

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 15, 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:2023:823](#) 02-06-2023

Allgo Spaander B.V. c.s./Bestuurders

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:5653](#) 04-07-2023

Bestuurder/Curator van Stichting Infinity Ventures

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1395](#) 20-06-2023

Ontslag en bestuursverbod bestuurders Stichting Hulptroepen Alliantie

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1342](#) 25-05-2023

Enquête Marrobel B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:1580](#) 16-05-2023

European Pharmaceuticals International B.V./X Ventures B.V. c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:997](#) 04-04-2023

CSC (Netherlands) Holdings B.V./Gezamenlijke andere aandeelhouders van Intertrust B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:4754](#) 05-07-2023

Curator van The Flex Company B.V./Bestuurders

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:2522](#) 03-07-2023

Bestuurder/Stichting PCO Accrete c.s.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:3383](#) 29-06-2023

Ontslagen bestuurder/Scholengemeenschap voor voortgezet onderwijs

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:5678](#) 28-06-2023

Forum Group B.V./Voormalig aandeelhouder

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:1947](#) 03-05-2023

Post M&A litigation en vereenzelviging rechtspersoon

RECHTSPRAAK

Enquête Marrobel B.V.

OK; enquête. Deze beschikking ziet op een verzoek van voormalige bestuurders van een vennootschap tot ontheffing van de door de OK benoemde onderzoeker en tot benoeming van een nieuwe onderzoeker. De redenen die zij daarvoor aandragen zouden blijken uit het concept van het verslag van de uitkomst van het onderzoek, waaruit de verzoekers citeren. De OK verwijt de verzoekers dat zij met dit laatste de geheimhoudingsplicht van artikel 2:351 lid 4 BW hebben geschonden. Bovendien zijn er geen aanwijzingen dat de onderzoeker onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld of dat naar objectieve maatstaven voldoende gronden bestaan voor twijfel aan zijn onpartijdigheid. Verzoekers kunnen hun commentaar op het conceptverslag aanleveren en de onderzoeker kan dit nog verwerken in het definitieve verslag. Of en in hoeverre de onderzoeker op de juiste wijze met het commentaar is omgegaan en zal omgaan, kan aan de hand van het definitieve verslag in een eventuele tweedefaseprocedure worden bediscussieerd. De OK wijst het verzoek tot ontheffing af.

Geschil

Begin 2020 heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Marrobel B.V. ('Marrobel'). Zie voor de feiten en de beschikking OR 2020-0051. Aanleiding tot het onderzoek waren met name gedragingen van een bestuurder van Marrobel (in bovengenoemde samenvatting aangeduid als 'de beheerder'), die bovendien namens Marrobel een managementovereenkomst sloot met Natuurbouw Realisatie B.V. ('Natuurbouw'). In die overeenkomst is bepaald dat Natuurbouw het (mede)bestuur over Marrobel voert tegen een vergoeding. De zoon van de beheerder is enig aandeelhouder en bestuurder van Natuurbouw. De OK oordeelde in 2020 onder meer dat bij meerdere rechtshandelingen sprake is geweest van een tegenstrijdig belang van de beheerder, dat onduidelijke betalingen zijn gedaan en dat

de vennootschap onder de bestuursperiode van de beheerder geen behoorlijke administratie voerde.

De door de OK aangestelde onderzoeker heeft inmiddels het onderzoek afgerond en het verslag van de uitkomst van het onderzoek in concept aan partijen toegestuurd.

Natuurbouw, diens bestuurder en de beheerder (gezamenlijk: 'Natuurbouw c.s.') verzoeken daaropvolgend de OK de onderzoeker uit zijn functie te ontheffen en een andere onderzoeker te benoemen. Zij voeren aan dat de onderzoeker onvoldoende aandacht besteedt aan en onvoldoende respondeert op de namens hen aangevoerde standpunten en ingediende stukken, wat bovendien blijkt geeft van partijdigheid. Marrobel en de onderzoeker verzoeken de OK het verzoek af te wijzen en Natuurbouw c.s. te veroordelen in de volledige proceskosten.

Beslissing

De OK doet mondeling uitspraak. De OK weegt mee dat Natuurbouw c.s. de geheimhoudingsplicht van artikel 2:351 lid 4 BW ten onrechte hebben geschonden door in hun verzoek te citeren uit het conceptverslag en het conceptverslag bij het verzoek over te leggen. Naleving van de geheimhoudingsplicht is van groot belang om te voorkomen dat een onjuist verslag openbaar wordt, aldus de OK.

De OK oordeelt dat er geen aanwijzingen zijn dat de onderzoeker onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld of dat naar objectieve maatstaven voldoende gronden bestaan voor twijfel aan zijn onpartijdigheid. Een onderzoeker heeft een grote mate van vrijheid het onderzoek naar eigen inzicht in te richten en uit te voeren. Steeds bepalend is hetgeen in de gegeven omstandigheden van een bekwaam en redelijk handelend onderzoeker mag worden verwacht (zie ook Hof Amsterdam (OK) 6 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1019, OR 2022-0099). Het staat de onderzoeker in dat kader vrij te beslissen welke stukken hij bij zijn onderzoek betreft en in hoeverre hij commentaar van een partij in het verslag verwerkt. Dat de onderzoeker relevante stukken ten onrechte niet in zijn onderzoek zou betrekken of zou weigeren daarvan kennis te nemen, is de OK niet gebleken. De onderzoeker verwerkt het door partijen gegeven commentaar waar nodig in het definitieve verslag. Of en in hoeverre de onderzoeker op de juiste wijze met het commentaar is omgegaan en zal omgaan, kan aan de hand van het definitieve verslag in een eventuele tweedefaseprocedure worden bediscussieerd.

De OK wijst het verzoek tot ontheffing van de onderzoeker uit zijn functie af. De OK oordeelt voorts dat de hoge drempel voor een volledige proceskostenveroordeling niet wordt gehaald. De OK veroordeelt Natuurbouw c.s. in de proceskosten conform het liquidatietarief.

K.H. Boonzaaijer, juli 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1342

Zaaknummer: 200.263.544/02 OK

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

Advocaten: B.W. Brouwer, H.R. Pleiter en J.A.A. van der Weijst

Wetsartikelen: 2:351 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Ontslagen bestuurder/Scholengemeenschap voor voortgezet onderwijs

Een bestuurder van een stichting wordt als bestuurder en werknemer ontslagen. Zij heeft zich echter ziek gemeld, direct na de ontvangst van de uitnodiging voor de vergadering waarop het ontslag was geagendeerd. Zij stelt dat zij al voorafgaand aan de ziekmelding daadwerkelijk ziek was en dat het opzegverbod tijdens ziekte dus van toepassing is. In de uitspraak staat de vraag centraal of het ontslagbesluit (dat arbeidsrechtelijk gezien als opzeggingshandeling fungeert) tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst mag leiden of dat de bestuurder wordt beschermd door het opzegverbod tijdens ziekte. De rechtbank oordeelt dat het voor rekening en risico van de bestuurder komt dat zij zich niet eerder heeft ziek gemeld, omdat de stichting hierdoor de kans is ontnomen om een oordeel van de bedrijfsarts te vragen voorafgaand aan het versturen van de uitnodiging. Het arbeidsrechtelijk ontslag is daarom een gegeven, maar de stichting heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij een redelijke grond had om tot ontslag van de bestuurder over te gaan, nu het ontslag niet op basis van zorgvuldig onderzoek tot stand is gekomen. Aan de bestuurder komt om die reden een billijke vergoeding toe.

Feiten

Verzoekster ('de Bestuurder') is in 2017 door de raad van toezicht ('RvT') benoemd als voorzitter van het college van bestuur van verweerster, een stichting en scholengemeenschap, ('de Stichting') en per diezelfde datum in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst. De Bestuurder heeft in 2020 een cultuuronderzoek laten uitvoeren naar

de afdeling Bedrijfsvoering, waaruit blijkt dat op deze afdeling sprake is van een verwaarloosde organisatie. In 2021 laat de RvT aan de Bestuurder weten dat zij signalen heeft ontvangen vanuit de organisatie die zich richten tegen de Bestuurder, waarover de RvT met de Bestuurder in gesprek is gegaan. In 2022 ontstaat een conflict tussen de Bestuurder en twee locatiedirecteuren, wat resulteert in officiële waarschuwingen van de Bestuurder aan de directeuren. De RvT besluit vervolgens dat verandering moet plaatsvinden op bestuursniveau, met als opties dat de Bestuurder vrijwillig terugtreedt of dat zij door de RvT wordt geschorst. Uiteindelijk wordt de Bestuurder tijdens de vergadering van 5 oktober 2022 ontslagen. Op 29 november 2022 oordeelt de bedrijfsarts dat de Bestuurder sinds 26 september 2022 volledig arbeidsongeschikt is op medische gronden. De Bestuurder verzoekt de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen wegens strijdigheid met het opzegverbod tijdens ziekte.

De Bestuurder beroept zich op het opzegverbod tijdens ziekte ex artikel 7:670 BW en stelt dat in strijd daarmee is opgezegd en vordert vernietiging van de opzegging. Vast staat dat de Bestuurder zich op 26 september 2022, na ontvangst van de uitnodiging voor de vergadering waarop haar ontslag stond geagendeerd, heeft ziek gemeld bij werkgeefster. De Bestuurder stelt dat zij zich weliswaar pas op 26 september 2022 heeft ziek gemeld, maar dat zij al sinds april 2022 daadwerkelijk ziek is en het opzegverbod tijdens ziekte dus van toepassing is.

Oordeel

De rechtbank oordeelt als volgt. Op grond van de zogeheten ‘15-april-arresten’ (ECLI:NL:HR:2005:AS2030 en ECLI:NL:HR:2005:AS2713) leidt een rechtsgeldig ontslag van een statutair bestuurder uit zijn vennootschapsrechtelijke positie als regel ook tot opzegging van zijn arbeidsovereenkomst. Sinds invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR) valt ook de stichtingsbestuurder onder de reikwijdte van de 15-april-arresten. Wel geldt onverkort het opzegverbod tijdens ziekte. Sinds het *Levison/MAB*-arrest (ECLI:NL:HR:1992:ZCo761) is duidelijk dat dit opzegverbod ook van toepassing is op bestuurders die werkzaam zijn op grond van een arbeidsovereenkomst met de rechtspersoon waarvan zij bestuurder zijn.

Met de Stichting is de rechtbank van oordeel dat de Bestuurder geen beroep op het opzegverbod tijdens ziekte toekomt. De Bestuurder heeft zich pas na ontvangst van de uitnodiging ziek gemeld. Vervolgens is de Bestuurder op 29 november 2022 bij de bedrijfsarts geweest en de bedrijfsarts heeft geoordeeld dat de Bestuurder volledig arbeidsongeschikt is vanaf september 2022. Het is niet aan de rechtbank om een oordeel te geven over de mogelijke arbeidsongeschiktheid van de Bestuurder van voor de datum waarop de bedrijfsarts is ingeschakeld. Dat de Bestuurder zich niet eerder ziek heeft gemeld, komt onder deze omstandigheden voor haar rekening en risico, omdat de Stichting hierdoor de kans is

ontnomen om een oordeel van de bedrijfsarts te vragen vóór 26 september 2022. Dat betekent eveneens dat daarmee het arbeidsrechtelijk ontslag een gegeven is. De arbeidsovereenkomst is dan ook per 1 februari 2023 geëindigd.

De Stichting heeft naar het oordeel van de rechtbank echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij een redelijke grond had om tot ontslag van de Bestuurder over te gaan, nu het ontslag niet op basis van zorgvuldig onderzoek tot stand is gekomen. Dat betekent dat de opzegging in strijd is met artikel 7:669 BW en daarmee het ernstig verwijtbaar handelen van de RvT is gegeven. Aan de Bestuurder komt om die reden een billijke vergoeding toe.

Redactie, juli 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 29-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:3383

Zaaknummer: C/16/555101 / HL RK 23-16 BW 4890

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: L.G. Hirdes, F.B.A.M. van Oss en M.H. Bouma

Wetsartikelen: 7:682 lid 1 sub a, 7:670 BW, 7:682 lid 3 BW en 7:669 BW

RECHTSPRAAK

Forum Group B.V./Voormalig aandeelhouder

Een vennootschap neemt het aandelenbelang van een aandeelhouder in een van haar dochtervennootschappen over. In de koopovereenkomst is onder meer een non-concurrentiebeding opgenomen. De vennootschap vordert in de onderhavige procedure betaling van contractuele boetes op grond van schending van het non-concurrentiebeding in de koopovereenkomst. De rechtbank oordeelt echter dat het beding niet is geschonden, nu de gedragingen niet kwalificeren als concurrerende activiteit.

Feiten

Forum Group B.V. ('Forum') is een vennootschap met diverse dochtervennootschappen die zich bezighouden met het leveren van diensten en geven van advies in de luchtvaartsector. Forum voert werkzaamheden uit voor het ministerie van Defensie. Gedaagde ('de Oud-aandeelhouder') en de bestuurder van Forum hebben jarenlang met elkaar samengewerkt. De Oud-aandeelhouder was werkzaam voor Forum en de dochtervennootschappen en bezat aandelen in een van de vennootschappen. Partijen hebben hun samenwerking beëindigd nadat hun onderlinge verhouding was verslechterd. Op grond van een koopovereenkomst heeft de Oud-aandeelhouder zijn aandelenbelang aan Forum eind 2019 verkocht en overgedragen. In de koopovereenkomst is onder meer een non-concurrentiebeding opgenomen.

De Oud-aandeelhouder heeft enkele dagen na ingaan van de koopovereenkomst een bezoek gebracht aan Valkyrie Aero LLC ('Valkyrie'), een leverancier en zakelijke relatie van Forum. Verder is de Oud-aandeelhouder sinds zijn vertrek bij Forum werkzaam geweest voor JetSupport Holding B.V. ('JetSupport'). JetSupport heeft in 2021 deelgenomen aan een onderhandse aanbestedingsprocedure van Defensie Materieel Organisatie (onderdeel van het ministerie van Defensie) onder de naam 'Exercise Nighthawk' en heeft deze opdracht gegund gekregen.

Forum vordert betaling van contractuele boetes op grond van schending van het non-concurrentiebeding in de koopovereenkomst.

Oordeel

Partijen zijn het erover eens dat de gedragingen van de Oud-aandeelhouder onder het non-concurrentiebeding vallen als aan de volgende twee voorwaarden is voldaan, namelijk (i) de gedragingen moeten concurrerend zijn met of gelijk zijn aan de huidige activiteiten van de (klein)dochtervennootschappen van Forum en (ii) deze activiteiten moeten worden ontplooid voor de huidige klanten van de (klein)dochtervennootschappen van Forum.

De vraag is of het bezoek van de Oud-aandeelhouder aan Valkyrie in november 2019 een concurrerende gedraging is in de zin van de eerste voorwaarde van het non-concurrentiebeding. De rechtbank stelt voorop dat tussen partijen geen relatiebeding is overeengekomen en dat het de Oud-aandeelhouder dus vrijstond om Valkyrie te bezoeken. Forum baseert haar verwijt aan de Oud-aandeelhouder op haar overtuiging dat de Oud-aandeelhouder Valkyrie wel moet hebben geadviseerd, omdat Valkyrie (volgens Forum) na het bezoek van de Oud-aandeelhouder heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure voor Airborne. Die overtuiging van Forum is echter niet met concrete feiten onderbouwd, zodat dit onderdeel van de vordering van Forum wordt afgewezen.

Forum stelt zich verder op het standpunt dat de Oud-aandeelhouder – door deelname aan Exercise Nighthawk – een concurrerende activiteit heeft ontplooid, omdat Forum en haar (klein)dochtervennootschappen al jaren vergelijkbare of dezelfde werkzaamheden uitvoeren voor het ministerie van Defensie. De rechtbank is echter van oordeel dat de Oud-aandeelhouder het concurrentiebeding door zijn deelname niet heeft overtreden, omdat Forum onvoldoende heeft onderbouwd dat zij zich bezighield met de voor Exercise Nighthawk vereiste activiteiten.

Omdat de vorderingen van Forum op grond van het voorgaande moeten worden afgewezen nu niet is voldaan aan de eerste voorwaarde van het non-concurrentiebeding, hoeft de rechtbank niet te oordelen over de standpunten van partijen over de vraag of voldaan is aan de tweede voorwaarde van het non-concurrentiebeding en over de hoogte van de gevorderde boete (of matiging daarvan).

De Oud-aandeelhouder vordert in reconventie een verklaring voor recht dat het door Forum verspreiden van onjuiste informatie over de Oud-aandeelhouder om zijn eer en goede naam te schaden, onrechtmatig is. De rechtbank wijst deze vordering van de Oud-aandeelhouder echter af, omdat hij onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het handelen van Forum tot blijvende schade heeft geleid.

Redactie, juli 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:5678

Zaaknummer: C/10/646417 / HA ZA 22-841

Rechters: Th. Veling, J.B. Smits en J.M.J. Arts

Advocaten: E.L. Steenis en E. Bregonje

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:24b BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder/Stichting PCO Accrete c.s.

Een bestuurder van twee stichtingen wordt door de raad van toezicht ontslagen als werknemer en geschorst van zijn positie als bestuurder. De bestuurder vordert in kort geding de schorsing van de ontslag- en schorsingsbesluiten en wedertewerkstelling. De voorzieningenrechter oordeelt dat de ontslagbesluiten in de bodemprocedure waarschijnlijk deels nietig, deels vernietigbaar zullen blijken te zijn. Daarom worden de ontslagbesluiten geschorst en moet de bestuurder weer worden toegelaten tot zijn werkzaamheden.

Feiten

Eiser ('de Bestuurder') is sinds 2001 werkzaam als algemeen directeur van de Vereniging Accrete Onderwijs, die later werd omgezet in de Stichting PCO Accrete ('Accrete Onderwijs'). Hij bekleedt ook de functie van voorzitter van het college van bestuur van Accrete Onderwijs en van Stichting Protestants Christelijke Kinderopvang Accrete ('Accrete Kinderopvang', en gezamenlijk: 'Accrete'). Hoewel beide organisaties voor onderwijs en kinderopvang afzonderlijke rechtspersonen zijn, functioneren ze praktisch gezien als één geïntegreerde organisatie. Beide stichtingen hebben dezelfde raad van toezicht ('RvT'), nu bestaande uit vijf leden.

Er is op enig moment een conflict ontstaan tussen de Bestuurder en de RvT over de beloning die de Bestuurder ontvangt van een andere organisatie die bij Accrete is ondergebracht, Stichting Peuterspeelzalen Steenwijkerland ('SPS'). De RvT heeft op 16 mei 2023 besloten tot schorsing en ontslag van de Bestuurder als statutair bestuurder van beide stichtingen. Het ontslag gaat in op 1 juli 2023. De arbeidsovereenkomst tussen de Bestuurder en Accrete Onderwijs is opgezegd tegen 1 september 2023. Met Accrete Kinderopvang bestaat geen arbeidsovereenkomst. De schorsing betekent dat de Bestuurder in de periode vanaf 16 mei 2023 zijn taken niet meer mag uitvoeren.

In kort geding vraagt de Bestuurder onder meer om schorsing van de ontslag- en

schorsingsbesluiten en wedertewerkstelling. Verder vordert hij de schorsing van een aantal leden van de RvT en een verbod aan de overige leden van de RvT om besluiten te nemen over zijn rechtspositie zolang in de bodemprocedure niet is geoordeeld over de rechtsgeldigheid van de besluiten.

Oordeel

De voorzieningenrechter oordeelt dat de ontslagbesluiten van 16 mei 2023, die gebaseerd zijn op het verschil van inzicht tussen de Bestuurder en de RvT over zijn beloning vanuit SPS, waarschijnlijk geen stand zullen houden in de bodemprocedure.

De RvT heeft niet aangetoond dat Accrete Onderwijs ernstig is geschaad door het conflict tussen de Bestuurder en de RvT zoals haar statuten voor een schorsings- en ontslagbesluit eisen. De geschilpunten tussen partijen hebben geen betrekking op de dagelijkse gang van zaken binnen de organisatie, de voortgang van het onderwijs en de kinderopvang, de financiële positie van Accrete en de aansturing door de Bestuurder van de medewerkers van Accrete. Daaruit volgt dat in dit kort geding met voldoende waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat het ontslagbesluit op grond van artikel 2:14 lid 1 BW nietig is. Daarom worden de ontslagbesluiten geschorst en moet de Bestuurder weer worden toegelaten tot zijn werkzaamheden.

Er bestaat geen arbeidsovereenkomst tussen de Bestuurder en Accrete Kinderopvang. Voorshands mag worden aangenomen dat in de bodemprocedure de toetsing van het besluit tot ontslag van de Bestuurder als bestuurder van Accrete Kinderopvang niet beperkt zal blijven tot de wijze van totstandkoming ervan, maar ook inhoudelijk zal worden getoetst. De voorzieningenrechter acht het waarschijnlijk dat dit ontslagbesluit vernietigd zal worden op grond van artikel 2:15 lid 1 BW jo. artikel 2:8 lid 1 BW op basis van dezelfde overwegingen als hiervoor. Bij wijze van voorlopige voorziening schorst de voorzieningenrechter ook dit ontslagbesluit.

Het conflict tussen de Bestuurder en de RvT vormt geen belemmering voor zijn wedertewerkstelling. De voorzieningenrechter beveelt de RvT om een bericht te verspreiden onder alle medewerkers van Accrete en andere betrokkenen om hen op de hoogte te stellen van de wedertewerkstelling van de Bestuurder.

De vordering tot schorsing van drie specifieke leden van de RvT wordt afgewezen omdat zij niet gedagvaard zijn. Verder wordt het verbod om nieuwe besluiten te nemen ten aanzien van de Bestuurder niet opgelegd, omdat dit onpraktisch kan zijn in situaties waarin andere besluiten noodzakelijk of wenselijk zijn.

Redactie, juli 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 03-07-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:2522

Zaaknummer: C/o8/297200 / KG ZA 23-100

Rechters: C.H. de Haan

Advocaten: A.J.D. Bekius en mr. dr. M.P. Korevaar

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:14 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

**European Pharmaceuticals International B.V./X Ventures
B.V. c.s.**

De drie aandeelhouders van een vennootschap krijgen onenigheid over het aantrekken van (extern) kapitaal. Als twee aandeelhouders het faillissement van de vennootschap initiëren, stelt de derde aandeelhouder hen aansprakelijk. De derde aandeelhouder stelt dat de overige twee aandeelhouders, waaronder een bestuurder, onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld door opzettelijk het faillissement van de vennootschap te bewerkstelligen, met als doel na het faillissement met een andere investeerder een doorstart te kunnen maken. In eerste instantie wordt de vordering deels toegewezen. In hoger beroep wordt de vordering afgewezen en is de derde aandeelhouder gehouden tot terugbetaling van het bedrag dat hij uit hoofde van het vonnis in eerste aanleg heeft ontvangen. Het hof overweegt dat sprake is van afgeleide schade, die slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien jegens de aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden, wat in casu het geval had kunnen zijn indien sprake was van opzet gericht op benadeling van de desbetreffende aandeelhouder. Het hof oordeelt echter dat daarvan geen sprake is geweest en dat de aandeelhouder geen poging heeft gedaan uit de impasse te komen. Het beroep van de aandeelhouder op artikel 6:162 BW en op de artikelen 2:8, 2:201 lid 2 en 2:246 BW faalt dan ook.

Achtergrond en procedure in eerste aanleg

European Pharmaceuticals International B.V. ('EPI'), [X Ventures B.V.] ('X Ventures') en

[X Investments B.V.] ('X Investments') zijn de aandeelhouders in MyHealthCares B.V. ('MHC'). De aandelenverhouding bedraagt respectievelijk 70% en tweemaal 15%. Gezamenlijk bevoegde bestuurders van MHC zijn een aandeelhouder-bestuurder van EPI en X Ventures; de dagelijkse leiding was in handen van de aandeelhouder-bestuurder van X Ventures. Na enige tijd raken de aandeelhouders met elkaar in conflict over nieuw aan te trekken kapitaal ten behoeve van MHC. In eerste instantie is het de bedoeling dat het kapitaal wordt verstrekt door de (middellijk) aandeelhouders en later, als een impasse ontstaat, door een externe investeerder. Na verschillende aanvragen tot faillietverklaring, die enkele keren wordt voorkomen door betaling of door intrekking van het faillissementsverzoek, wordt het faillissement van MHC uiteindelijk alsnog uitgesproken.

In eerste aanleg vordert EPI een verklaring voor recht dat X Ventures, X Investments en hun (middellijk) aandeelhouders ('X Ventures c.s.') onrechtmatig jegens EPI hebben gehandeld door opzettelijk het faillissement van MHC te bewerkstelligen, met als doel zich op die manier te ontdoen van EPI als aandeelhouder en na het faillissement met een andere investeerder een doorstart te kunnen maken. Daarnaast vordert EPI dat X Ventures c.s. hoofdelijk worden veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding als gevolg van dit onrechtmatig handelen.

In eerste aanleg oordeelt de rechtbank dat X Ventures als middellijk bestuurder actief heeft geprobeerd het faillissement van MHC te bewerkstelligen, met als oogmerk zich te kunnen ontdoen van EPI als aandeelhouder van MHC en daarmee de weg vrij te maken voor een nieuwe investeerder/logistieke partner. De rechtbank oordeelt dat X Ventures en haar bestuurder daarvoor hoofdelijk aansprakelijk zijn. Omdat X Ventures en haar bestuurder hierbij in groepsverband met X Investments hebben opgetrokken, komt de rechtbank tot het oordeel dat ook X Investments hoofdelijk aansprakelijk is. Ten aanzien van de overige middellijk bestuurders wordt de vordering afgewezen.

Hoger beroep

EPI stelt tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep in en voert een aantal grieven aan. Deze grieven komen erop neer dat de overige bestuurders ten onrechte niet ook zijn veroordeeld tot schadevergoeding en dat de rechtbank ten onrechte is meegegaan in het beroep door X Ventures c.s op eigen schuld van EPI.

X Ventures c.s. stellen incidenteel hoger beroep in en concluderen tot afwijzing van de vorderingen van EPI.

Bij beoordeling van de vraag of onrechtmatig jegens EPI is gehandeld, stelt het hof voorop dat aan één of meer aandeelhouders van een vennootschap in beginsel niet een vordering

toekomt tot vergoeding van schade bestaande uit vermindering van de waarde van hun aandelen of gemiste koerswinst die het gevolg is van een tekortkoming of onrechtmatige gedraging jegens de vennootschap. Om van onrechtmatig handelen tegen de aandeelhouders te kunnen spreken, zijn – aldus het hof – bijkomende omstandigheden vereist, zoals het opzet om die aandeelhouder aldus te benadelen.

Het hof komt tot het oordeel dat de bestuurders van X Ventures en X Investments niet kan worden verweten dat zij met elkaar hebben gesproken over de voorliggende scenario's en dat zij zonder (de bestuurder van) EPI met een externe investeerder hebben gesproken zonder EPI daarover te hebben geïnformeerd. Onder verwijzing naar onderlinge correspondentie en een beschrijving van de feitenconstellatie, komt het hof tot het oordeel dat X Ventures c.s. niet kan worden verweten dat zij hun zoektocht naar een nieuwe investeerder hebben voortgezet en dat zij gesprekken met potentieel nieuwe logistieke partners zonder EPI hebben gevoerd.

Dat de zoektocht naar een investeerder en een doorstart zonder EPI door het faillissement van MCH wellicht makkelijker zou zijn omdat EPI dan niet zou hoeven worden uitgekocht, is naar het oordeel van het hof onvoldoende om van opzet gericht op benadeling van EPI te kunnen spreken. De bestuurder van EPI heeft naar het oordeel van het hof geen poging gedaan om uit de impasse te komen, noch als bestuurder van MHC noch als (bestuurder) van aandeelhouder EPI. Dat de bestuurders van X Ventures en X Investments jegens EPI geen specifieke zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden, maakt dat ook het beroep van EPI op de artikelen 2:8, 2:201 lid 2 en 2:246 BW faalt, aldus het hof. De vorderingen van EPI worden daarom afgewezen. De vordering van X Investments tot terugbetaling van hetgeen zij op basis van het bestreden vonnis reeds heeft betaald, wijst het hof toe. Tot slot wordt EPI veroordeeld in de kosten van het geding.

A. El Allaoui, juli 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:1580

Zaaknummer: 200.300.045/01

Rechters: N.W.M. van den Heuvel, A.C. van Campen en P.V. Eijsvoogel

Advocaten: E.A. Buziau en A.J.K. Fluit

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:201 lid 2 BW en 2:246 BW

RECHTSPRAAK

CSC (Netherlands) Holdings B.V./Gezamenlijke andere aandeelhouders van Intertrust B.V.

OK; uitkoop. Een vennootschap heeft via een biedingsbericht een openbaar bod uitgebracht op alle uitstaande gewone aandelen van een beurs-NV voor een bedrag van € 20 per aandeel. In het biedingsbericht is onder meer toegelicht dat en op welke wijze na afloop van de na-aanmeldingstermijn een herstructurering zal plaatsvinden. De nieuwe aandeelhouder verkrijgt vervolgens alle activa en passiva van de nv. De aandeelhouder is de koopprijs voor de aandelen schuldig gebleven en heeft daarvoor een schuldbekentenis verstrekt aan de nv. De aandeelhouder start een uitkoopprocedure waarin zij stelt te beschikken over ten minste 95% van het geplaatste kapitaal en van de stemrechten. Zij vordert op grond van artikel 2:201a BW overdracht van de aandelen van de overige aandeelhouders voor een prijs van € 20 per aandeel. De OK wijst de vordering toe omdat uit de overgelegde stukken kan worden vastgesteld dat de aandeelhouder inderdaad ten minste 95% van het geplaatste kapitaal verschaft en ten minste 95% van de stemrechten kan uitoefenen. Daarnaast overweegt de OK dat de overige aandeelhouders niet hebben aangetoond ernstige stoffelijke schade te zullen lijden bij de overdracht van de aandelen. Tot slot stelt de OK de biedprijs vast op een bedrag van € 20 per aandeel omdat de biedprijs ten tijde van de betaalbaarstelling van het bod ten minste gelijk was aan de waarde van de gewone aandelen.

Achtergrond en verloop van de procedure

CSC (Netherlands) Holdings B.V. ('CSC') is op 11 februari 2022 opgericht als *special purpose*

vehicle om een openbaar bod uit te brengen op alle uitstaande gewone aandelen (de 'Gewone Aandelen') van Intertrust B.V. ('Intertrust'). CSC is een (indirecte) 100%-dochtervennootschap van Corporation Service Company, gevestigd in Delaware, Verenigde Staten. De CSC-groep levert onder meer zakelijke en gespecialiseerde administratiediensten aan onder andere vermogensbeheerders, kapitaalmarktdeelnemers en bedrijven.

Intertrust is op 8 september 2014 opgericht als een naamloze vennootschap en is een Nederlands trust- en ondernemingsbeheerbedrijf dat gespecialiseerde administratiediensten levert. De Gewone Aandelen waren genoteerd aan Euronext Amsterdam.

CSC heeft via een biedingsbericht een openbaar bod uitgebracht als bedoeld in artikel 5:74 Wft op alle uitstaande Gewone Aandelen. De biedprijs bedroeg € 20 per Gewoon Aandeel betaalbaar in contanten, zonder betaling van rente en onder aftrek van enige toepasselijke belasting.

In het biedingsbericht staat onder meer toegelicht dat en op welke wijze na afloop van de na-aanmeldingstermijn een herstructurering (*asset sale*) zal plaatsvinden. Verder staat in het biedingsbericht opgenomen dat op de dag waarop het openbaar bod werd uitgebracht, leden van de raad van bestuur en de raad van commissarissen van Intertrust gezamenlijk in totaal ongeveer 0,43% van het geplaatste kapitaal verschaffen en dat zij zich onherroepelijk hebben gecommitteerd de door hen gehouden Gewone Aandelen onder het door CSC uit te brengen bod aan te bieden. Het biedingsbericht vermeldt tevens dat Intertrust ongeveer 0,59% van de Gewone Aandelen in haar eigen kapitaal houdt.

Bij persbericht van 14 november 2022 hebben CSC en Intertrust bekendgemaakt dat CSC na het openbaar bod circa 99,40% van het geplaatste kapitaal zal gaan houden en dat 15 november 2022 de dag van finale betaalbaarstelling is.

Op 16 november 2022 hebben CSC en Intertrust een *asset sale agreement* ondertekend. Op basis daarvan verkreeg CSC op 16 november 2022 alle activa en passiva van Intertrust, waaronder het enige uitstaande aandeel in het kapitaal van Intertrust Group B.V., tegen een koopprijs van circa € 1,8 miljard, zijnde een bedrag gelijk aan de biedprijs vermenigvuldigd met het aantal op dat moment uitstaande Gewone Aandelen. CSC is de koopprijs schuldig gebleven en heeft daarvoor aan Intertrust een schuldbekentenis voor eenzelfde bedrag verstrekt.

Op 16 november 2022 zijn de statuten van Intertrust gewijzigd, als gevolg waarvan:

- (i) Intertrust werd omgezet van een naamloze vennootschap in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, (ii) 'Klasse B Aandelen' als nieuwe klasse aandelen in het kapitaal van Intertrust werden geïntroduceerd en (iii) het bestuur van Intertrust het exclusief

bevoegde orgaan werd om Gewone Aandelen en Klasse B Aandelen uit te geven en het bestuur onderscheid kon maken tussen Gewone Aandelen en Klasse B Aandelen in het kader van een dividenduitkering.

Vervolgens heeft Intertrust op 16 november 2022 één Klasse B Aandeel aan CSC uitgegeven op grond van een '*Deed of issuance of Class B Share against contribution of Ordinary Shares*' tegen inbreng van alle door CSC gehouden Gewone Aandelen, die op 17 november 2022 aan Intertrust zijn geleverd.

Op 16 november 2022 is vervolgens een '*Deed of issuance of Class B Shares by set off against the share premium reserve*' verleden, waarmee Intertrust de Klasse B Aandelen heeft uitgegeven aan CSC bij wijze van verrekening van een deel van de agioreserve, aangehouden door Intertrust voor de Klasse B Aandelen.

Op 16 november 2022 heeft het bestuur van Intertrust besloten tot uitkering van de schuldbekentenis van 99,40% van de koopprijs van de Gewone Aandelen aan CSC conform artikel 2:216 BW. Op 18 november 2022 is aan dit besluit uitvoering gegeven door de vordering van Intertrust op CSC onder de schuldbekentenis te cederen aan CSC, als gevolg waarvan deze vordering is tenietgegaan door vermenging in de zin van artikel 6:161 BW.

CSC en Intertrust vorderen onder meer dat de gezamenlijke overige aandeelhouders van Intertrust op grond van artikel 2:201a BW door de OK worden veroordeeld het onbezwaarde recht op de door ieder van hen gehouden Gewone Aandelen aan CSC over te dragen voor een door de OK vast te stellen prijs van € 20 per aandeel.

Beoordeling OK

CSC en Intertrust hebben ter ondersteuning van hun stelling dat CSC op 21 november 2022, voor eigen rekening 89.806.955 Klasse B Aandelen hield en daarmee 95% van het kapitaal in Intertrust verschaft en ten minste 95% van de stemrechten in de algemene vergadering van Intertrust kan uitoefenen de volgende documenten ingebracht: (i) de doorlopende tekst van de statuten waaruit blijkt dat het maatschappelijk kapitaal van Intertrust bestaat uit Gewone Aandelen en Klasse B Aandelen en dat elk gewoon aandeel of Klasse B Aandeel recht geeft op het uitbrengen van een stem, (ii) een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel betreffende Intertrust met het geplaatst kapitaal, (iii) een kopie van het aandeelhoudersregister van Intertrust waaruit blijkt wat het volgestorte en geplaatste kapitaal is van Intertrust, verdeeld in Gewone Aandelen en Klasse B Aandelen en (iv) de verklaring van de notaris met een kopie van het '*Post Acceptance Tender Report*' van ABN AMRO waarin staat dat er in totaal 89.806.955 zijn aangeboden aan CSC tegen betaling van de biedprijs en dat Intertrust zelf 204.223 Gewone Aandelen houdt in het geplaatste kapitaal van Intertrust. Op

grond van deze stukken, in onderling verband gezien, is de OK tot het oordeel gekomen dat CSC op de dag van dagvaarding ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van Intertrust verschaft en ten minste 95% van de stemrechten in de algemene vergadering kon uitoefenen. Hierdoor is CSC gerechtigd om een beroep te doen op artikel 2:201a BW en is deze vordering deugdelijk.

Verder licht de OK toe dat niet is gesteld of gebleken dat de overige aandeelhouders ondanks de aangeboden vergoeding ernstige stoffelijke schade zouden lijden door de overdracht van de aandelen aan CSC. Een afwijzingsgrond zoals opgenomen in artikel 2:201a lid 4 BW doet zich hier dan ook niet voor volgens de OK.

Ten aanzien van de vast te stellen prijs voor de over te dragen Gewone Aandelen hebben CSC en Intertrust zich op het standpunt gesteld dat er aangesloten moet worden bij de biedprijs van € 20 per aandeel. Dat de biedprijs ten tijde van de betaalbaarstelling van het bod ten minste gelijk was aan de waarde van de Gewone Aandelen, kan afgeleid worden uit de mate waarin het bod is aanvaard (acceptatiegraad). CSC en Intertrust hebben zich verder op het standpunt gesteld dat uit de berekening volgt dat de acceptatiegraad 99,40% bedraagt. Volgens de OK is de berekening die ten grondslag ligt aan de door CSC en Intertrust gestelde acceptatiegraad onvolledig. Uit het biedingsbericht blijkt namelijk dat twee leden van de raad van bestuur en twee leden van de raad van commissarissen op de dag van het uitbrengen van het bod in totaal 384.404 Intertrust Board Aandelen hielden. Deze aandelen zouden volgens CSC en Intertrust op grond van *Irrevocable Undertakings* onder het bod zijn aangemeld. Echter, zoals reeds volgt uit de *Royal Reesink*-uitspraak dienen deze Intertrust Board Aandelen buiten de berekening van de acceptatiegraad te worden gehouden, omdat de betreffende bestuurders en commissarissen zich in een wezenlijke andere positie bevinden dan niet aan Intertrust verbonden houders van Gewone Aandelen. Tegelijkertijd merkt de OK op dat deze onvolledigheid in het midden kan worden gelaten omdat de acceptatiegraad nog steeds hoog is, zelfs als de 384.404 Intertrust Board Aandelen alsook 528.813 Treasury Aandelen buiten de berekening worden gehouden. De OK oordeelt dat de biedprijs ten tijde van de betaalbaarstelling van het bod ten minste gelijk was aan de waarde van de Gewone Aandelen en dat de uitkoopprijs per peildatum 15 november 2022, zoals gevorderd door CSC en Intertrust, daarom kan worden vastgesteld op € 20 per aandeel.

I. Mamouni, juli 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:997

Zaaknummer: 200.320.222/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, M.A.M. Vaessen, C.M.J. Peters, G. van Vollenhoven-Eikelenboom en D. Koopmans

Advocaten: J.W. de Groot en M.V.A. Heuten

Wetsartikelen: 2:201a BW

RECHTSPRAAK

Ontslag en bestuursverbod bestuurders Stichting Hulptroepen Alliantie

Een van de door de rechtbank ontslagen bestuurders van Stichting Hulptroepen Alliantie komt in hoger beroep op tegen dit ontslag en het bestuursverbod dat hem door de rechtbank ex artikel 2:298 BW is opgelegd op verzoek van het OM en medewerkers van de stichting. Aanleiding voor het ontslag en bestuursverbod is de oprichting van een met de stichting concurrerende vennootschap, waarbij de bestuurders verwarring hebben gezaaid over de identiteit van de betrokken partijen. Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank. Door bewust verwarring te laten ontstaan over de identiteit van en relaties tussen de rechtspersonen heeft de ontslagen bestuurder op zijn minst de schijn gewekt dat hij zichzelf ten koste van de stichting en diegenen die zich (veelal) belangeloos voor haar organisatie hebben ingezet, heeft verrijkt. Ook het feit dat hij zijn verweer aanvankelijk is gaan voeren vanuit de stichting, die bovendien aanvankelijk zijn advocaatkosten heeft betaald, levert in het kader van het tegenstrijdig belang een gewichtige reden op die het ontslag rechtvaardigt en is tevens ernstig verwijtbaar. De bestuurder kan zich aldus niet disculperen: ook het opgelegde bestuursverbod van vijf jaar wordt bekrachtigd.

Feiten

Appellanten hebben tezamen met een derde betrokkene op 25 maart 2020 de Stichting Hulptroepen Alliantie ('SHA') opgericht en zijn tevens op die dag benoemd als bestuurders van SHA. Het statutaire doel van SHA is, kort gezegd, 'het bevorderen van het beschikbaar komen van medische hulpmiddelen (...) voor de zorg in tijden van nood'. Eveneens op

25 maart 2020 is SHA Hulptroepen Alliantie B.V. opgericht ('de Werkmaatschappij'), met als enig bestuurder en aandeelhouder SHA. In de statuten van SHA staat onder andere in artikel 7.1 dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie moeten richten. SHA en de Werkmaatschappij hebben bij het begin van de coronacrisis aangeboden om zonder winsttoogmerk mondkapjes te leveren voor de medische sector.

Op 9 april 2020 hebben appellanten en de betrokkene besloten tot oprichting van Relief Goods Alliance B.V. ('RGA'), welke vennootschap op 14 april 2020 daadwerkelijk is opgericht door de persoonlijke holdings van de drie personen. Deze holdings zijn ook voor gelijke delen aandeelhouders van RGA geworden. Als enig bestuurder is appellant 1 benoemd. De mondkapjes zijn uiteindelijk door RGA ter beschikking gesteld en niet door SHA of de Werkmaatschappij. RGA heeft bovendien aanzienlijke winsten gemaakt door de mondkapjes te leveren. Deze winsten zijn vervolgens als dividend uitgekeerd aan appellanten en de betrokkene.

De rechtbank

Op verzoek van het OM en een aantal oud-medewerkers heeft de rechtbank in eerste aanleg onder meer overwogen dat appellanten als aandeelhouders (en appellant 1 als bestuurder) van RGA bij het aangaan van de mondkapjes-deal een belang hadden, tegenstrijdig aan dat van SHA (zie ook OR 2022-0133, OR 2022-0137 en OR 2022-0199). Gezien de statutaire doelstelling van RGA, die gelijk was aan die van de Werkmaatschappij, was RGA immers een rechtstreekse concurrent. De rechtbank heeft geoordeeld dat dit grond is voor ontslag op grond van artikel 2:298 (oud) BW en heeft tevens een bestuursverbod opgelegd (cf. art. 2:298 lid 3 BW).

Het hof

Bij het hof verzoekt appellant 2 (appellant 1 heeft zijn hoger beroep ingetrokken en wordt daarom niet-ontvankelijk verklaard) de uitspraak van de rechtbank te vernietigen nu er geen gronden zouden zijn om hem als bestuurder van SHA te ontslaan.

Het hof overweegt dat SHA is opgericht door onder meer appellant 2 met het oog op het beschikbaar maken van medische hulpmiddelen voor de zorg in een tijd van nood, welk initiatief zonder winsttoogmerk was en waarbij ook een groot aantal vrijwilligers zich belangeloos heeft ingezet. Met behulp van deze vrijwilligers heeft SHA een non-profitorganisatie met bijbehorende goodwill opgebouwd. Middels RGA heeft appellant 2 echter gebruikgemaakt van deze goodwill en bijbehorende logo's en identiteit en hiermee verwarring gezaaid over de doelstellingen van beide organisaties.

Aldus het hof kan in het midden blijven of RGA een directe concurrent zou zijn van de Werkmaatschappij en SHA daardoor in financieel opzicht is benadeeld. Door bewust verwarring te laten ontstaan over de identiteit van en relaties tussen de rechtspersonen heeft appellant 2 'op zijn minst de schijn gewekt dat hij zichzelf ten koste van SHA en diegenen die zich (veelal) belangeloos voor haar organisatie hebben ingezet heeft verrijkt'.

Volgens het hof had het dus ook voor appellant 2 duidelijk moeten zijn geweest dat zijn belangen en die van SHA geconflicteerd waren. Ook het feit dat hij zijn verweer aanvankelijk is gaan voeren vanuit SHA, die ook aanvankelijk zijn advocaatkosten heeft betaald, levert in het kader van het tegenstrijdig belang een gewichtige reden op die het ontslag rechtvaardigt (art. 2:298 (nieuw) BW). In hoeverre er tevens andere gronden aanwezig zijn die dit ontslag zouden wettigen, kan hiermee naar het oordeel van het hof verder onbesproken blijven.

Ook tegen het opgelegde bestuursverbod heeft appellant onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd die hem zouden kunnen disculperen, waarbij de niet te verwaarlozen rol die hij heeft gespeeld een belangrijk factor is. Ernstig verwijtbaar is dat hij in de gegeven omstandigheden zijn verdediging vanuit SHA en op kosten van deze ter hand heeft genomen. Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank.

T.M. Goudzwaard, juli 2023

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-06-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1395

Zaaknummer: 200.318.091/01

Rechters: P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, E.E. van Tuyll Serooskerken-Röell en L. Alwin

Advocaten: J.F.H.M. Bartels, O.J.M. van der Bijl, M.W.E. Evers, I. Spinath en M.E. de Meijer

Wetsartikelen: 2:298 (oud) BW, 2:298 (nieuw) BW en 2:298 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Post M&A litigation en vereenzelviging rechtspersoon

Na een bedrijfsovername ontvangt de moedermaatschappij van de verkoper, tevens hoofd van de fiscale eenheid waarvan de overgenomen vennootschap deel uitmaakt, een definitieve belastingaanslag. De moedermaatschappij dient een bezwaarschrift in en wenst een tweetal uitstaande geldleningen af te waarderen. De Belastingdienst gaat daar grotendeels in mee. Volgens de koper is zij degene die tot afwaardering van de leningen hoorde te beslissen en heeft zij recht op het belastingvoordeel dat aan die afwaardering is verbonden. De koper vordert het misgelopen belastingvoordeel als schadevergoeding van de verkoper en diens moedermaatschappij. De rechtbank wijst de vordering toe wegens het in strijd handelen met de koopovereenkomst. De verkoper en de moedervennootschap worden beide veroordeeld als gevolg van vereenzelviging van de rechtspersoon.

Feiten

Een bv die een onderneming drijft, actief met de productie en verkoop van hout ('BV 1'), vormt samen met haar 100%-aandeelhouder ('BV 2'), haar 100%-dochtermaatschappij ('Bedrijf 1') en de Nederlandse dochtermaatschappijen van Bedrijf 1 een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting ('de Fiscale Eenheid VPB'). BV 2 staat aan het hoofd daarvan. BV 1 verkoopt haar volledige aandelenbelang in Bedrijf 1 aan de eiseres in deze procedure ('de Eiseres'). Op de balans van een van de Nederlandse dochtermaatschappijen van Bedrijf 1 ('Bedrijf 2') staan op dat moment twee geldleningen van Bedrijf 1 respectievelijk een andere dochtermaatschappij van Bedrijf 1 ('Bedrijf 3') aan Bedrijf 2. Partijen komen overeen dat de aandelen vanaf 1 januari 2019 ('de Effectieve Datum') economisch voor rekening en risico van Eiseres komen, op voorwaarde dat de levering van de aandelen is voltooid. De juridische levering vindt plaats in november 2019. Kort daarvoor, in oktober 2019, doet BV 2 de aangifte

vennootschapsbelasting voor de Fiscale Eenheid VPB. Daarna wordt de Fiscale Eenheid VPB op verzoek van BV 2 per 31 oktober 2019 beëindigd. Als de Belastingdienst in 2021 de definitieve aanslag vennootschapsbelasting over het jaar 2018 aan BV 2 als hoofd van de Fiscale Eenheid VPB oplegt, maakt BV 2 bezwaar. Zij meent dat de geldleningen van Bedrijf 2 moeten worden afgewaardeerd. De Belastingdienst verklaart het bezwaar gegrond en besluit de geldleningen af te waarderen in de periode 2018 en 2019. BV 2 ontvangt een bedrag terug wegens te veel betaalde vennootschapsbelasting.

Eiseres start een procedure tegen BV 1 en BV 2 en vordert een verklaring voor recht dat BV 1 en BV 2 (i) aansprakelijk zijn jegens Eiseres vanwege de indiening van het bezwaarschrift en de schendingen van hun (buiten)contractuele verplichtingen jegens Eiseres, althans uit ongerechtvaardigde verrijking, en (ii) gehouden zijn de schade die Eiseres lijdt door de uitspraak op het bezwaarschrift te vergoeden. Daarnaast vordert Eiseres hoofdelijke veroordeling van BV 1 en BV 2 tot betaling van een schadevergoeding aan Eiseres. Eiseres stelt zich, kort gezegd, op het standpunt dat het belastingvoordeel dat is verbonden aan het afwaarderen van de leningen aan Bedrijf 2 aan haar toekomt. Eiseres had de leningen willen afwaarderen in 2020, maar dat is vanwege het gegronde bezwaar niet meer mogelijk. Eiseres meent dat zij daardoor een flinke belastingteruggave misloopt.

Oordeel rechtbank

De rechtbank oordeelt dat BV 1 heeft gehandeld in strijd met artikel 2.3 van de koopovereenkomst. Eiseres was op grond van artikel 2.3 van de koopovereenkomst vanaf 1 januari 2019 economisch eigenaar van de aandelen en dus ook van de leningen. Dat maakt háár tot de partij die hoort te beslissen over de mogelijkheid van het afwaarderen van de leningen, zeker nu de feiten die hebben geleid tot het afwaarderen van de leningen zich pas in 2020 manifesteerden, aldus de rechtbank. BV 1 kan zich, met de verbintenissen die zij in de koopovereenkomst op zich had genomen, naar het oordeel van de rechtbank niet erachter verschuilen dat het bezwaarschrift feitelijk is ingediend door BV 2. Volgens de rechtbank lag het op de weg van BV 1 om BV 2 te weerhouden van het indienen van het bezwaarschrift en had zij die mogelijkheid ook, nu BV 1 en BV 2 indirect werden bestuurd door één en dezelfde persoon.

Hoewel BV 2 geen partij is bij de koopovereenkomst veroordeelt de rechtbank ook BV 2, die de gewraakte handeling heeft verricht, op dezelfde grondslag. De rechtbank is namelijk van oordeel dat in deze zaak sprake is van vereenzelviging van de rechtspersoon. Daartoe acht de rechtbank met name van belang dat (i) er sprake is van verwevenheid van BV 1 en BV 2, (ii) de indirect bestuurder van BV 1 en BV 2 het beleid kan bepalen in zowel BV 1 als BV 2, (iii) de indirect bestuurder zich bekend en akkoord heeft verklaard met de afspraken tussen Eiseres

en BV 1, (iv) de koopovereenkomst ook verplichtingen voor BV 2 bevat en (v) het economisch risico ruim vóór de daadwerkelijke levering van de aandelen op Eiseres is overgegaan. Onder die omstandigheden kan BV 2, terwijl zij zeggenschap heeft en beleid kan bepalen, zich niet onttrekken aan contractuele aansprakelijkheid door te verwijzen naar BV 1, aldus de rechtbank.

De rechtbank wijst de gevorderde verklaring voor recht toe en veroordeelt BV 1 en BV 2 hoofdelijk tot betaling van schadevergoeding ter hoogte van het bedrag waarop Eiseres recht zou hebben gehad indien zij de leningen zelf zou hebben afgewaardeerd.

L.L. Bakker, juli 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 03-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:1947

Zaaknummer: C/08/283081 / HA ZA 22-240

Rechters: C.A. de Beaufort, E.C. Rozeboom en S.J. de Moel

Advocaten: G.J.R. Kalsbeek en V.J.M. Verlinde-Masson

Wetsartikelen: 6:102 BW, 6:119a BW, 6:119 BW, 6:83 onder b BW, 6:74 lid 1 BW en 6:96 lid 2 onder c BW

RECHTSPRAAK

Allgo Spaander B.V. c.s./Bestuurders

Enkele bestuurders geven uitvoering aan een aandeelhoudersbesluit tot kapitaalvermindering en cessie van regresvorderingen. Hen wordt vervolgens verweten zich daarmee schuldig te hebben gemaakt aan verhaalsfrustratie. De rechtbank wijst de aansprakelijkheidsvordering af. Het hof oordeelt, anders dan de rechtbank, dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld nu zij hebben meegewerkt aan de cessie en voorzienbaar was dat door deze cessie de vennootschappen geen verhaal meer konden bieden. Dit is ernstig verwijtbaar en de bestuurders worden alsnog aansprakelijk gehouden. A-G Assink verwerpt in zijn conclusie alle cassatieklachten. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep nu de klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest van het hof, en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO, overeenkomstig de conclusie van de A-G.

Feiten

Allgo Spaander B.V. en Allgo Cathrien B.V. ('Allgo c.s.') vormen afzonderlijk met twee vennootschappen ('de Vennootschappen') ieder een vof ('de Vof's'). De Vennootschappen maken onderdeel uit van een groep. In de Vof's worden respectievelijk een hotel en een brasserie geëxploiteerd. In deze zaak worden de (voormalig) bestuurders ('de Bestuurders') van de Vennootschappen aangesproken door Allgo c.s. uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

De panden waarin de ondernemingen van de Vof's worden geëxploiteerd, zijn eigendom van de Vennootschappen. Op deze panden is een recht van hypotheek gevestigd, ten gunste van een groep familieleden van de oprichter van de groep, tot zekerheid van terugbetaling van de door hen verstrekte leningen aan een van de Bestuurders die tevens indirect aandeelhouder is van de Vennootschappen ('de Rechtspersoon-Bestuurder').

Wegens achterstallige betalingen op de leningen aan de Rechtspersoon-Bestuurder, oefent de groep familieleden hun hypotheekrecht uit. De panden en de inventarissen, handelsnamen en exploitatierechten worden onderhands verkocht aan een deel van de familieleden ('de Kopers'). De instemming met de onderhandse verkoop is blijkens akte verleend onder de opschortende voorwaarde van, onder meer, vestiging van een pandrecht ten behoeve van de familieleden. Bij dezelfde akte is aan de Kopers een pandrecht verleend op de vorderingen van de Vennootschappen op de Kopers tot betaling van de koopprijzen. De Vennootschappen verkrijgen als eigenaren van de panden een regresvordering op de Rechtspersoon-Bestuurder.

Er ontstaat een geschil tussen Allgo c.s. en de Vennootschappen over de verplichtingen en financiële rechten in de Vof's. Hierover wordt een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt. In de arbitrageprocedure is bepaald dat de Vennootschappen zijn veroordeeld tot het voldoen van een geldsom aan Allgo c.s. Aan deze betalingsverplichtingen is door de Vennootschappen niet voldaan.

De groep laat vervolgens een advies opstellen ten aanzien van het terugbrengen van de rekening-courantverhouding binnen de groep. Op basis van het advies besluit de aandeelhouder van de Vennootschappen met betrekking tot de Vennootschappen tot kapitaalvermindering. De uitkering wegens terugbetaling op de aandelen vindt plaats door middel van cessie van de regresvordering van de Vennootschappen op de Rechtspersoon-Bestuurder aan de aandeelhouder.

Rechtbank en het hof

In eerste aanleg stellen Allgo c.s. dat door de handelswijze van de Bestuurders sprake is van verhaalsfrustratie en Allgo c.s. vorderen een verklaring voor recht dat de Bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld en aansprakelijk zijn voor de geleden schade. De rechtbank oordeelt kort gezegd dat door de cessie van de regresvordering de verhaalsmogelijkheden van Allgo c.s. in beginsel zijn gefrustreerd. De regresvorderingen waren echter niets waard en daarom is geen sprake van verhaalsfrustratie of onrechtmatig handelen.

Het hof gaat daar niet in mee en oordeelt dat na de cessie nagenoeg geen actief in de Vennootschappen resteerde en de verhaalsmogelijkheden van Allgo c.s. in beginsel zijn gefrustreerd. Verder oordeelt het hof dat onvoldoende is gebleken dat de regresvordering geen waarde vertegenwoordigde en dat er in de nabije toekomst ook geen waarde was te verwachten. De Bestuurders hebben in dat kader onrechtmatig gehandeld door zich schuldig te maken aan verhaalsfrustratie. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en houdt de Bestuurders alsnog aansprakelijk. Zie voor een samenvatting van het arrest van het hof OR 2022-0148.

Conclusie A-G en oordeel van de Hoge Raad

Het cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen en verschillende subonderdelen. Onderdeel 1 richt zich tegen de vermeende waarde van de regresvordering. Onderdeel 2 richt zich op de vraag of de Rechtspersoon-Bestuurder ten tijde van de cessie feitelijk bestuurder was.

Onderdeel 3 richt zich tegen de schadebegroting.

Kort gezegd stelt de Bestuurder dat het hof nader had moeten motiveren waarom zij uitging van een positieve waarde van een van de deelnemingen, waardoor de regresvordering mogelijk waarde zou vertegenwoordigen. A-G Assink concludeert dat het hof zijn oordeel ten aanzien van de waarde van de regresvordering wel voldoende heeft gemotiveerd. Daarbij had het hof volgens de A-G ook de ruimte om te oordelen dat de onderbouwing van het verweer van de Bestuurder dat de regresvordering geen waarde meer vertegenwoordigde, onvoldoende was.

De tweede klacht faalt door een onjuiste lezing van het arrest en daarmee een gebrek aan feitelijke grondslag. De laatste klacht, betreffende de schadebegroting, faalt ook. De Hoge Raad wijst, onder verwijzing naar artikel 81 RO en in lijn met de conclusie van de A-G, alle cassatiemiddelen af en verwerpt het beroep.

Y. Boekhout, juli 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 02-06-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:823

Zaaknummer: 22/02291

Rechters: S.J. Schaafsma, M.V. Polak en G.C. Makkink

Advocaten: J.W. de Jong en B.I. Kraaijpoel

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curator van The Flex Company B.V./Bestuurders

Een bv die een onderneming dreef die zich bezighield met het verzorgen van productdisplays in winkels, is gefailleerd. De rechtstreekse en de middellijke bestuurders hebben kort voor faillissement alle activa verkocht onder verrekening van de koopprijs. De curator ageert tegen het complex van rechtshandelingen dat besloten lag aan, dan wel voortvloeyde uit deze activatransactie op basis van onder andere faillissementspauliana en stelt de bestuurders aansprakelijk voor het faillissementstekort ex artikel 2:248 BW. De rechtbank acht de activatransactie onder verrekening van de koopprijs aanvaardbaar voor zover de verkochte activa verpand waren. Voor het overige was de transactie paulianeus. De rechtbank acht niet aannemelijk dat het paulianeuze deel van de transactie ook een belangrijke oorzaak was van het faillissement. Daarop strandt volgens de rechtbank de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering. Omdat er in het vonnis nog punten zijn waarover partijen zich nader mogen uitlaten of bewijs mogen leveren, wordt de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid nog niet daadwerkelijk afgewezen.

Inleiding

Dit vonnis betreft een geschil tussen de faillissementscurator van The Flex Company B.V. (voorheen genaamd Dispack Supply Chain Solutions B.V.) ('Flex Company'). Tot enkele maanden voor haar faillietverklaring dreef deze vennootschap een onderneming die zich bezighield met het verzorgen van productdisplays in winkels.

Feiten

Geldlening en vestiging pandrecht

Op 14 januari 2014 is tussen Flex Company en een van haar aandeelhouders (tevens bestuurder) een onderhandse akte getiteld 'Schuldbekentenis, tevens akte van Geldlening' ondertekend, waarin staat dat Flex Company aan haar aandeelhouder-bestuurder (hierna: 'LeNroy') € 100.000 schuldig is. De akte bevatte een verplichting tot het stellen van zekerheid met de volgende formulering: *'Tot meerdere zekerheid van de voldoening van al hetgeen Schuldenaar uit hoofde van voormelde lening of uit hoofde van welke rechtsverhouding dan ook is verschuldigd aan Schuldeiser, verstrekt Schuldenaar zekerheden aan Schuldeiser conform de inhoud van een pandakte, welke partijen tekenen gelijktijdig met de ondertekening van de onderhavige akte.'*

In een op dezelfde dag opgemaakte onderhandse pandakte is ten gunste van LeNroy onder meer (naast pandrechten op inventaris en voorraden) een stil pandrecht gevestigd op huidige en toekomstige vorderingen op debiteuren van Flex Company. Omtrent de vordering(en) waarvoor (c.q. tot zekerheid waarvan) het betreffende pandrecht gevestigd wordt, bevatte de pandakte de volgende formuleringen: *'In aanmerking nemende dat: (a) tussen Pandgever als schuldenaar en Pandnemer als schuldeiser op 31 december 2013 een schuldbekentenis, tevens akte van geldlening is gesloten; (b) deze Pandakte een onlosmakelijk geheel vormt met de hiervoor bedoelde Schuldbekentenis, tevens Akte van geldlening; (c) Pandgever tot zekerheid voor al hetgeen zij uit hoofde van de Schuldbekentenis, tevens Akte van geldlening als hiervoor bedoeld aan Pandnemer verschuldigd zal zijn, een pandrecht wenst te vestigen; (...)'*

en (in art. 1.1 van de pandakte): *'Deze verpanding (eerste in rang) geschiedt tot meerdere zekerheid in de zin van bovengenoemde akte van geldlening en onder de bepalingen als in deze pandakte zijn vermeldt.'*

en (in art. 3 van de pandakte): *'Deze Pandakte blijft geldig tot al wat verschuldigd is uit hoofde van de Schuldbekentenis, tevens Akte van geldlening blijkt een schriftelijke verklaring van Pandnemer is voldaan. Pandnemer verplicht zich tot het afgeven van deze verklaring op het tijdstip van algehele voldoening van het verschuldigde op grond van de Schuldbekentenis, tevens Akte van geldlening.'*

De pandakte is geregistreerd op 5 maart 2014.

Financiële glijvlucht van Flex Company en cessie van vorderingen

In de jaren 2014 tot en met 2017 heeft Flex Company steeds een negatief eigen vermogen gehad. Eind december 2016 werkte Flex Company mee aan een interne taxatie van haar (verpande) inventaris.

Bij onderhandse akte van 1 november 2017 is tussen (onder anderen) LeNroy en Flex Company vastgelegd dat een aan hen beiden gelieerde vennootschap een vordering op Flex Company à € 547.814,48 heeft overgedragen aan LeNroy en dat Flex Company (*debitor cessus*) die overdracht erkent.

In een onderhandse akte van eveneens 1 november 2017 is tussen LeNroy en Flex Company tevens vastgelegd: *‘De genoemde schuld € 547.814,48 met de mogelijk oplopende schulden als gevolg van stortingen en opgekomen rente (zoals dan blijkt uit desbetreffende administratie) zal worden toegevoegd aan de schuldbekentenis, tevens akte van geldlening met de daarbij behorende bepalingen en zekerheden zoals d.d. 14 januari 2014 vastgelegd en overeengekomen.’*

Bij bericht van 6 november 2017 schreef LeNroy aan Flex Company dat zij vanwege de slechte financiële situatie van Flex Company voornemens is om haar pandrechten te gaan uitoefenen, tenzij een herstructurering op korte termijn soelaas zou bieden.

Op 31 december 2017 zegde de verhuurder van het bedrijfspand van Flex Company de huurovereenkomst op, met als opzeggingsreden dat: *‘Thans de situatie is ontstaan dat huurder niet meer bij machte is haar schuldeisers te voldoen, waaronder ook EM.KOM Vastgoed B.V. in haar hoedanigheid van verhuurder van het voornoemd onroerend goed, en derhalve te voorzien is dat na heden geen huur zal worden voldaan.’* EM.KOM Vastgoed B.V. is een vennootschap van (ten minste een van) de middellijk bestuurders van Flex Company.

Op 18 januari 2018 heeft Flex Company haar vorderingen (tevens) aan de Belastingdienst verpand. In de pandakte met de Belastingdienst kwam onder meer de zinsnede voor: *‘[Flex Company] geeft de vorderingen in pand, omdat hij zijn schuld op dit moment niet kan betalen.’*

Overdracht activa onder verrekening van de koopprijs

Bij overeenkomst van 29 juni 2018 verkoopt Flex Company al haar activa aan LeNroy. Onder de verkochte activa zijn blijkens de overeenkomst ook een post ‘goodwill’ en een vordering op Meenz B.V. (ook een aan de contracterende partijen gelieerde vennootschap) à € 142.451,15. Na het sluiten van deze overeenkomst zet LeNroy de bedrijfsactiviteiten van Flex Company voort, met gebruikmaking van de van Flex Company overgenomen roerende zaken, haar handelsnaam, haar website en hetzelfde telefoonnummer. De koopprijs voor de overgenomen activa werd in de koopovereenkomst verrekend met de vorderingen van LeNroy op Flex Company; zowel met de vordering die benoemd was in de ‘Schuldbekentenis, tevens akte van geldlening’ van 14 januari 2014 als met de vordering die LeNroy blijkens de akte van 1 november 2017 van een andere gelieerde vennootschap overgenomen had.

Op 8 augustus 2018 wordt het besluit tot eigen aangifte van het faillissement van Flex

Company genomen. Op 28 augustus 2018 wordt Flex Company failliet verklaard, met benoeming van mr. J.L. de Crom tot curator ('de curator').

Vorderingen van de curator

Bij brief van 21 augustus 2021 aan de rechtstreekse en de middellijke bestuurders van Flex Company (waaronder LeNroy) ageert de curator op basis van artikel 42 Fw en artikel 54 Fw tegen de/het (complex van) rechtshandeling(en) dat besloten lag dan wel voortvloeide uit de akte van 29 juni 2018. In dit kader stelt de curator zich op het standpunt dat LeNroy de aan haar overgedragen activa van Flex Company moet terugleveren aan de curator, of een schadevergoeding moet betalen ter grootte van de koopprijs die in de akte van 29 juni 2018 is overeengekomen.

De curator stelt tevens de (rechtstreekse en middellijke) bestuurders aansprakelijk voor het faillissementstekort ex artikel 2:248 BW. De onbehoorlijkheid van het gevoerde bestuur is volgens de curator gelegen in de transactie van 29 juni 2018, waardoor Flex Company verstoken werd van haar activa en daarmee haar mogelijkheden om inkomsten te genereren, terwijl zij als gevolg van de verrekening van de koopprijs ook niet kon beschikken over liquide middelen om haar overblijvende schuldeisers te betalen. Ook was er volgens de curator niet aan de boekhoudplicht voldaan.

Subsidiair spreekt de curator de bestuurders aan tot schadevergoeding (ex art. 2:9 BW en/of art. 6:162 BW) ter grootte van de waarde van de aan Flex Company onttrokken activa. Volgens de curator kan die waarde gelijkgesteld worden aan koopprijs die in de akte van 29 juni 2018 aan de activa van Flex Company werd toegedicht.

Geschil en beoordeling

LeNroy en de andere aangesproken partijen verweren zich tegen de vorderingen van de curator. In de eerste plaats door een beroep op rechtsverwerking; gedaagden brengen naar voren dat zij al sinds 3 september 2018 helemaal niets meer van de curator hadden gehoord, totdat zij op 21 augustus 2021 ineens de brief met een aansprakelijkstelling en een beroep op artikel 42 en 54 Fw ontvingen. Zo'n lange radiostilte van de zijde van de curator maakt het volgens gedaagden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar als de curator nu nog ontvangen zou worden in zijn vorderingen. De bewijspositie van gedaagden zou door het tijdsverloop ook verslechterd zijn.

De rechtbank volgt gedaagden niet in dit betoog, overwegende dat louter stilzitten niet tot rechtsverwerking leidt. De stelling dat door het stilzitten van de curator hun bewijspositie verslechterd is, hebben gedaagden niet onderbouwd.

Tegen alle vorderingen van de curator die gebaseerd zijn op de gedachte dat de overeenkomst van 29 juni 2018 (en alle rechtshandelingen die daaruit voortvloeiden) ontoelaatbaar zou(den) zijn, verweren gedaagden zich met het argument dat die hele transactie neerkwam op uitoefening van het pandrecht van LeNroy, gevestigd door registratie van de pandakte van 14 januari 2014 op 5 maart 2014.

De curator voert in reactie hierop (onder meer) aan dat het op 5 maart 2014 tot stand gekomen pandrecht niet geldt tot zekerheid van de vordering op Flex Company die LeNroy blijkens de akte van 1 november 2017 heeft overgenomen van een derde, omdat uit de tekst van de pandakte (gelezen in samenhang met de ‘schuldbekentenis, tevens akte van geldlening’) volgt dat het pandrecht alleen werd gevestigd voor de geldlening die daarin wordt benoemd.

Gedaagden wijzen van hun kant op de zinsnede ‘*Tot meerdere zekerheid van de voldoening van al hetgeen Schuldenaar uit hoofde van voormelde lening of uit hoofde van welke rechtsverhouding dan ook is verschuldigd aan Schuldeiser, verstrekt Schuldenaar zekerheden (...)*’ [onderstreping IL] in de ‘Schuldbekentenis, tevens akte van geldlening’ en op de zinsnede: ‘*Pandgever tot zekerheid voor al hetgeen zij uit hoofde van de Schuldbekentenis, tevens Akte van geldlening als hiervoor bedoeld aan Pandnemer verschuldigd zal zijn, een pandrecht wenst te vestigen*’ [onderstreping IL] in de pandakte. Volgens hen blijkt daaruit dat de akte strekte tot zekerheid van al hetgeen LeNroy uit hoofde van welke rechtshandeling dan ook te vorderen zou krijgen van Flex Company.

De rechtbank overweegt dat de bepaling van de reikwijdte van het pandrecht een kwestie is van uitleg van de pandakte, dat deze moet worden uitgelegd in samenhang met de ‘Schuldbekentenis, tevens akte van geldlening’. De rechtbank volgt bij de uitleg vervolgens het standpunt van gedaagden. De rechtbank stelt vast dat de overgenomen vordering reeds op basis van de tekst van de twee aktes van 14 januari 2014 gedekt werd door het pandrecht, zonder dat daar de akte van 1 november 2017 (de clause waarmee de overgenomen vordering door partijen werd ‘toegevoegd’ aan de Schuldbekentenis, tevens akte van geldlening) nog voor nodig was.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank of artikel 54 Fw in de weg staat aan verrekening van de overgenomen vordering. De curator wijst in dit verband op het bericht van 6 november 2017, waarin door LeNroy al werd opgemerkt dat het zo slecht ging met Flex Company dat zij haar pandrecht wilde gaan uitoefenen, tenzij de herstructurering een kentering te weeg zou brengen. Gedaagden wijzen erop dat zij meenden dat een kentering (ten goede) daadwerkelijk mogelijk was en dat zij dus in november 2017 nog niet wisten dat een faillissement van Flex Company met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te verwachten was. Het faillissement zou volgens gedaagden pas onvermijdelijk zijn geworden doordat in 2018 twee belangrijke

klanten wegvielen.

De rechtbank volgt ook hier het standpunt van gedaagden en gaat ervan uit dat LeNroy te goeder trouw was toen zij (op of voor 1 november 2017) de vordering op Flex Company overnam.

In de overeenkomst van 29 juni 2018 verkocht Flex Company ook een vordering op Meenz B.V. aan LeNroy. Ook de koopprijs voor die vordering werd verrekend. De curator voert aan dat de vordering op Meenz B.V. niet aan LeNroy verpand kan zijn, omdat het zou gaan om een in rekening-courant geboekte vordering op Meenz, terwijl er blijkens de jaarrekening van Flex Company op 31 december 2014 geen vordering op Meenz bestond. De vordering op Meenz was op 5 maart 2014 (registratiedatum pandakte) dus een 'dubbel toekomstige vordering' en kan daarom niet verpand zijn. Gedaagden brengen hiertegen in dat op 5 maart 2014 wel reeds een bestendige 'rekening-courantverhouding' tussen Flex Company en Meenz bestond, waar de in de overeenkomst van 29 juni 2018 benoemde vordering uit voortgevloeid is. Aldus impliceren gedaagden dat de vordering op Meenz B.V. op 5 maart 2014 niet 'dubbel toekomstig' was, maar slechts enkelvoudig toekomstig. De rechtsverhouding waar de vordering uit voortvloeide zou al wel hebben bestaan.

De rechtbank overweegt dat gedaagden met hun stellingen niet voldoende gemotiveerd hebben dat er echt al een rekening-courantverhouding tussen Flex Company en Meenz bestond in 2014. De rechtbank gaat ervan uit dat er geen bestendige rekening-courantverhouding bestond in 2014 en dat daarom de vordering op Meenz die in 2015 is ontstaan niet verpand is.[1]

De rechtbank neemt ook aan dat Flex Company en LeNroy op 29 augustus 2018 het faillissement van Flex Company en het tekort daarin wél met een redelijke mate van waarschijnlijkheid konden voorzien. De overdracht van de vordering op Meenz onder verrekening van de koopprijs voor die vordering met de schuld aan LeNroy was ook (evident) benadelend voor de andere schuldeisers van Flex Company, omdat de vordering op Meenz geïnd had kunnen worden ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, als deze nog in de boedel gezeten zou hebben. Ten aanzien van de verkoop van de vordering op Meenz slaagt dus het beroep van de curator op artikel 42 Fw.

De curator heeft voorts aangevoerd dat Flex Company in de overeenkomst van 29 juni 2018 ook haar goodwill verkocht heeft (blijkens de overeenkomst: voor een prijs van € 200.000), dat ook de koopprijs daarvoor verrekend is en dat ook dit paulianeus dan wel onrechtmatig was. Gedaagden voeren aan dat de goodwill niet echt verkocht is, maar dat dit alleen als een sluitpost in de overeenkomst is opgenomen om de vordering van LeNroy op Flex Company

volledig te kunnen wegstrepen. De rechtbank overweegt dat uit de feiten blijkt dat er wel echt goodwill is overgedragen. De rechtbank acht hiervoor relevant dat LeNroy de handelsnaam van Flex Company overgedragen heeft gekregen, dat zij de activiteiten van Flex Company daadwerkelijk voortzet en dat zij daarbij gebruikmaakt van de website van Flex Company, het telefoonnummer van Flex Company en van de andere overgenomen activa. De rechtbank overweegt ook dat goodwill niet verpand kan worden en dat LeNroy haar vordering op Flex Company daarom niet (door verrekening) op de koopprijs voor de goodwill had mogen verhalen. Als de goodwill nog in de boedel gezeten had ten tijde van het faillissement, had de curator deze te gelde kunnen maken voor de gezamenlijke schuldeisers. Ook ten aanzien van de verkoop van de goodwill slaagt dus het beroep op artikel 42 Fw.

De rechtbank spreekt in het onderhavige vonnis (nog) geen veroordeling uit tot teruglevering van de vordering op Meenz en de goodwill. Wel laat de rechtbank zich uit over de waarde van de goodwill. Volgens de rechtbank kan niet worden aangenomen dat die echt € 200.000 waard was. De rechtbank begroot de waarde op € 20.000.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Ten aanzien van de aansprakelijkstelling van de bestuurders ex artikel 2:248 BW overweegt de rechtbank dat er niet voldoende reden is om aan te nemen dat in deze casus niet aan de boekhoudplicht is voldaan. De bestuurders hebben betoogd dat het faillissement van Flex Company, anders dan de curator stelde, niet is veroorzaakt door de overeenkomst van 29 juni 2018, maar doordat Flex Company al langere tijd financieel niet erg sterk was en vervolgens in 2018 twee belangrijke klanten wegvielen. De curator heeft dat niet goed kunnen weerleggen. Nog los van de vraag of hetgeen de curator aan de bestuurders verwijt gekwalificeerd kan worden als kennelijk onbehoorlijk bestuur, is dus naar het oordeel van de rechtbank in ieder geval niet (voldoende) aannemelijk dat er causaal verband is tussen het volgens de curator verwijtbare handelen en het faillissement van Flex Company. Daarop strandt volgens de rechtbank de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering.[2]

Wenk

In de bovenstaande samenvatting zijn niet alle discussiepunten tussen de curator en de gedaagden besproken. Er was ook onenigheid over de waarde van de aan LeNroy verpande en in de overeenkomst van 29 juni 2018 betrokken inventaris en voorraad en over de vraag of de volgens de akte van 1 november 2017 door LeNroy overgenomen vordering op Flex Company wel rechtsgeldig gecedeerd is. Daar debatteren partijen op een latere roldatum nog over voort.

Ook hebben gedaagden zich in deze zaak nog beroepen op verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging ex artikel 42 Fw, maar daar maakte de rechtbank korte metten mee. Flex

Company was immers pas op 28 augustus 2018 failliet verklaard en de curator behield zich bij brief van 21 augustus 2021 het recht om artikel 42 Fw in te roepen expliciet voor, om vervolgens binnen zes maanden te dagvaarden. Daarmee was de curator ruim op tijd met zijn stuiting. De verjaringstermijn van een artikel 42 Fw-vordering kan immers zeker niet vóór de faillietverklaring gaan lopen, maar gaat ook niet meteen vanaf de dag van de faillietverklaring van start (HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153, r.o. 5.11 en 5.12). Bepalend is immers het moment waarop de curator de benadeling van de schuldeisers daadwerkelijk heeft ontdekt.

I.F.M. Lakwijk, juli 2023

[1] Aan de vraag of een rekening-courantverhouding een soort rechtsverhouding is waar vorderingen überhaupt uit kunnen 'voortvloeien' met de voor (stille) verpanding vereiste rechtstreeksheid, gaat de rechtbank voorbij.

[2] Omdat er in dit vonnis nog punten zijn waarover partijen zich nader mogen uitlaten of bewijs mogen leveren, wordt de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid nog niet daadwerkelijk afgewezen. Zo wordt vermeden dat de appeltermijn voor die beslissing eerder gaat lopen dan voor de punten waarover partijen nog verder moeten debatteren in eerste aanleg.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 05-07-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:4754

Zaaknummer: C/02/395275 / HA ZA 22-109 (T)

Rechters: Hermans

Advocaten: S. Lagidse, S.A.C.R. Wahlbrinck en J. Slager

Wetsartikelen: 42 Fw, 54 Fw, 2:248 Fw, 2:10 BW en 3:239 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder/Curator van Stichting Infinity Ventures

Drie bestuurders van een stichting die zich bezighield met budgetbeheer en schuldbemiddeling, zijn door de curator in het faillissement van de stichting aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:9 BW. De reden hiervoor is dat de administratie niet op orde was en gelden van cliënten zijn gebruikt door de stichting. De rechtbank heeft de bestuurders veroordeeld. Een van de bestuurders, de schoonvader van de bestuurder die daadwerkelijk aan de touwtjes trok, gaat in hoger beroep. De schoonvader meent dat hij zich kan disculperen. Het hof oordeelt dat dit niet het geval is. De schoonvader heeft zich ten onrechte niet bemoeid met het bestuur van de stichting en het bestuur overgelaten aan zijn schoonzoon, ondanks signalen dat het niet goed ging. Ook in hoger beroep blijft de schoonvader daarom aansprakelijk.

Feiten

Stichting Infinity Ventures ('de Stichting') hield zich bezig met budgetbeheer en schuldbemiddeling. Het bestuur van de Stichting bestond uit zoon, moeder (als secretaris) en schoonvader (als penningmeester). Voor het budgetbeheer werden op naam van cliënten 'beheerrekeningen' geopend, waarbij de zoon werd gemachtigd om namens de cliënten van de beheerrekeningen betalingen te verrichten.

Van januari 2014 tot en met januari 2018 zijn gelden van de beheerrekeningen overgemaakt naar de bankrekening van de Stichting. Deze gelden werden grotendeels gebruikt voor de bedrijfsvoering van de Stichting. De schoonvader is hier in oktober 2017 achter gekomen en heeft vervolgens aangifte gedaan tegen de zoon en is samen met de moeder in november 2017 uitgeschreven als bestuurder. Op 23 januari 2018 is de Stichting failliet verklaard.

De curator heeft alle bestuurders op basis van artikel 2:9 BW aansprakelijk gesteld voor het

tekort in het faillissement. Zo voldeed de administratie niet aan de minimale eisen van artikel 2:10 BW en heeft het bestuur geen maatregelen getroffen toen bleek dat de lasten van de Stichting de inkomsten overstegen. In plaats daarvan heeft het bestuur (of in ieder geval de zoon) geld overgeboekt van de beheerrekeningen van cliënten. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator toegewezen. De schoonvader is de enige van de bestuurders die tegen dit vonnis in hoger beroep is gekomen. De schoonvader doet daarbij met name een beroep op disculpatie.

Oordeel Hof Arnhem-Leeuwarden

Het hof oordeelt dat de schoonvader zich ten onrechte niet met het bestuur heeft bemoeid. De schoonvader heeft zelf verklaard dat hij inhoudelijk geen bemoeienis wilde met de Stichting en enkel de salarisadministratie deed en de jaarrekeningen opstelde op basis van de door de zoon aangeleverde gegevens. Dit blijkt, aldus het hof, ook uit het feit dat er geen bestuursvergaderingen zijn geweest en dat de schoonvader geen toegang had tot de administratie en/of bankrekening. Dit is niet veranderd nadat DNB in 2014 aan de Stichting een last onder dwangsom oplegde in verband met de ongeoorloofde vermenging van gelden van cliënten op de bankrekening van de Stichting, en ook niet nadat de schoonvader erachter kwam dat de bank niet wilde meewerken aan het openen van beheerrekeningen voor de cliënten, omdat de Stichting niet aangesloten was bij een erkende brancheorganisatie voor professionele bewindvoerders. Ook toen de zoon geen gegevens voor de jaarrekening over 2015 wilde aanleveren, liet de schoonvader dat gaan. Al met al komt het hof tot de conclusie dat de schoonvader niet tijdig maatregelen heeft genomen om toe te zien op het doen en nalaten van de zoon en het voorkomen van de nadelige gevolgen daarvan.

Dat de schoonvader aangifte deed in oktober 2017 nadat hij erachter kwam dat de zoon ongeoorloofde overboekingen deed, doet niet af aan wat voor oktober 2017 van de schoonvader had mogen worden verwacht, aldus het hof. Daarmee faalt het beroep op disculpatie. Ook door het hof wordt de schoonvader dus aansprakelijk gehouden.

S. Zonneveld, juli 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 04-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:5653

Zaaknummer: 200.310.907/01

Rechters: W.F. Boele, M. Aksu en G.J.M. Verburg

Advocaten: I.P. van Rossen en N. Noordmans

Wetsartikelen: 2:9 BW