

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 14, 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:2023:967](#) 23-06-2023

Bestuurder Drent Holding B.V./Klein q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:925](#) 16-06-2023

Vermunt q.q./N.R. Bouw B.V. c.s.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:839](#) 02-06-2023

Conservatrix Group S.A.R.L./De Staat der Nederlanden

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:961](#) 28-03-2023

Geschil tussen de aandeelhouders van Buro Antares B.V. over de 'bad leaver' clause en het non-concurrentiebeding in de aandeelhoudersovereenkomst

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:3212](#) 14-11-2022

Enquête DMARC Advisor B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:2329](#) 14-06-2023

Kolkman q.q./Bestuurder failliete bv

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2022:8609](#) 26-09-2022

Herroeping ontbindingsbesluit

RECHTSPRAAK

**Geschil tussen de aandeelhouders van Buro Antares B.V.
over de ‘bad leaver’ clause en het non-concurrentiebeding
in de aandeelhoudersovereenkomst**

De aandeelhouders van een besloten vennootschap hebben een aandeelhoudersovereenkomst gesloten met daarin onder meer een aanbiedingsplicht, een bad leaver bepaling en een non-concurrentiebeding. Nadat de vennootschap de managementovereenkomst met één van de aandeelhouders heeft opgezegd, vordert een andere aandeelhouder dat de aandeelhouder wiens managementovereenkomst is opgezegd zijn aandelen levert tegen de nominale waarde conform de bad leaver bepaling. De aandeelhouder wiens managementovereenkomst is opgezegd, vordert in reconventie dat de aandelen worden gewaardeerd volgens de good leaver bepaling. Verder vordert hij dat hij niet aan het non-concurrentiebeding kan worden gehouden. De rechtbank heeft de vordering van de ene aandeelhouder toegewezen en de andere aandeelhouder veroordeeld tot levering van zijn aandelen conform de bad leaver bepaling. De reden voor toewijzing door de rechtbank ligt in het feit dat de aandeelhouder onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat sprake is van het ontbreken van draagvlak onder de werknemers, wat toepassing van de bad leaver bepaling met zich brengt. De vordering in reconventie van de laatstgenoemde aandeelhouder, om niet langer aan het non-concurrentiebeding gebonden te zijn, wordt door de rechtbank afgewezen. Het hoger beroep daartegen van de veroordeelde aandeelhouder slaagt niet. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Het hof legt de bad leaver bepaling uit volgens de Haviltex-methode. De wijze van het eindigen van de

betrokkenheid, in casu het opzeggen van de managementovereenkomst in plaats van ontbinding van de arbeidsovereenkomst (zoals in de aandeelhoudersovereenkomst staat), doet er volgens het hof niet toe. De aandeelhouders, die bij het opstellen van de aandeelhoudersovereenkomst geen deskundige bijstand hebben gehad, hadden voor ogen om de bad leaver regeling toe te passen als de betrokkenheid van de aandeelhouder eindigt, ongeacht de wijze waarop die eindigt. Het hof vindt toepassing van de non-concurrentiebepaling niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid; het is aan de aandeelhouder zelf te wijten dat de aandelenoverdracht op zich laat wachten waardoor de duur van het non-concurrentiebeding navenant langer is geworden.

Feiten

De aandeelhouders van Buro Antares B.V. ('Antares') sluiten een aandeelhoudersovereenkomst. Daarin spreken zij een aanbiedingsplicht af indien de betrokkenheid van een aandeelhouder bij Antares eindigt. De betrokkenheid kan op verschillende manieren eindigen. De prijs voor de aandelen is afhankelijk van de reden van beëindiging en de corresponderende vraag of de betreffende aandeelhouder een *good leaver* of een *bad leaver* is. Indien de betrokkenheid van de aandeelhouder bij Antares eindigt, omdat 'de (arbeids)overeenkomst ontbonden moet worden' 'omwille van duidelijk ontbreken van draagvlak bij medewerkers en personeel', is volgens de aandeelhoudersovereenkomst sprake van een *bad leaver* situatie.

Verder bevat de aandeelhoudersovereenkomst een non-concurrentiebeding. Dit beding verbiedt een aandeelhouder, zolang hij aandelen houdt en gedurende een periode van twee jaar nadien, kort gezegd om met de activiteiten van Antares en haar aandeelhouders concurrerende activiteiten te verrichten.

Appellante, een van de aandeelhouders van Antares ('Leaver'), heeft een managementovereenkomst met Antares. Deze overeenkomst kan tussentijds door iedere partij worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden zonder dat de opzeggende partij gehouden is een schadevergoeding te betalen.

Antares zegt de managementovereenkomst met Leaver op met inachtneming van de opzegtermijn vanwege het structureel en langdurig ontbreken van draagvlak bij de directe medewerkers en overig personeel. Leaver berust in de opzegging.

Rechtbank

De rechtbank wijst de vordering van geïntimeerde, een andere aandeelhouder van Antares, toe en veroordeelt Leaver om zijn aandelen te leveren tegen de nominale waarde conform de *bad leaver* bepaling. De rechtbank wijst deze vordering toe vanwege onvoldoende gemotiveerd betwisten door Leaver dat sprake is van een situatie waarin draagvlak bij het personeel ontbreekt. De rechtbank komt dus niet toe aan een uitleg van de *bad leaver* bepaling, zoals het hof wel doet (zie hierna). De vorderingen in reconventie van Leaver worden door de rechtbank afgewezen. Leaver gaat in hoger beroep.

Het hof

Leaver betwist bij het hof dat sprake is van een *bad leaver* situatie. Volgens Leaver moet onderscheid worden gemaakt tussen ‘opzeggen’ en ‘ontbinden’. Aangezien de managementovereenkomst is opgezegd met inachtneming van de contractuele opzegebepaling en niet ontbonden, kan er geen sprake zijn van een *bad leaver* situatie. Toepassing van de *bad leaver* bepaling heeft nadelige gevolgen en daarom dient deze bepaling strikt te worden geïnterpreteerd en dus beperkt te worden toegepast.

Het hof is het niet met Leaver eens. Het hof past de Haviltex-maatstaf toe. Volgens het hof heeft Leaver onvoldoende onderbouwd dat zijn strikte uitleg van de *bad leaver* bepaling strookt met de betekenis die partijen volgens de Haviltex-maatstaf aan deze bepaling mochten toekennen. Het hof acht de volgende omstandigheden van belang voor de interpretatie van de *bad leaver* clause. Ten eerste staat het eindigen van de betrokkenheid centraal bij alle *bad leaver* gronden. Ten tweede vereisen andere gronden geen ontbinding van de managementovereenkomst. Ten derde bevat de aandeelhoudersovereenkomst taalkundige onvolkomenheden en zijn partijen bij het opstellen van de aandeelhoudersovereenkomst niet door deskundigen bijgestaan. Op grond hiervan komt het hof tot de conclusie dat het de bedoeling van partijen was dat het beëindigen van de managementovereenkomst wegens gebrek aan draagvlak onder de medewerkers zou moeten leiden tot een *bad leaver* situatie. De wijze van beëindiging is daarbij niet van belang.

Leaver heeft volgens het hof onvoldoende toegelicht waarom (de duur van) het non-concurrentiebeding in de aandeelhoudersovereenkomst juist jegens haar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Ten eerste gelden de bepalingen in de aandeelhoudersovereenkomst voor alle aandeelhouders. Ten tweede is duidelijk dat het

beding niet is gekoppeld aan een arbeids- of managementovereenkomst. De periode van twee jaar is alleen gekoppeld aan het einde van het aandeelhouderschap. Het is aan Leaver zelf te wijten dat de levering van zijn aandelen pas na lange tijd heeft plaatsgevonden.

Het hoger beroep slaagt niet. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

A.M. Dumoulin-Siemens, juli 2023

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 28-03-2023

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:961

Zaaknummer: 200.302.684/01

Rechters: G.C. de Heer, A.J.P. Schild en A.J. Swelheim

Advocaten: B. van Leeuwen en M.Y. Elshof

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Herroeping ontbindingsbesluit

Een bv is bij besluit van de algemene vergadering in 2009 ontbonden en in 2010 uit het handelsregister uitgeschreven. Om een destijds door haar gelegd beslag op onroerende zaken van een debiteur te kunnen opheffen, heeft de bv in 2022 een herroepingsbesluit genomen. De bv verzoekt vervolgens de rechtbank om voor recht te verklaren dat het ontbindingsbesluit is herroepen. De Hoge Raad heeft in de Rifgat-beschikking uit 2014 de kaders gegeven die gelden bij het herroepen van een ontbindingsbesluit, nu deze rechtsfiguur niet bij wet is geregeld. De rechtbank toetst aan deze criteria en oordeelt dat daaraan is voldaan. Het verzoek wordt toegewezen.

Casus

Een bv is bij besluit van de algemene vergadering eind 2009 ontbonden en medio 2010 uit het handelsregister uitgeschreven. De bv exploiteerde een onderneming in visproducten. Ten tijde van het ontbindingsbesluit heeft zij het bestaan van een debiteur per ongeluk over het hoofd gezien. Deze debiteur wenst nu slechts tot betaling over te gaan als verzoekster eerst het destijds door haar gelegde beslag op onroerende zaken opheft. Om uitvoering te kunnen geven aan het opheffen van het beslag, dient het ontbindingsbesluit te worden herroepen. De bv is, door het bestaan van de vordering die nog niet is vereffend, blijven bestaan. Juli 2022 heeft de bv een herroepingsbesluit genomen met inachtneming van de geldende wet- en regelgeving en haar statuten.

De bv heeft, zoals blijkt uit de accountantsverklaring per 31 januari 2010, al haar schulden voldaan, met uitzondering van de rekening-courantverhouding met de aandeelhouder en heeft geen activiteiten meer ontplooid. Er hebben dan ook geen financiële mutaties meer plaatsgevonden sinds 31 januari 2010 en er zijn geen derden bekend die nadeel van de herroeping zouden kunnen ondervinden, aldus de bv.

De bv verzoekt de rechtbank om bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad voor recht te verklaren dat het besluit uit 2009 van de buitengewone vergadering van aandeelhouders tot ontbinding van de bv is herroepen.

Rechtskader

De rechtbank overweegt dat het verzoek tot herroeping van het ontbindingsbesluit niet bij wet is geregeld, maar ingevolge het arrest van de Hoge Raad van 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3677 (*Rifgat*) in beginsel wel mogelijk is. Wel moet aan de herroeping de voorwaarde worden gesteld dat daardoor in de omstandigheden van het geval geen afbreuk wordt gedaan aan de eisen van rechtszekerheid en de rechten en belangen van derden.

Voor de herroeping van een ontbindingsbesluit dient volgens de Hoge Raad in ieder geval te zijn voldaan aan de volgende vereisten: i) de besloten vennootschap is nog niet opgehouden te bestaan; ii) het herroepingsbesluit is rechtsgeldig genomen; iii) inzicht dient te bestaan in de vermogenstoestand van de besloten vennootschap op de datum van ontbinding en de datum van herroeping, alsmede in de ontwikkelingen in haar vermogenstoestand in de tussenliggende periode; iv) derden mogen geen nadeel ondervinden van de herroeping.

Het is aan de partij die herroeping verzoekt om de informatie te verschaffen die nodig is om te beoordelen of aan bovengenoemde vereisten is voldaan, met welke derden rekening moet worden gehouden, alsmede in hoeverre na de ontbinding vereffeningshandelingen zijn verricht.

Beoordeling

De bv heeft het ontbindingsbesluit en het herroepingsbesluit overgelegd. Deze besluiten zijn genomen door de enig aandeelhouder van de bv, zoals blijkt uit het uittreksel van het handelsregister, zodat de voor het nemen van besluiten geldende vereisten in acht zijn genomen. Ook heeft de bv inzicht gegeven in haar vermogenstoestand en het verloop daarvan tot datum indiening verzoek. Ten slotte heeft de bv gesteld dat haar geen derden bekend zijn die nadeel zouden kunnen ondervinden van herroeping van het ontbindingsbesluit, gelet op de vermogenstoestand van de bv.

De rechtbank heeft de Kamer van Koophandel (KvK) van het verzoek op de hoogte gesteld. De KvK heeft niet gereageerd en de rechtbank gaat ervan uit dat de KvK geen bezwaar heeft tegen toewijzing van het verzoek.

De rechtbank is van oordeel dat aan de in de rechtspraak ontwikkelde criteria is voldaan, zodat het verzoek kan worden toegewezen. De verzochte uitvoerbaarheid bij voorraad moet

als in strijd met de wet ten aanzien van de verklaring voor recht worden afgewezen.

Redactie, juli 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 26-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2022:8609

Zaaknummer: C/02/399571 / HA RK 22-144 (E)

Rechters: J. van Alphen

Advocaten: E.C.G. van Loon

Wetsartikelen: 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Enquête DMARC Advisor B.V.

OK; enquête. Tweede fase. Enerzijds verzoekt de enig aandeelhouder en bestuurder van een vennootschap de OK vast te stellen dat er sprake is van wanbeleid binnen deze vennootschap en dat de voormalig meerderheidsaandeelhouder van deze vennootschap daarvoor verantwoordelijk is. Anderzijds verzoekt de voormalig meerderheidsaandeelhouder van de vennootschap de OK vast te stellen dat er sprake is van wanbeleid binnen de vennootschap en dat de enig aandeelhouder en bestuurder daarvoor verantwoordelijk is. De OK oordeelt dat uit het onderzoeksverslag is gebleken van wanbeleid en dat de voormalig meerderheidsaandeelhouder daarvoor verantwoordelijk is.

Voorgeschiedenis

Tot september 2021 werden de aandelen in DMARC Advisor B.V. ('DME') gehouden door The Digital Xpedition (TDX) Holding B.V. ('TDX') (49,99%) en A ('de Meerderheidsaandeelhouder') (50,01%). Sinds 2016 werkt DME samen met dmarcian, Inc. ('dmarcian'), waarvan de Meerderheidsaandeelhouder tot februari 2021 CEO was en eveneens de meerderheid van de aandelen houdt. Tussen DME en dmarcian is een geschil ontstaan over niet goed vastgelegde afspraken die ten grondslag liggen aan hun samenwerking, waarvan een controverse over de IE-rechten op de door DME en dmarcian ontwikkelde software de kern vormt. Met dit geschil is de samenwerking tussen DME en dmarcian op het spel komen te staan, hetgeen een serieuze belemmering opleverde voor de bedrijfsvoering van DME, omdat het ontwikkelen en verkopen van software haar core business is. In september 2020 en januari 2021 heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van DME, en de door de Meerderheidsaandeelhouder in DME gehouden aandelen zijn in september 2021 overgedragen aan TDX. Sindsdien is TDX enig aandeelhouder en enig bestuurder van DME.

Verzoeken

In de onderhavige enquêteprocedure verzoekt DME de OK vast te stellen dat het onderzoeksverslag blijkt geeft van wanbeleid bij DME en dat de Meerderheidsaandeelhouder daarvoor verantwoordelijk is. DME legt aan haar verzoek – samengevat – ten grondslag dat de Meerderheidsaandeelhouder diverse acties heeft ondernomen die als doel hebben gehad DME onder druk te zetten haar IE-rechten te laten overdragen aan dmarcian. TDX onderschrijft dit verzoek van DME en deelt de opvatting van DME dat de Meerderheidsaandeelhouder daarvoor verantwoordelijk is.

De Meerderheidsaandeelhouder verzoekt de OK in de onderhavige enquêteprocedure vast te stellen dat het onderzoeksverslag blijkt geeft van wanbeleid bij DME en dat TDX als bestuurder daarvoor verantwoordelijk is. De Meerderheidsaandeelhouder legt aan haar verzoek – samengevat – ten grondslag dat TDX heeft verzuimd de samenwerkingsafspraken tussen DME en dmarcian schriftelijk vast te leggen, de voor DME cruciale samenwerking met dmarcian op het spel heeft gezet met een door haar verstuurde e-mail in december 2019, en in die e-mail haar eigen belangen als aandeelhouder heeft vermengd met de belangen van DME.

Oordeel OK

De OK oordeelt dat de gang van zaken bij DME, en met name de gedragingen van de Meerderheidsaandeelhouder zoals die blijken uit het onderzoeksverslag, in onderling verband en samenhang bezien, in de gegeven omstandigheden wanbeleid oplevert. De OK oordeelt tevens dat de Meerderheidsaandeelhouder verantwoordelijk is voor dat wanbeleid. De reactie van de Meerderheidsaandeelhouder op de in december 2019 door TDX verstuurde e-mail, waarin voorstellen zijn gedaan om te komen tot licentieovereenkomsten ter voorbereiding op een gepland overleg tussen DME en dmarcian, was mede gelet op de in de loop der jaren ontstane samenwerking tussen partijen, disproportioneel. In plaats van de dialoog over de voorstellen van TDX aan te gaan, heeft de Meerderheidsaandeelhouder onmiddellijk de confrontatie gezocht en daarbij eenzijdig maatregelen getroffen die schadelijk waren voor DME en de door haar gedreven onderneming.

De Meerderheidsaandeelhouder heeft de volgende gedragingen verricht: (i) tijdens een meeting tegenover de werknemers van dmarcian en DME heeft de Meerderheidsaandeelhouder beweerd dat DME zich de IE-rechten op software probeerde toe te eigenen; (ii) de Meerderheidsaandeelhouder heeft gedreigd met afsluiting van DME en haar werknemers van de gezamenlijke computersystemen en heeft DME ook daadwerkelijk drie keer afgesloten van de voor die onderneming essentiële systemen; (iii) de Meerderheidsaandeelhouder heeft ervoor gezorgd dat dmarcian het beheer van de website

overnam van een werknemer van DME die de website in overleg met dmarcian had gebouwd; (iv) de Meerderheidsaandeelhouder heeft de hosting van de website, die was ondergebracht bij een Nederlandse serviceprovider, verplaatst naar een Amerikaanse serviceprovider; (v) de Meerderheidsaandeelhouder heeft aan alle onderdelen van de broncode van de software de tekst 'Property of dmarcian, Inc.' toegevoegd; en (vi) de Meerderheidsaandeelhouder heeft een derde benoemd tot *director of software*, een positie die daarvoor niet bestond, met de bevoegdheid instructies te geven aan de software ontwikkelaars van DME. Met deze handelingen heeft de Meerderheidsaandeelhouder ten onrechte rechtstreeks, met terzijdestelling van het bestuur van DME, ingegrepen in de bedrijfsvoering van DME, ten behoeve van dmarcian en ten nadele van DME. Zodoende heeft de Meerderheidsaandeelhouder gehandeld als feitelijk bestuurder van DME en in strijd met artikel 2:8 BW ten opzichte van zowel DME als medeaandeelhouder TDX.

Daarnaast heeft de Meerderheidsaandeelhouder in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van DME verzocht een algemene vergadering uit te roepen met als belangrijkste agendapunten het ontslag van TDX als bestuurder en de benoeming van een aan dmarcian gelieerde partij tot bestuurder. De onderzoeker acht het aannemelijk dat de Meerderheidsaandeelhouder met het ontslag van TDX primair beoogde het belang van dmarcian te dienen om zodoende de IE-rechten van DME eenvoudig en om niet aan haar te kunnen laten overdragen. Door voorafgaand aan de te houden algemene vergadering aan het personeel van DME mee te delen dat TDX als bestuurder van DME wordt ontslagen, is de Meerderheidsaandeelhouder opnieuw ten onrechte opgetreden als feitelijk bestuurder van DME, met terzijdestelling van het statutaire bestuur.

De OK overweegt vervolgens dat de Meerderheidsaandeelhouder naast meerderheidsaandeelhouder van DME ook CEO was van leverancier dmarcian. Die context bepaalt mede hoe de Meerderheidsaandeelhouder zich als aandeelhouder van DME had te gedragen en brengt mee dat van hem de nodige zorgvuldigheid jegens DME en degenen die bij haar onderneming zijn betrokken mocht worden verwacht. De Meerderheidsaandeelhouder heeft gehandeld in strijd met de door hem als meerderheidsaandeelhouder op grond van artikel 2:8 BW jegens DME en TDX in acht te nemen zorgvuldigheid. De gedragingen van de Meerderheidsaandeelhouder zijn te kwalificeren als een machtsgreep en daarmee heeft de Meerderheidsaandeelhouder ten onrechte, want in strijd met de op hem als meerderheidsaandeelhouder van DME op grond van artikel 2:8 BW rustende zorgvuldigheidsverplichtingen, de belangen van dmarcian laten prevaleren boven de belangen van DME en haar stakeholders.

I.M. Berends, juli 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-11-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:3212

Zaaknummer: 200.301.960/01 OK en 200.301.961/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, A.C. Faber, A.J.C.C.M. Loonen en A.G. Thomassen

Advocaten: M.W.E. Evers, D.J.C. Storm, F. Henke, P.A. Josephus Jitta, M.C. Luiten en V.R.M. Appelman

Wetsartikelen: 2:8 BW en 2:355 BW

RECHTSPRAAK

Kolkman q.q./Bestuurder failliete bv

De bestuurder is op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk. Hangende een onderzoek door het OM op verdenking van witwassen door een vennootschap en haar bestuurder, is de vennootschap in staat van faillissement verklaard. De curator beroept zich op de bevindingen van het OM, waaruit blijkt dat niet is voldaan aan de boekhoudverplichting. De bestuurder slaagt er niet in de bewijsvermoedens te weerleggen.

Feiten en vordering

Een vennootschap ('de Vennootschap') richtte zich op de handel in auto's en is opgericht in maart 2014. Sindsdien is de bestuurder de enige bestuurder en aandeelhouder. Op verdenking van witwassen heeft het Openbaar Ministerie (OM) in mei 2016 de gehele handelsvoorraad en de administratie van de Vennootschap in beslag genomen en onderzocht. In juni 2016 is de Vennootschap in staat van faillissement verklaard. In september 2020 is de bestuurder veroordeeld voor gewoontewitwassen en voor feitelijk leidinggeven aan gewoontewitwassen door de Vennootschap. Tegen beide vonnissen lopen de hogerberoepsprocedures nog. De curator spreekt de bestuurder aan op grond van artikel 2:248 BW.

De curator stelt dat de bestuurder niet heeft voldaan aan zijn boekhoudplicht van artikel 2:10 BW en verwijst daarbij naar het onderzoek van het OM. Daaruit bleek onder meer dat de kasopstelling die het OM reconstrueerde negatieve cijfers vertoonde, terwijl de boekhouding steeds een positief saldo vertoonde. Ook zijn onder meer de in- en verkopen van meer dan honderd voertuigen niet geadministreerd en hebben onjuiste boekingen plaatsgevonden. Deze bevindingen zijn door de strafrechter gevolgd.

De bestuurder betwist dat de boekhouding niet klopt. Volgens de bestuurder voldeed de boekhouding wel toen deze in beslag werd genomen, maar is deze aan hem in chaotische en onvolledige staat geretourneerd. Hij heeft voor deze procedure onvoldoende tijd gehad om de administratie op orde te brengen.

Oordeel rechtbank

De rechtbank gaat daar niet in mee: de bestuurder heeft acht maanden de tijd gehad tussen het terugkrijgen van de boekhouding en de mondelinge behandeling van deze procedure. Ten aanzien van de bevindingen uit het onderzoek van het OM draagt de bestuurder aan dat de opsporingsambtenaren verkeerde conclusies hebben getrokken. Hij onderbouwt echter niet waarom zijn conclusies wel juist zouden zijn. De rechtbank concludeert dat de bestuurder onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat de boekhouding geen waarheidsgetrouw inzicht geeft in de vermogenspositie van de Vennootschap. Dit is naar het oordeel van de rechtbank geen onbelangrijk verzuim in de zin van artikel 2:248 BW. Derhalve staat vast dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.

Het is vervolgens aan de bestuurder om het vermoeden dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement te ontkrachten. Hij voert aan dat het faillissement is veroorzaakt door de inbeslagname van de handelsvoorraad en administratie, waardoor voortzetting van de onderneming van de Vennootschap niet meer mogelijk was. De bestuurder heeft echter, aldus de rechtbank, niet aannemelijk gemaakt dat de inbeslagname van de voorraad en de administratie niet is terug te voeren op onbehoorlijk bestuur. Het onbehoorlijke bestuur is juist de aanleiding voor inbeslagname geweest. De bestuurder heeft niet aannemelijk gemaakt dat de veroordelingen onterecht zijn.

Tot slot is het, anders dan de bestuurder betoogt, niet nodig om het hoger beroep in de strafzaak af te wachten om over de vordering van de curator te kunnen beslissen. Tevergeefs wijst de bestuurder daarbij naar de onschuldpresumptie. Dit beginsel geldt namelijk niet in een civielrechtelijke procedure, aldus de rechtbank.

De rechtbank oordeelt dan ook dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

A.L.M. van Rooij, juni 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 14-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:2329

Zaaknummer: C/08/285262 / HA ZA 22-313

Rechters: C.A. de Beaufort

Advocaten: F. Kolkman en A. Prascevic

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Vermunt q.q./N.R. Bouw B.V. c.s.

Een curator heeft een aantal (middellijk) bestuurders aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW. De curator stelt onder meer dat de boekhoudplicht is geschonden. De bestuurders hebben gesteld dat de curator kon beschikken over de volledige administratie.

Het hof 's-Hertogenbosch heeft zich aangesloten bij deze stelling. De advocaat van de bestuurders zou de curator erop hebben gewezen dat hij over de hele administratie zou beschikken en de curator heeft daarop niet gereageerd. Het hof wijst de vordering van de curator af. De Hoge Raad casseert de uitspraak van het hof in verband met een motiveringsgebrek, omdat uit de gedingstukken volgt dat de curator gemotiveerd heeft betoogd dat de administratie die hij had ontvangen niet volledig was.

Inleiding

Onderhavig arrest gaat over het faillissement van vennootschap [A] ('de Vennootschap'). Bestuurder en enig aandeelhouder van de Vennootschap is Holding. Verweerder 1 is bestuurder en enig aandeelhouder van Holding ('de Middellijk bestuurder'). Holding is daarnaast nog bestuurder en enig aandeelhouder van Verweester 3, N.R. Bouw B.V. c.s. ('Bouw'). De Middellijk bestuurder, Holding en Bouw ('Verweerders') worden door de curator van de Vennootschap aangesproken voor onbehoorlijk bestuur, mede naar aanleiding van een vermeende schending van de administratieplicht op grond van artikel 2:248 BW.

Procesverloop

De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. Het hof heeft dat vonnis bekrachtigd. Het hof heeft het betoog van de curator dat niet aan de administratieplicht is voldaan omdat de administratie op de datum van het faillissement niet was bijgewerkt, afgewezen. Het hof oordeelde dat de stellingen van de curator gemotiveerd zijn betwist en

naar het oordeel van het hof hebben Verweerders aan de hand van bescheiden aannemelijk gemaakt dat de curator kan beschikken over de volledige administratie van de failliete vennootschap. De advocaat van Verweerders heeft bij e-mail de curator erop gewezen dat hij over een volledige administratie kan beschikken. De curator heeft daarop niet gereageerd. Het hof neemt daarom aan dat de curator over een volledige administratie kon beschikken.

Hoge Raad

De curator klaagt in cassatie onder meer dat niet inzichtelijk is waarop het hof zijn oordeel heeft gebaseerd dat Verweerders aannemelijk hebben gemaakt dat de curator kan beschikken over de volledige administratie van de Vennootschap en dat onbegrijpelijk is dat het hof uit voornoemde e-mail en het uitblijven van een reactie van de curator daarop heeft afgeleid dat de curator over de volledige administratie kon beschikken.

De Hoge Raad oordeelt, contrair aan de conclusie van A-G Assink, dat de motiveringsklacht slaagt en overweegt dat de passages uit de gedingstukken waarop het onderdeel een beroep doet, niet anders kunnen worden begrepen dan dat de curator zowel in eerste aanleg als in hoger beroep gemotiveerd heeft betoogd dat de op 11 mei 2016 aangeleverde bijgewerkte administratie van de Vennootschap niet volledig was. Eveneens onbegrijpelijk is dat het hof uit een e-mail van de advocaat van Verweerders en het ontbreken van een reactie daarop van de curator, heeft afgeleid dat de curator over de volledige administratie van de Vennootschap kon beschikken.

De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

D.R.C. Smit, juni 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 16-06-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:925

Zaaknummer: 22/00050

Rechters: T.H. den Tanja-van Broek, S.J. Schaafsma en K. Teuben

Advocaten: I.M.A. Lintel en P.A. Fruytier

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder Drent Holding B.V./Klein q.q.

Twee bestuurders zijn door het hof veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan de curator wegens selectieve betaling op grond van artikel 6:162 BW, een zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering. Beide bestuurders gaan in cassatie, omdat zij menen dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden. De curator zou slechts onrechtmatig handelen jegens de vennootschap aan zijn vordering ten grondslag hebben gelegd en niet onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke schuldeisers. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand. Volgens de Hoge Raad had het hof uit de stellingen van de curator mogen afleiden dat hij met zijn vordering de boedel wilde herstellen en het te ontvangen bedrag wilde verdelen onder de schuldeisers en daarmee onmiskenbaar de bedoeling had het belang van de schuldeisers te behartigen.

Inleiding

In deze zaak vordert de curator van Drent Holding B.V. en Drent Goebel B.V. van hun bestuurders schadevergoeding vanwege transacties die zij kort voorafgaand aan de faillietverklaring namens Drent Holding zijn aangegaan met enkele gelieerde vennootschappen. Eiser in deze procedure is een van die bestuurders. Zijn medebestuurder is ook in de procedure in de feitelijke instanties betrokken, maar heeft afzonderlijk cassatieberoep ingesteld, waarin de Hoge Raad simultaan een vrijwel gelijklopend arrest heeft gewezen (HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:968). De Hoge Raad beantwoordt de vraag of de vorderingen van de curator konden worden begrepen als *Peeters/Gatzen*-vorderingen.

Feiten

Drent Holding is onder andere enig aandeelhouder van Drent Goebel. Zowel Drent Holding als Drent Goebel werden bestuurd door eiser en zijn medebestuurder. De medebestuurder is

de uiteindelijke belanghebbende van Drent Holding. De Drent-groep hield zich bezig met ‘*het ontwerpen, vervaardigen, reviseren en verkopen van machines in het bijzonder voor de grafische industrie*’. De bestuurders hebben de patenten van Drent Holding, die zij in het kader van die activiteiten hield, op 2 juli 2009 voor € 2 miljoen verkocht aan een Duitse vennootschap. De koopprijs is betaald op de bankrekening van Drent Holding bij KBC Bank, die geen zekerheidsrechten op de patenten had en het ontvangen bedrag heeft verrekend met haar vorderingen op de Drent-groep. Op 5 juli 2009 heeft de algemene vergadering van Drent Goebel besloten het faillissement van Drent Goebel aan te vragen. Kort nadien is op 22 september 2009 ook Drent Holding failliet verklaard met in 2014 benoeming van mr. Klein als (vervangend) curator. De curator meent dat de bestuurders van Drent Holding de aan hen opgedragen taak onbehoorlijk hebben vervuld door (onder andere) aan de beschreven transactie uitvoering te geven.

Procesverloop

De curator heeft zich voor zijn vorderingen primair gebaseerd op artikel 2:248 BW, subsidiair op artikel 2:9 BW en meer subsidiair op artikel 6:162 BW. Het petitum, dat in deze uitlegkwestie met name onder de loep ligt, sprak in verband met de vorderingen op de voet van artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW zowel in eerste aanleg als na beperkte eiswijziging in hoger beroep van aansprakelijkheid voor alle *door Drent Holding* geleden en te lijden schade (r.o. 2.2-2.3). Anders dan de rechtbank heeft het hof de beoordeling van de stellingen en vorderingen van de curator op grond van artikel 6:162 BW niet op een lijn gesteld met die op de voet van artikel 2:9 BW en heeft het deze zo begrepen dat zij mede waren gericht op onrechtmatig handelen van de bestuurders *jegens de gezamenlijke schuldeisers* (Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 1.1 (op het moment van schrijven (nog) niet gepubliceerd op www.rechtspraak.nl)). Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat de bestuurders wegens benadeling jegens de gezamenlijke schuldeisers aansprakelijk zijn door mee te werken aan de selectieve betaling van de bank in het zicht van faillissement, met de bedoeling de bank bereidwilliger te vinden om via nieuw op te richten of bestaande (groeps)vennootschappen een doorstart te financieren.

Hoge Raad

In cassatie is geklaagd dat het hof met zijn oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou zijn getreden door een *Peeters/Gatzen*-vordering toe te wijzen, terwijl die niet was ingesteld. De Hoge Raad heeft de conclusie van A-G Drijber van 18 november 2022 (ECLI:NL:PHR:2022:1076) niet gevolgd en heeft de klacht verworpen. Het verwijt dat aan de vorderingen van de curator op de voet van artikel 6:162 BW ten grondslag ligt, is dat de bestuurders hebben meegewerkt aan de selectieve betaling van de bank ten koste van de

andere schuldeisers. De dientengevolge geleden schade wordt immers door die andere schuldeisers geleden. Het hof heeft daarbij volgens de Hoge Raad klaarblijkelijk onderkend dat de curator met zijn vorderingen de boedel heeft willen herstellen om deze op rechtmatige wijze onder de schuldeisers te verdelen en daarmee onmiskenbaar de bedoeling gehad om het belang van de gezamenlijke crediteuren te behartigen (r.o. 3.3).

De onderhavige kwestie verschilt blijkens de conclusie van A-G Drijber (ECLI:NL:PHR:2022:1076, punt 4.26) in zoverre van het door de medebestuurder afzonderlijk ingestelde cassatieberoep, dat die medebestuurder uitdrukkelijk had aangevoerd dat de curator geen *Peeters/Gatzen*-vordering had ingesteld. Dat verschil heeft in de uitspraak van de Hoge Raad in de andere cassatieprocedure (ECLI:NL:HR:2023:968) weliswaar geleid tot een extra overweging aan het slot van r.o. 3.3, maar niet tot een andere uitkomst.

J.O. Bijloo, juli 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 23-06-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:967

Zaaknummer: 22/00110

Rechters: C.E. du Perron, H.M. Wattendorff en G.C. Makkink

Advocaten: A.H.M. van den Steenhoven, J.W.M.K. Meijer en G.J. Harryvan

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Conservatrix Group S.A.R.L./De Staat der Nederlanden

Deze zaak betreft een cassatieberoep tegen de tussenbeschikking van de OK in een schadeloosstellingsprocedure op grond van artikel 3:159ab lid 1 Wft (oud). In die tussenbeschikking gelast de OK een deskundigenbericht op basis waarvan moet worden vastgesteld wat de waarde van de aandelen van de gedwongen verkochte vennootschap is op de door de OK vastgestelde peildatum, als sprake zou zijn van een vrijwillige overname. Om te voorkomen dat het deskundigenbericht zal berusten op uitgangspunten die achteraf niet juist blijken te zijn, biedt de OK de mogelijkheid om aanstonds cassatieberoep in te stellen tegen de tussenbeschikking. Partijen maken daarvan gebruik en stellen principaal respectievelijk incidenteel cassatieberoep in. Beide cassatieberoepen worden, in lijn met de conclusie van A-G Assink, verworpen.

Achtergrond geschil en verloop procedure

Conservatrix N.V. ('Conservatrix') is een vennootschap die zich bezighield met levensverzekeringen. Vanwege een tekortschietende solvabiliteit, bepaalt de rechtbank Amsterdam op verzoek van De Nederlandsche Bank ('DNB') dat alle aandelen worden overgedragen aan Trier Holding B.V. ('Trier') tegen betaling van € 1 ('de Gedwongen Overdracht'). Hiertegen heeft de tot de overdracht gedwongen enig aandeelhouder van Conservatrix, Conservatrix Group S.A.R.L. ('Conservatrix Group'), tevergeefs geprocedeerd tot aan de Hoge Raad.

In een aparte procedure bij de OK vordert Conservatrix Group op grond van artikel 3:159ab Wft (oud) dat een aanvullende schadeloosstelling wordt vastgesteld, omdat volgens haar de waarde van de aandelen in Conservatrix aanzienlijk hoger was dan de door Trier betaalde prijs van € 1 (ECLI:NL:GHAMS:2021:2592, OR 2021-0381). De OK constateert dat er op de

peildatum twee scenario's mogelijk waren. Het eerste scenario betreft, kort gezegd, de discontinuïteit van Conservatrix ('het Liquidatiescenario') en het tweede scenario betreft een overname van Conservatrix door een derde die het Liquidatiescenario voorkomt door de solvabiliteit op het vereiste niveau te brengen ('het Overnamescenario'). De OK bepaalt dat voor het Overnamescenario drie deskundigen worden gevraagd of de aandelen op de peildatum een zodanige waarde vertegenwoordigen dat een redelijk handelend koper bereid zou zijn een prijs te betalen die hoger is dan € 1, en zo ja, wat dan de werkelijke waarde van de aandelen in Conservatrix was. Om te voorkomen dat het deskundigenbericht zal berusten op uitgangspunten die achteraf niet juist blijken te zijn, kan aanstonds cassatieberoep worden ingesteld tegen de tussenbeschikking. Conservatrix Group maakt hiervan gebruik en gaat in cassatie. De Staat der Nederlanden ('de Staat') dient een verweerschrift in en stelt tevens incidenteel cassatieberoep in, waartegen Conservatrix Group op haar beurt een verweerschrift indient.

Conclusie A-G en oordeel Hoge Raad

Het principale cassatieberoep van Conservatrix Group komt in de kern erop neer dat voornamelijk wordt opgekomen tegen de overwegingen van de OK die hebben geleid tot het oordeel dat het door Conservatrix Group voorgestelde going concern toekomstperspectief niet gevolgd wordt. Daarnaast komt Conservatrix Group op tegen overwegingen van de OK die volgens Conservatrix Group voortbouwen op dat oordeel inzake dit toekomstperspectief. In het incidentele cassatieberoep komt de Staat in essentie op tegen de overwegingen in de tussenbeschikking die betrekking hebben op de zelfstandige taak die de OK voor haarzelf vooropstelt en in het verlengde daarvan dat de OK daarbij niet gebonden zou zijn aan de standpunten van partijen. Daarnaast richt het cassatieberoep zich tegen de wijze waarop de OK het Liquidatiescenario en het Overnamescenario naast elkaar behandelt. Tot slot richt de Staat zich in zijn cassatieberoep tegen de overeenkomstige toepassing door de OK van de proceskostenregeling die geldt in het kader van Deel 6 Wft (art. 6:11 lid 4 Wft) in de onderhavige schadeloosstellingsprocedure op de voet van artikel 3:159ab Wft (oud).

De conclusie van A-G Assink strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep en het incidentele cassatieberoep. De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G Assink en verwijst ten aanzien van het principale cassatieberoep naar artikel 81 lid 1 RO. Ten aanzien van het incidentele cassatieberoep motiveert de Hoge Raad waarom de cassatiemiddelen van de Staat niet slagen. De OK heeft terecht beslist dat op grond van de Onteigeningswet moet worden aangenomen dat de vaste rechtspraak in het kader van de Onteigeningswet over de rol van de rechter bij de vaststelling van de schadeloosstelling evenzeer van toepassing is in de procedure tot vaststelling van aanvullende schadeloosstelling op de voet van artikel 3:159ab e.v. (oud) Wft. Omdat de onteigeningsrechter in een onteigeningsprocedure op

grond van de Onteigeningswet volgens vaste rechtspraak zelfstandig dient te onderzoeken welke schadevergoeding aan de onteigende toekomt en hij niet is gebonden aan het standpunt van partijen over de hoogte van de schadeloosstelling, gelden deze uitgangspunten aldus ook ten aanzien van de schadeloosstellingsprocedure.

Met betrekking tot de toepasselijkheid van Deel 6 Wft overweegt de Hoge Raad dat de wetgever bij de rechtsgang op grond van artikel 3:159ab Wft (oud) bewust heeft aangesloten bij de schadeloosstellingsregeling die geldt bij onteigeningen op grond van artikel 6:2 Wft. De Hoge Raad oordeelt dat het daarmee strookt de regeling ten aanzien van de kosten van het geding van artikel 6:11 lid 4 Wft overeenkomstig toe te passen in de procedure op de voet van artikel 3:159ab (oud) Wft, ook al wordt in laatstgenoemde bepaling niet expliciet verwezen naar artikel 6:11 lid 4 Wft.

De tussenbeschikking van de OK wordt bevestigd en beide partijen worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie.

A. El Allaoui, juli 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 02-06-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:839

Zaaknummer: 21/04858

Rechters: M.V. Polak, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock, A.E.B. ter Heide en F.R. Salomons

Advocaten: P.A. Fruytier, H. Boom en J.W.H. van Wijk

Wetsartikelen: 3:159ab lid 1 Wft (oud) en 6:11 lid 4 Wft