevallen waarin het boedeltekort groter is dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur is veroorzaakt. Wel moet de rechter goed motiveren welke omstandigheden tot de matiging leiden. In dit geval is de motivering van het hof ontoereikend. Naar het oordeel van het hof hebben de bestuurders ernstig verwijtbaar gehandeld, onder meer door een herschikking binnen de groep door te voeren waardoor tegoeden of voordelen terecht kwamen bij andere aan de bestuurders gelieerde vennootschappen en niet bij de (jegens de schuldeisers) onderling verbonden vennootschappen van de groep. Met het oog op deze overwegingen acht de Hoge Raad het oordeel dat concrete aanwijzingen voor persoonlijke verrijking ontbraken onbegrijpelijk. De Hoge Raad casseert en verwijst het geding naar het Hof Amsterdam.

Inleiding

Deze kwestie betreft de aansprakelijkheid van twee bestuurders van een aantal in een groep

verbonden vennootschappen. De kernactiviteiten bestonden uit de verkoop, service en reparatie van grondverzetmachines en hijskranen, alsmede de verhuur daarvan. De meeste omzet werd gegenereerd met de verkoop van grondverzetmachines. In augustus en oktober 2004 zijn de verschillende vennootschappen in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de bestuurders aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW. In eerste aanleg zijn de bestuurders veroordeeld tot betaling van het boedeltekort. Het hof heeft dit oordeel deels in stand gelaten, maar daarbij het beroep op matiging als bedoeld in artikel 2:248 lid 4 BW gehonoreerd en de aansprakelijkheid beperkt tot 10% van het boedeltekort.

Hof Den Haag

In cassatie klaagt de curator over de toegepaste matiging en de motivering daarvoor van het hof. Het hof heeft vastgesteld dat de bestuurders niet *in control* waren, waardoor tijdig en adequaat ingrijpen in een verslechterende situatie die daarom vroeg, achterwege bleef. Bovendien hebben de bestuurders juist in die penibele situatie een complexe financiële herschikking doorgevoerd. Het resultaat van deze herschikking was dat tegoeden of voordelen terecht kwamen bij andere aan de bestuurders gelieerde vennootschappen en niet bij de (jegens de schuldeisers) onderling verbonden vennootschappen van de groep. Vervolgens komt het hof tot een matiging van de aansprakelijkheid op basis van 'alle omstandigheden', waaronder de op zichzelf genomen geringe beloning van bestuurders gedurende enkele jaren, het ontbreken van concrete aanwijzingen dat zij zich daadwerkelijk persoonlijk op grove of ontoelaatbare wijze hebben verrijkt en de beperkte winstgevendheid van de activiteiten.

Cassatieklachten

De curator klaagt (i) dat het hof heeft miskend dat de opsomming van de matigingsfactoren in artikel 2:248 lid 4 BW limitatief is; (ii) dat matiging in beginsel slechts kan worden toegepast in gevallen waarin het boedeltekort groter is dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur is veroorzaakt; (iii) dat het hof zijn matigingsoordeel onvoldoende heeft gemotiveerd in het licht van vastgestelde verwijten; en (iv) over de overweging van het hof dat concrete aanwijzingen ontbreken dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove of ontoelaatbare wijze hebben verrijkt.

Hoge Raad

De Hoge Raad bevestigt zijn uitspraak dat de gronden voor matiging in artikel 2:248 lid 4 BW limitatief zijn opgesomd (HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, OR 2022-0120). Daarom kon het hof de toegepaste matiging niet baseren op 'alle omstandigheden'. De rechter zal dus in zijn motivering moeten aangeven welke omstandigheden het matigingsoordeel rechtvaardigen en die omstandigheden moeten onder de in lid 4 genoemde gronden zijn te scharen. In het

licht van de conclusie van P-G Drijber (ECLI:NL:PHR:2022:1136) bij het arrest en de overwegingen van de Hoge Raad op dit punt kan worden afgeleid dat deze gronden evenwel niet restrictief hoeven te worden uitgelegd.

Vervolgens verduidelijkt de Hoge Raad dat matiging ook aan de orde kan zijn wanneer het boedeltekort minder is dan de door het onbehoorlijk bestuur veroorzaakte schade. De rechter heeft daarbij overigens een discretionaire bevoegdheid. De Hoge Raad volgt de curator in zijn standpunt dat niet begrijpelijk is waarom het hof aanleiding heeft gezien voor een zo vergaande matiging, terwijl het hof de hiervoor genoemde omstandigheden heeft vastgesteld en het handelen van de bestuurders als ernstig verwijtbaar heeft gekwalificeerd. Ook hieruit volgt het belang van een goede motivering van de rechter voor wat betreft de omstandigheden die tot matiging leiden.

Ten slotte wijdt de Hoge Raad een overweging aan het oordeel van het hof over het ontbreken van concrete aanwijzingen dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove of ontoelaatbare wijze hebben verrijkt. Hierbij ligt de nadruk op het begrip ‘persoonlijk’. De Hoge Raad stelt vast dat bij de beoordeling van de aard of ernst van de onbehoorlijke taakvervulling in aanmerking kan worden genomen dat de bestuurders geen persoonlijk voordeel hebben genoten, hetgeen een aanleiding kan zijn voor matiging. Omgekeerd is er juist minder ruimte voor matiging wanneer de bestuurder van zijn onverantwoordelijk gedrag heeft geprofiteerd. In dit verband hoeft het persoonlijk voordeel niet direct aanwezig te zijn. Ook indirect persoonlijk voordeel is relevant, bijvoorbeeld voordeel dat wordt genoten via een constructie waarbij diverse rechtspersonen betrokken zijn. Het oordeel van het hof dat de bestuurders niet persoonlijk zijn verrijkt, verhoudt zich niet met de vaststelling van het hof dat de herschikking binnen de groep ertoe heeft geleid dat tegoeden of voordelen terecht kwamen bij andere aan de bestuurders gelieerde vennootschappen in plaats van bij de (jegens de schuldeisers) onderling verbonden vennootschappen van de groep. De Hoge Raad acht het oordeel dat concrete aanwijzingen voor persoonlijke verrijking ontbraken daarom onbegrijpelijk.

De Hoge Raad casseert het arrest van het Hof Den Haag en verwijst het geding naar het Hof Amsterdam.

J.E. van Nuland, mei 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 21-04-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:635

Zaaknummer: 22/00221

Rechters: A.E.B. ter Heide, F.R. Salomons en G.C. Makkink

Advocaten: M.W. Scheltema, J.W. de Jong en J. van der Beek

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Schending raadgevende stem ontslagen bestuurder

Een statutair bestuurder is door de algemene vergadering ontslagen en zijn arbeidsovereenkomst is vervolgens opgezegd. Vlak voor zijn vakantie is hij per direct op non-actief gezet, in zijn vakantie is de algemene vergadering gepland die direct na zijn vakantie plaatsvond. De redenen voor zijn ontslag zijn de bestuurder dermate laat meegedeeld, dat hij zich niet heeft kunnen voorbereiden op de algemene vergadering waarbij hij vervolgens ook niet aanwezig was. Dit is in strijd met onder meer goed werkgeverschap en de rechtbank kent de bestuurder daarom een billijke vergoeding toe.

Feiten

Verzoeker in deze procedure ('de Bestuurder') is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij [verweerster] B.V. ('de Vennootschap') in de functie van CFO+. In de arbeidsovereenkomst was bepaald dat de Bestuurder een statutaire positie zou krijgen in de onderneming. De Bestuurder is enige tijd daarna als bestuurder van de Vennootschap ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. De aandeelhouders hebben vervolgens besloten dat de Vennootschap op een andere manier moest worden aangestuurd. De Bestuurder heeft een andere visie op de gewenste directiestructuur van de Vennootschap en heeft dit met de Vennootschap gedeeld. Aan de Bestuurder is op 29 september 2022 medegedeeld dat binnen de organisatie geen behoefte meer bestaat aan een CFO+ en dat de aandeelhouders hebben besloten zijn dienstverband te beëindigen.

De Bestuurder werd vrijgesteld van werk en op 11 oktober 2022 zou de algemene vergadering van aandeelhouders ('AVA') plaatsvinden. De Bestuurder heeft bij e-mail van 10 oktober 2022 aangegeven dat de AVA niet voldoet aan de wettelijke vereisten en hij daarom niet zal verschijnen. Op 11 oktober 2022 heeft de AVA het besluit genomen om de Bestuurder te ontslaan als bestuurder van de vennootschap. De Bestuurder was hierbij niet aanwezig. Bij

brief van 14 oktober 2022 is de arbeidsovereenkomst van de Bestuurder door de Vennootschap opgezegd.

De Bestuurder is van mening dat het vennootschapsrechtelijke ontslag gebrekkig tot stand is gekomen. Bovendien is de arbeidsovereenkomst in strijd met artikel 7:669 BW opgezegd. De Bestuurder verzoekt onder meer om de Vennootschap te veroordelen tot het betalen van een billijke vergoeding en een immateriële schadevergoeding. Volgens de Vennootschap is sprake van een ontslaggrond omdat is opgezegd overeenkomstig artikel 7:669 lid 3 sub a BW.

Oordeel

Redelijke ontslaggrond

De rechtbank is van oordeel dat de keuze voor een bepaalde directiestructuur behoort tot de beleidsvrijheid van de Vennootschap. De functie van de Bestuurder was als gevolg van organisatorische veranderingen niet langer beschikbaar op een manier die door partijen bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst was voorzien. De Vennootschap heeft weinig gesteld over de door haar verrichte herplaatsingsinspanningen en de Bestuurder heeft geen concrete functies genoemd binnen de Vennootschap en de groep waartoe zij behoort die voor hem voor langere tijd passend en beschikbaar zouden zijn. Er zijn onvoldoende handvatten voor de beoordeling of herplaatsing van de Bestuurder voor langere tijd mogelijk was. Deze grond kan niet tot toewijzing van een billijke vergoeding leiden.

Ernstig verwijtbaar handelen

De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 2:227 lid 7 BW bestuurders in de AVA een raadgevende stem hebben, ook bij hun eigen ontslag, en dat die stem ook zin moet hebben. Het schenden van deze bepaling betekent een inbreuk op artikel 2:8 lid 1 BW. De rechtbank is van oordeel dat de Vennootschap de Bestuurder niet tijdig in kennis heeft gesteld van de redenen die aan het ontslag ten grondslag liggen, waardoor hij niet in de gelegenheid is gesteld om een advies uit te brengen op de AVA. In de oproeping van de AVA staat niets over de redenen voor het ontslag. Die redenen zijn pas op 4 oktober 2022 schriftelijk aan de Bestuurder meegedeeld, terwijl de Vennootschap wist dat de Bestuurder op dat moment met zijn gezin in het buitenland op vakantie was en pas op 10 oktober 2022 zou terugkeren. De Bestuurder heeft zich niet kunnen voorbereiden op de AVA. Hij heeft dit op 10 oktober 2022 ook aan de Vennootschap laten weten. De Vennootschap stond niet open voor een (her)overweging van het ontslag van de Bestuurder als bestuurder. Op 29 september 2022 is de Bestuurder namelijk al vrijgesteld van werkzaamheden en is hem verboden om vanaf dat moment nog contact met collega's te hebben. Er bestond volgens de rechtbank geen enkele noodzaak om de Bestuurder kort voor zijn vakantie ontslag aan te zeggen, hem per direct op

non-actief te stellen en de AVA te plannen direct na zijn terugkomst. Deze handelwijze van de Vennootschap is een ernstige schending van goed werkgeverschap en valt haar zwaar aan te rekenen. De toekenning van een billijke vergoeding is toegewezen. Voor de toewijzing van het gevorderde bedrag aan immateriële schadevergoeding ziet de rechtbank geen aanleiding.

redactie, mei 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:1857

Zaaknummer: C/16/551790 / HA RK 23-20

Rechters: D.C.P.M. Straver

Advocaten: M.G.N. de Jonge en K.L.M. Kaldenbach

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub a BW, 7:682 lid 3 BW, 2:8 lid 1 BW, 2:277 lid 7 BW en 2:244 BW