

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 23, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:3188](#) 03-10-2023

Stichting ZOWonen/Bestuurder c.s.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:8076](#) 26-09-2023

Afwikkeling maatschap

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:2090](#) 26-09-2023

Je Zusje B.V./Vereniging Buma

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1943](#) 14-07-2023

Jaarrekeningprocedure Field Goal B.V./VCG B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:16067](#) 25-10-2023

Heropening vereffening faillissement op grond van artikel 2:23c BW. Met wenk

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:9371](#) 18-10-2023

Middellijk bestuurder van Malignum B.V./Curator

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:9314](#) 04-10-2023

Curator van Totalsolution B.V. en Totalsolution Elektro Techniek B.V./Bestuurders

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:4210](#) 16-08-2023

Rijksdienst voor Ondernemend Nederland/Stichtingsbestuurder

Annotatie

[Hoe Funda heeft bijgedragen aan de bescherming van minderheidsaandeelhouders](#)

S.L. Haanschoten

ANNOTATIE

Hoe Funda heeft bijgedragen aan de bescherming van minderheidsaandeelhouders

S.L. Haanschoten

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de economische werkelijkheid waarbinnen de vennootschap zich bevindt relevant is voor de reikwijdte van de enquêteprocedure en dat de reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW ruim moet worden uitgelegd. De auteur betoogt dat dit een goede ontwikkeling is voor de bescherming van minderheidsaandeelhouders.

1 Inleiding

2023 is in juridisch opzicht een goed jaar voor minderheidsaandeelhouders. In februari benadrukte de Hoge Raad in de Cordial-beschikking^[1] dat bij het bepalen van het belang van de vennootschap ook de belangen van de minderheidsaandeelhouder moeten worden betrokken, waaronder ook hoort het belang van de minderheidsaandeelhouder bij het naleven van de (zorgvuldigheids)normen bij een emissie van aandelen. In april is (eindelijk) het wetsvoorstel Wagevoe^[2] naar de Raad van State gestuurd, waarin onder meer is voorzien in een vereenvoudigde uittreedregeling voor een beknelde minderheidsaandeelhouder.^[3] En in september heeft de Hoge Raad in de Funda-beschikking een ruime reikwijdte aangenomen van de enquêteprocedure en de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.

In dit artikel ga ik in op de betekenis van de Funda-beschikking voor de bescherming van minderheidsaandeelhouders en -certificaathouders. In paragraaf 2 bespreek ik het feitencomplex van de zaak, waaronder het oordeel van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad. In paragraaf 3 ga ik in op het belang van zorgplichten voor de bescherming van minderheidsaandeelhouders. In paragraaf 4 en 5 bespreek ik vervolgens de reikwijdte van de enquêteprocedure respectievelijk de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.

2 De uitspraak

2.1 De casus

Vereenvoudigd weergegeven komen de feiten op het volgende neer. De internetsite Funda is in 2000 ontstaan op initiatief van de Nederlandse Coöperatieve Vereniging van Makelaars en Taxateurs in onroerende goederen, oftewel de NVM. De internetsite is ondergebracht in Funda B.V. (hierna: Funda). Deze vennootschap is opgericht als zelfstandige rechtspersoon, die juridisch en operationeel op afstand van NVM zou staan. NVM is echter wel indirect, via haar dochteronderneming NVM Holding B.V. (hierna: NVM Holding), de belangrijkste aandeelhouder van Funda; zij vertegenwoordigt maar liefst 90% van de stemrechten in de algemene vergadering.

De overige 10% van de stemrechten wordt gehouden door Stichting Administratiekantoor Funda (hierna: STAK Funda). STAK Funda heeft certificaten van de door haar gehouden aandelen uitgegeven. NVM Holding houdt ruim 11% van die certificaten. De overige certificaten zijn uitgegeven aan NVM-leden die zich hadden ingeschreven. NVM Holding en de certificaathouders houden een winstrecht van 70,6% respectievelijk 29,4%. Figuur 1 geeft dit schematisch weer.

img alt="" src="/uploads/ckeditor/pictures/32/content_MvO_2452-3135_2023_009_008_007_Afb1.jpg" style="height:345px; width:388px">

Structuuroverzicht Funda

Verschillende derde partijen hebben door de jaren heen hun interesse kenbaar gemaakt om te investeren in Funda. De waardering van de onderneming op basis waarvan geïnteresseerde partijen zeiden te willen investeren, was veel hoger dan de waarde waartegen certificaten onderling tussen de certificaathouders werden verhandeld. Om te kunnen profiteren van de waardevermeerdering van de aandelen in Funda hebben verschillende certificaathouders zich bij STAK Funda, Funda of NVM gemeld met het verzoek de interesse van de investeerders sterk in overweging te nemen.

Het probleem is dat de bij Funda betrokken partijen van mening verschillen over de toekomst van het bedrijf. NVM Holding vindt dat Funda zich bij het bepalen van haar strategie dient te richten naar de belangen van NVM en haar leden. Funda zelf vindt daarentegen dat zij, om succesvol te blijven, autonoom haar strategie moet kunnen bepalen. Zij wordt daarin ondersteund door STAK Funda en de vereniging FundaBelang, die 89 certificaathouders vertegenwoordigt.

Dit verschil in inzicht heeft ertoe geleid dat FundaBelang de Ondernemingskamer heeft

verzocht een onderzoek te gelasten naar het beleid en de juiste gang van zaken van Funda.

2.2 De stellingen van Funda

Funda, die zich tijdens de procedure bij het verzoek van FundaBelang heeft aangesloten, heeft aangevoerd dat zij door NVM en NVM Holding wordt belemmerd in de uitvoering van haar strategie.[4] Funda heeft namelijk al in 2018 haar strategie geformuleerd, waarbij zij zou gaan veranderen van een eenzijdig platform (alleen gericht op makelaars) naar een tweezijdig platform (gericht op makelaars en consumenten).[5] Deze strategie wordt gesteund door de raad van commissarissen (hierna: RvC) van Funda, STAK Funda, de certificaaathouders en de ondernemingsraad. Hoewel NVM Holding en NVM aanvankelijk positief waren over deze nieuwe strategie, hebben zij besluiten op dit gebied op de lange baan geschoven. NVM blokkeert de ontwikkeling van producten door Funda die consumenteninformatie geven over de woningmarkt en eist dat nieuwe producten exclusief of gratis voor NVM-makelaars zijn. NVM Holding en NVM bemoeien zich volgens Funda aldus direct met haar strategie en betreden daarmee het terrein dat aan haar bestuur is voorbehouden. Bij dit alles doen NVM Holding en NVM verstrekende informatieverzoeken, oefenen zij oneigenlijke druk uit op de RvC van Funda en het bestuur van STAK Funda, en bemoeien zij zich met Funda's operationele gang van zaken en organisatie.[6]

Daarnaast hebben NVM en NVM Holding volgens Funda onvoldoende oog voor de belangen van de certificaaathouders. Weliswaar zal de certificaaathouders in de toekomst een exitmogelijkheid worden aangeboden, maar de prijs die zij daarbij in gedachten hebben, komt niet in de buurt van de indicatieve biedingen die externe bidders hebben laten doorschemeren.[7]

2.3 De stellingen van NVM en NVM Holding

NVM en NVM Holding hebben onder meer aangevoerd dat de resultaten over 2021 achter zijn gebleven ten opzichte van de verwachtingen en dat het niet realistisch is dat een waardering van Funda zal uitkomen op het niveau waar voorheen rekening mee werd gehouden. Om die reden ligt het aantrekken van een nieuwe strategische aandeelhouder op dit moment niet voor de hand en heeft geen definitieve besluitvorming kunnen plaatsvinden over de gewenste voorkeursrichting en een mogelijke exit voor certificaaathouders.[8] Voorts menen zij dat het uitgangspunt is dat het bestuur van Funda bij het bepalen van de strategie van de onderneming het juiste gewicht dient toe te kennen aan het concernbelang, waarin begrepen het belang van de NVM-leden. Funda is immers onderdeel van de NVM-Groep. Bezien vanuit het ledenbelang zijn de bedenkingen van NVM en NVM Holding bij de nieuwe strategie van

Funda logisch.[9]

2.4 Oordeel van de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer heeft het verzoek tot het bevelen van een onderzoek toegewezen.[10] Zij overweegt dat NVM Holding als grootaandeelhouder de schakel vormt tussen NVM en haar leden enerzijds en Funda anderzijds. Het succes en de verdere groei van Funda worden door de actieve NVM-leden als een potentiële bedreiging gezien. Een beperking van de vrijheid van Funda om te innoveren en te groeien belemmert volgens de Ondernemingskamer mogelijk het bestendige succes van Funda's onderneming. De certificaathouders hebben een - gerechtvaardigd belang bij waardevermeerdering van hun certificaten en een deel van hen wil na twintig jaar een reële mogelijkheid om die waarde door verkoop te realiseren. Toetreding van een strategische externe aandeelhouder zou die mogelijkheid kunnen bieden, maar dit zou wel een beperking van de zeggenschap van NVM Holding en daarmee een beperking van de invloed van de NVM-leden met zich meebrengen.[11] Tegen die achtergrond probeert NVM Holding al jaren tot besluitvorming te komen over de toekomst van de aandeelhoudersstructuur, de positie van Funda, het al dan niet toetreden van een derde aandeelhouder en een mogelijke exit voor de certificaathouders. Deze pogingen zijn telkens gestrand.[12] Het is voor de certificaathouders nog steeds niet duidelijk of, en zo ja, in welke vorm aan hen de mogelijkheid van een exit zal worden geboden.[13]

De Ondernemingskamer overweegt dat in de gegeven omstandigheden de op grond van artikel 2:8 BW op NVM en NVM Holding als (indirect) meerderheidsaandeelhouders rustende zorgplicht meebrengt dat zij Funda, STAK Funda en de certificaathouders niet langer in het ongewisse mogen laten, en dat zij een heldere keuze moeten maken over de toekomst van de aandeelhoudersstructuur, de positie van Funda en een mogelijke exit voor de certificaathouders.[14] Zij is van oordeel dat het onvermogen van NVM en NVM Holding om een dergelijk besluit te nemen, in samenhang gezien met de invloed die dat heeft gehad en heeft op de ontwikkeling en de uitvoering van de strategie van Funda en de door haar gedreven onderneming, een gegronde reden oplevert om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Funda.[15]

2.5 Het cassatieberoep

NVM heeft tegen de beschikking van de Ondernemingskamer cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad gaat in zijn beschikking in op twee klachten.

2.5.1 Reikwijdte van de enquêteprocedure

De eerste klacht stelt de vraag aan de orde of het handelen van NVM als indirect aandeelhouder onderwerp van een enquêteprocedure kan zijn. Hoewel de Hoge Raad dit middel verwerpt vanwege een gebrek aan feitelijke grondslag,[16] wijdt hij wel een overweging ten overvloede aan het onderwerp.

De Hoge Raad overweegt, samengevat, dat het bevelen van een enquête een discretionaire bevoegdheid van de Ondernemingskamer is, die moet zijn gestoeld op een afweging van de betrokken belangen. Daarbij moeten mede worden betrokken de aard van het tussen de verzoekers en de rechtspersoon bestaande geschil en de bezwaren tegen een ruime toepassing van het enquêtemiddel. Uitgangspunt bij de toepassing van het enquêterecht is dat het uiteindelijk vooral aankomt op de economische werkelijkheid.[17]

Daarmee strookt volgens de Hoge Raad dat ook het handelen van een organisatorisch met de rechtspersoon verbonden andere rechtspersoon, bijvoorbeeld een indirect aandeelhouder, kan vallen onder het bereik van het beleid en de gang van zaken, en dus onderwerp kan zijn van een enquêteprocedure van die eerstbedoelde rechtspersoon. Of bepaald handelen onder het bereik van het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon valt, is afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden kunnen, aldus de Hoge Raad, onder meer behoren de hoedanigheid of functie van degene wiens handelingen het betreft, diens organisatorische verbondenheid met of betrokkenheid bij de rechtspersoon waarop het enquêteverzoek betrekking heeft, en diens invloed, al dan niet rechtstreeks, op het beleid en de gang van zaken van die rechtspersoon. Niet noodzakelijk is dat degene om wiens handelen het gaat, ook bestuurder is van de rechtspersoon of met die rechtspersoon in een groep is verbonden.[18]

2.5.2 Reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid

De tweede klacht voert aan dat de Ondernemingskamer heeft miskend dat een indirect aandeelhouder niet behoort tot degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de vennootschap zijn betrokken in de zin van artikel 2:8 BW, en dat op hem ‘dus ook’ geen zorgvuldigheidsplicht jegens de vennootschap, STAK Funda als minderheidsaandeelhouder en de houders van certificaten kan rusten.

De Hoge Raad oordeelt dat artikel 2:8 BW, net als veel andere bepalingen van Boek 2 BW, is geformuleerd vanuit het perspectief van één rechtspersoon. Echter, voor de uitleg van dergelijke bepalingen van Boek 2 BW en de toepassing daarvan in een concreet geval kan volgens de Hoge Raad van belang zijn dat sprake is van een organisatorisch verband van rechtspersonen. De omstandigheden van het geval kunnen daarom meebrengen dat onder de

reikwijdte van artikel 2:8 lid 1 BW ook vallen de organisatorisch verbonden rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij die organisatorisch verbonden rechtspersoon zijn betrokken.[19]

De Hoge Raad voegt daaraan toe dat ook buiten het toepassingsbereik van artikel 2:8 lid 1 BW concrete zorgvuldigheidsnormen kunnen voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid en uit hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.[20]

3 Zorgplichten

De bescherming van de juridische positie van minderheidsaandeelhouders heeft nooit op warme belangstelling van de wetgever mogen rekenen. De wet, en dan met name Boek 2 BW, biedt alleen ‘minimum waarborgen’.[21] In het oog springende wettelijke beschermingsbepalingen zijn de regel dat de vennootschap aandeelhouders en certificaathouders die zich in gelijke omstandigheden bevinden op dezelfde wijze moet behandelen (art. 2:92/201 lid 2 BW) en de bevoegdheid tot het vernietigen van besluiten (art. 2:15 BW).

Dergelijke bepalingen zijn in de (rechts)praktijk echter niet van groot belang. Minderheidsbescherming loopt in Nederland met name via het enquêterecht. Sinds de in 2002 gewezen Zwagerman-beschikking[22] geschiedt dat meestal over de band van de zorgplicht[23] die de vennootschap en de meerderheidsaandeelhouder jegens de minderheidsaandeelhouder en -certificaathouder in acht moeten nemen. Zo ook in de Funda-zaak. De Ondernemingskamer benadrukt in haar beschikking eerst dat een aandeelhouder bij het uitoefenen van zijn rechten in beginsel zijn eigen belang tot richtsnoer mag nemen, maar dat op een meerderheidsaandeelhouder een zorgplicht jegens een minderheidsaandeelhouder of -certificaathouder kan rusten. Zij voegt eraan toe dat een aandeelhouder bij de uitoefening van zijn rechten het belang van de vennootschap in beginsel niet mag veronachtzamen. Een aandeelhouder dient in het algemeen meer gewicht toe te kennen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid naarmate zijn invloed op de vennootschap en haar onderneming groeit en naarmate meer belangen van andere betrokkenen in het geding zijn. In bijzondere omstandigheden kan dit zelfs meebrengen dat een meerderheidsaandeelhouder het belang van de vennootschap dient te laten prevaleren boven zijn eigen belangen.[24]

De zorgplicht is als uitwerking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW een flexibel concept dat de rechter veel vrijheid geeft om een zaak naar eigen inzicht op te lossen. Ik heb de zorgplicht daarom al eens omschreven als een boom met vele loten. Een zorgplichtboom waarvan het zaadje met de Zwagerman-beschikking is geplant en die

vervolgens steeds verder is vertakt.[25] Dit maakt dat de vraag of de vennootschap en/of de meerderheidsaandeelhouder een zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder in acht heeft te nemen, en zo ja, wat die zorgplicht dan inhoudt, niet in het algemeen kan worden beantwoord. De zorgplicht kan op vele terreinen een rol spelen, zoals bij (mogelijke) belangenverstrengeling van het bestuur,[26] bij het bepalen van het dividendbeleid[27] en bij het nemen van emissiebesluiten.[28] In de Funda-beschikking werd aangenomen dat de zorgplicht was geschonden omdat de (indirecte) meerderheidsaandeelhouder er niet in slaagde een belangrijk besluit te nemen.

Juist vanwege dit veelzijdige karakter bieden zorgplichten in de praktijk het belangrijkste beschermingsmechanisme voor minderheidsaandeelhouders in enquêteprocedures. Daarom is de vraag van belang *welke* partijen aan die enquêteprocedure en zorgplichten kunnen worden onderworpen. Valt een partij buiten die reikwijdte, dan zijn er minder opties voor de minderheidsaandeelhouder om zijn belangen jegens die partij te beschermen. En dat is precies wat NVM met haar cassatiemiddel beoogt te bewerkstelligen: dat de minderheidsaandeelhouder haar handelen niet binnen een enquêteprocedure aan de zorgplichtregels kan toetsen.

4 Reikwijdte van de enquêteprocedure

4.1 Economische werkelijkheid

Allereerst ga ik in op de vraag welke partijen onderwerp kunnen zijn van een enquêteprocedure bij een vennootschap. Ik noem deze vennootschap hierna, om verwarring te voorkomen, de ‘doelvennootschap’.

NVM heeft in haar cassatiemiddel[29] betoogd dat alleen beleid en/of gedragingen van organen van de doelvennootschap (zoals de algemene vergadering) of van (rechts)personen die deel uitmaken van die organen (zoals een meerderheidsaandeelhouder) onderwerp van de enquêteprocedure op het niveau van de doelvennootschap kunnen zijn. Beleid en/of gedragingen van anderen (zoals een (rechts)persoon die enkel indirect aandeelhouder van de doelvennootschap is) kunnen volgens NVM géén onderwerp van de enquêteprocedure zijn.

A-G Assink gaat in zijn conclusie uitgebreid in op de parlementaire behandeling van de enquêteprocedure. Daarin is meerdere malen en in diverse bewoordingen opgemerkt dat ook het gedrag van een individuele aandeelhouder aanleiding kan geven voor een enquête indien dat gedrag de gang van zaken binnen de vennootschap voldoende sterk raakt.[30] Uit die passages kan hij niet opmaken dat de wetgever het handelen van een indirect

(meerderheids)aandeelhouder van een doelvennootschap gericht en categorisch heeft willen uitsluiten van het bereik van het beleid en de gang van zaken van de doelvennootschap in enquêterechtelijke zin. Ook leest hij in de wet of de parlementaire geschiedenis geen 'harde' voorwaarden, zoals de eis dat de indirect aandeelhouder moet zijn verbonden met de doelvennootschap in een groep in de zin van artikel 2:24b BW.[31]

Daarnaast acht de A-G het van belang dat de Hoge Raad reeds in 2005[32] heeft geoordeeld dat het bij de toepassing van het enquêterecht vooral aankomt op de economische werkelijkheid. Hij haalt hierbij voormalig A-G Timmerman aan,[33] die in deze uitspraak een belangrijke rechtspolitieke aanwijzing ziet die de Ondernemingskamer de mogelijkheid geeft om ondogmatisch, informeel en door het recht heen kijkend door te stoten naar de economische werkelijkheid.[34]

De Hoge Raad volgt de A-G in dit standpunt. Het handelen van een partij die weliswaar niet direct bij de doelvennootschap is betrokken, maar daarmee wel organisatorisch is verbonden, kan onderwerp van enquête op het niveau van die doelvennootschap zijn. Wanneer dit aan de orde is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad noemt enkele gezichtspunten, zoals (1) de hoedanigheid of functie van degene wiens handelen het betreft, (2) diens organisatorische verbondenheid met of betrokkenheid bij de doelvennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft, en (3) diens invloed, al dan niet rechtstreeks, op het beleid en de gang van zaken van die doelvennootschap.

4.2 Andere partijen dan indirecte aandeelhouders

In deze zaak gaat het om een indirect aandeelhouder die over 90% van de zeggenschapsrechten en 70,6% van de winstrechten in de doelvennootschap beschikt. Dat die partij organisatorisch bij de doelvennootschap is betrokken, verbaast niet. Ik vraag me echter af of er nog andere partijen te bedenken zijn die onder de 'organisatorische verbondenheid' kunnen vallen. Ik denk het wel. Ook partijen zoals toekomstige (meerderheids)aandeelhouders, verschaffers van risicodragend kapitaal die enquêterecht hebben en partijen die rechten kunnen ontleen aan stem- en aandeelhoudersovereenkomsten zonder zelf aandeel- of certificaathouder te zijn, kunnen betrokken zijn bij het beleid en de gang van zaken van de doelvennootschap.[35] Ik acht het verdedigbaar dat dergelijke partijen onder omstandigheden ook onder de reikwijdte van de enquêteprocedure op niveau van de doelvennootschap kunnen vallen.

5 Reikwijdte van artikel 2:8 BW

5.1 De Hoge Raad mengt zich in de discussie

Wellicht belangrijker in het kader van minderheidsbescherming is de vraag welke partijen onder de reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW – en daarmee onder de reikwijdte van de zorgplichtjurisprudentie – vallen.

Artikel 2:8 BW richt zich tot degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon – de doelvennootschap – zijn betrokken. In de parlementaire geschiedenis is hierbij een ruime opvatting verdedigd. Volgens de minister is een ruime kring ‘niet schadelijk, integendeel’.[36] Ook de Ondernemingskamer legt artikel 2:8 BW doorgaans ruim uit. Zo meent zij dat onder meer toekomstige aandeelhouders,[37] voormalig aandeelhouders[38] of aan de meerderheidsaandeelhouder gelieerde vennootschappen[39] onder de reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid kunnen vallen.

In de literatuur is wel kritisch op dergelijke uitspraken gereageerd. Zo heeft Schrama betoogd dat de Ondernemingskamer moeilijk bedoeld kan hebben dat een toekomstig aandeelhouder onder het bereik van artikel 2:8 BW valt, omdat die immers niet tot de betrokkenen van de vennootschap kan worden gerekend.[40] Kroeze meent dat binding aan de redelijkheid en billijkheid voor partijen die niet krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de doelvennootschap zijn betrokken, gebaseerd moet zijn op het ongeschreven recht.[41] En Oosterhof heeft betoogd dat partijen zoals aspirant-aandeelhouders niet tot de kring van artikel 2:8 BW kunnen worden gerekend, omdat de tekst van het artikel daar geen aanknopingspunten voor zou bieden. Wel meent hij dat er gronden zouden kunnen zijn om artikel 2:8 BW ‘analogisch’ toe te passen, indien het niet-geregelde geval zozeer lijkt op de wel in de wet geregelde gevallen, dat het onder de werking van de wettelijke regeling moet worden gebracht.[42]

Ook in de jurisprudentie is wel een striktere lezing van artikel 2:8 BW aangenomen. Zo sloot de rechtbank Rotterdam een partij die slechts een contractueel recht had op levering van aandelen uit van de reikwijdte van de werkingssfeer van artikel 2:8 BW. Het artikel ziet volgens de rechtbank immers ‘niet op situaties waarbij een niet bij de vennootschap betrokken persoon wel tot de kring van betrokkenen gaat behoren’.[43] De rechtbank Den Haag oordeelde op haar beurt dat een derde partij waaraan op grond van een stemovereenkomst stemrechten op aandelen waren overgedragen eveneens buiten de kring viel waaraan een beroep op artikel 2:8 BW toekomt.[44]

In deze beschikking mengt de Hoge Raad zich ook in deze discussie door de reikwijdte van artikel 2:8 BW ruimer uit te leggen dan de wettekst ervan suggereert. Hij merkt op dat

artikel 2:8 BW, net als overige bepalingen in Boek 2 BW, een opzichzelfstaande (enkelvoudige) rechtspersoon tot uitgangspunt neemt. Voor de uitleg van dergelijke bepalingen van Boek 2 BW en de toepassing daarvan kan het daarom van belang zijn dat sprake is van een organisatorisch verband van rechtspersonen. Organisatorisch met de doelvennootschap verbonden rechtspersonen kunnen dus onder omstandigheden onder de reikwijdte van het artikel vallen. En dat niet alleen, zelfs de partijen die op hun beurt krachtens de wet en de statuten verbonden zijn aan de ‘organisatorisch verbonden rechtspersoon’, kunnen onder de reikwijdte van artikel 2:8 BW vallen ten opzichte van de doelvennootschap. De Hoge Raad volgt hiermee zijn A-G, die heeft betoogd dat categorische uitsluiting van ‘hogere’ gelegen rechtspersonen van de reikwijdte van artikel 2:8 BW ten opzichte van de doelvennootschap blijkt geeft van een te formalistische, rigide benadering, die onvoldoende rekening houdt met de rijkgeschakeerde praktijk.[45]

In bredere zin overweegt de Hoge Raad dat de redelijkheid en billijkheidsnorm ook van toepassing zijn op partijen die strikt genomen niet onder het wettelijk bereik van artikel 2:8 BW vallen. A-G Assink memoreert in dit verband in zijn conclusie dat de redelijkheid en billijkheid een grondnorm van het ondernemingsrecht is, waarbij het open, buigzame, intrinsiek contextuele karakter van artikel 2:8 BW relevant is. Daarmee acht hij het aanvaardbaar dat onder omstandigheden de reikwijdte van artikel 2:8 BW kan worden opgerekt.[46] De Hoge Raad is het daarmee eens, en oordeelt dat ook buiten het toepassingsbereik van artikel 2:8 lid 1 BW concrete zorgvuldigheidsnormen kunnen voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid en uit hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De hiervoor aangehaalde mening van Kroeze resoneert in deze overweging.

5.2 Betrokkenheid

Voor de vraag wanneer de omstandigheden aan de orde zijn dat organisatorisch met de doelvennootschap verbonden rechtspersonen onder de reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid vallen, geeft de Hoge Raad – anders dan hij deed voor de reikwijdte van de enquêteprocedure – géén gezichtspunten. Kennelijk durft de Hoge Raad het niet aan om inzichten te geven waar de kring van artikel 2:8 BW begint en – belangrijker – waar hij ophoudt. Wellicht is dat ook onmogelijk. Zoals Timmerman het verwoordt: de maatschappij en het economisch leven zijn inmiddels veel diverser dan aan het begin van de twintigste eeuw met uiteenlopende samenwerkingsverbanden.[47] Het geven van gezichtspunten zal mogelijk niet altijd recht doen aan de complexe werkelijkheid.

Dat neemt niet weg dat ik zelf wel een mening heb over hoever de redelijkheid en billijkheid

ten opzichte van de doelvennootschap strekt. Mijns inziens is het sleutelwoord *betrokkenheid*. Een partij die betrokken is bij de doelvennootschap valt in mijn ogen onder de reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid, ongeacht of zij een indirect aandeelhouder is, een toekomstig aandeelhouder, of op een andere wijze betrokken is bij de organisatie van de rechtspersoon. Het betrokkenheidsbegrip past ook beter bij andere, met de redelijkheid en billijkheid verband houdende leerstukken. Zo kan iedere belanghebbende op grond van artikel 2:15 BW een besluit vernietigen. Het is niet ondenkbaar dat een indirect of toekomstig aandeelhouder als belanghebbende kwalificeert in de zin van dit artikel. Die indirect of toekomstig aandeelhouder heeft dan wel vernietigingsbevoegdheid, maar niet wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW wordt geëist, als wordt aangenomen dat hij niet onder de werkingssfeer ervan valt. Ik zie geen reden voor deze discrepantie en meen dat een partij die onder de omstandigheden een besluit kan vernietigen, ook onder de reikwijdte van artikel 2:8 BW valt.

In de literatuur is wel voorgesteld om de tekst van artikel 2:8 BW aan te passen, bijvoorbeeld door de zin ‘een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken’ te veranderen in ‘een rechtspersoon en de bij de rechtspersoon betrokken belanghebbenden’.[48] Ik betwijfel of het ‘belanghebbendenbegrip’ nu zoveel duidelijker is dan het ‘betrokkenenbegrip’. Ik zou menen dat indien artikel 2:8 BW al aanpassing behoeft, het zinvoller is om de zinssnede ‘krachtens wet en statuten’ te schrappen.[49] Dit ziet men ook terug in de Cancun-beschikking, waarin ook wordt gesproken over ‘al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken’.[50]

Wat hier allemaal van zij, ik meen dat met deze beschikking van de Hoge Raad aanpassing van artikel 2:8 BW niet (meer) nodig is. Uit de overweging dat het voor de uitleg van artikel 2:8 BW van belang is dat sprake kan zijn van een organisatorisch verband van rechtspersonen, volgt mijns inziens dat de Hoge Raad ook bij de uitleg van de reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid oog heeft voor de economische werkelijkheid waarbinnen de vennootschap opereert. Daar passen organisatorisch met de doelvennootschap betrokken rechtspersonen bij, maar in mijn ogen ook, in bredere zin, alle partijen die bij de vennootschap zijn betrokken.

6 Conclusie

De Funda-zaak is van groot belang voor de bescherming van minderheidsaandeelhouders en -certificaathouders. Waar de Ondernemingskamer in haar beschikking is ingegaan op het juridisch kader waarbinnen de meerderheidsaandeelhouder in zijn relatie met de vennootschap en de minderheidsaandeelhouder opereert, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat zowel de enquêteprocedure als de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden een

(zeer) ruime reikwijdte kan hebben. Juist vanwege het belang van de enquêteprocedure en de (op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde) zorgplichten voor de bescherming van minderheidsaandeelhouders kan ik dat alleen maar toejuichen.

Noten

[1] HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199 (Cordial III).

[2] Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van enkele bepalingen omtrent de geschillenregeling en ter verduidelijking van de ontvankelijkheidseisen voor de enquêteprocedure voor aandeelhouders en certificaathouders van beursvennootschappen (Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure).

[3] Zie art. 2:343 BW.

[4] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.11.

[5] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.12.

[6] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.13.

[7] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.14.

[8] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.17.

[9] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.18.

[10] FundaBelang heeft de OK ook verzocht om, bij wijze van onmiddellijke voorziening, de door NVM Holding gehouden aandelen in Funda over te dragen aan een beheerder. Funda zelf heeft daarnaast nog verzocht als onmiddellijke voorziening een persoon te benoemen tot commissaris, althans bijzonder functionaris van Funda en NVM en NVM Holding te gebieden de autonomie van Funda te respecteren. Deze verzoeken zijn afgewezen, omdat de OK op dit moment geen aanleiding ziet om met het oog op de toestand van de vennootschap of in het belang van het onderzoek een van de verzochte onmiddellijke voorzieningen te treffen.

[11] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.27.

[12] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.28.

[13] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.43.

[14] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.38.

[15] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.44.

[16] Dat wil zeggen dat NVM is uitgegaan van een verkeerde lezing van de beschikking. De OK heeft, aldus de Hoge Raad, klaarblijkelijk niet meer tot uitdrukking willen brengen dan dat NVM een indirect aandeelhouder van Funda is en dat handelen van NVM in die hoedanigheid om die reden geen onderwerp van deze enquêteprocedure kan zijn.

[17] HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283 (Funda), r.o. 3.4. Dit is overigens al eerder uitgemaakt: zie bijv. HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899, r.o. 3.4 en HR 18 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1705, r.o. 3.2.2.

[18] HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283 (Funda), r.o. 3.5.

[19] HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283 (Funda), r.o. 3.7.

[20] HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283 (Funda), r.o. 3.8.

[21] Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

[22] HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (Zwagerman).

[23] Of zorgvuldigheidsplicht; die termen worden in de rechtspraak door elkaar gebruikt. Ikzelf geef de voorkeur aan zorgplicht.

[24] Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda), r.o. 4.36. Tegen deze overweging is overigens (naar mijn mening terecht) geen cassatieklacht gericht.

[25] S.L. Haanschoten, Biedt zorgplicht wel voldoende bescherming aan de minderheidsaandeelhouder? Een pleidooi voor een betere uittredingsregeling, *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 7, p. 341-348.

- [26] Hof Amsterdam (OK) 10 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1734 (Omines Services).
- [27] Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3704 (Veldman Beheer).
- [28] Hof Amsterdam (OK) 10 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4258 (Simetra Investments).
- [29] Subonderdeel 3.4, zoals weergegeven in concl. A-G Assink17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:360, par. 3.3.1.
- [30] Concl. A-G Assink17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:360, par. 3.5.2.
- [31] Concl. A-G Assink17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:360, par. 3.5.3.
- [32] HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899, r.o. 3.4.
- [33] Concl. A-G Assink17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:360, par. 3.5.4.
- [34] L. Timmerman, Het enquêterecht als vernieuwer van het vennootschapsrecht?, in: C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & P.H.M. Broere (red.), Handboek enquêterecht, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 1547.
- [35] Illustratief voor een betrokken toekomstige aandeelhouder is de PCM-beschikking, waarbij een private-equitypartij via een *leveraged buyout* een belang zou nemen in PCM. Door de leveraged buyout zou PCM echter in financiële moeilijkheden komen. De Ondernemingskamer overwoog dat de private-equitypartij die zich aandient als toekomstig aandeelhouder in een vennootschap op een wijze als de onderhavige in haar handelen dat verband houdt met het verkrijgen van de aandelen niet alleen de eigen belangen, maar ook het belang van PCM dient te betrekken. Zie Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928 (PCM), r.o. 3.13.
- [36] Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6 BW, p. 158 (nr. 2).
- [37] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (Akzo Nobel).
- [38] Hof Amsterdam (OK) 11 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1622 (Bloembollenbedrijf Brouwer).

- [39] Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1503 (L'Étoile).
- [40] H.K. Schrama, Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang, V&O 2012, afl. 6, p. 101-106.
- [41] Asser/Kroeze 2-I 2021/228.
- [42] G.P. Oosterhoff, Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang. Synthetische belangen in aandelen en daaraan te verbinden vennootschapsrechtelijke rechten en verplichtingen (diss. Nijmegen; VDHI nr. 144), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nrs. 6.3.3 en 6.4.1.
- [43] Rb. Rotterdam 25 november 1999, ECLI:NL:RBROT:1999:AG3776, JOR 2000/51, r.o. 6.2.
- [44] Rb. Den Haag 27 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11445, r.o. 6.14.
- [45] Concl. A-G Assink 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:360, par. 3.12.5.
- [46] Concl. A-G Assink 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:360, par. 3.12.5.
- [47] L. Timmerman, Vijf fundamentele veranderingen in het ondernemingsrecht, in: G. van Solinge (red.), Handboek notarieel ondernemingsrecht. B.V. en N.V., Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 13-14, zoals ook aangehaald door de A-G in voetnoot 77 van zijn conclusie.
- [48] Zie o.a. B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid (diss. Maastricht; VDHI nr. 129), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 7.7.1.
- [49] In gelijke zin: M. Koelemeijer, De verantwoordelijke aandeelhouder, TvOB 2015, afl. 2, p. 71.
- [50] Zie HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799 (Cancun), r.o. 4.2.2.

RECHTSPRAAK

**Curator van Totalsolution B.V. en Totalsolution Elektro
Techniek B.V./Bestuurders**

De direct en indirect bestuurder van twee zustervennootschappen worden veroordeeld tot betaling van een voorschot op het boedeltekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 BW. De curator doet een succesvol beroep op de bewijsvermoedens van lid 2. De bestuurders slagen er niet in het vermoeden te ontzenuwen dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een beroep op matiging (lid 4) wordt afgewezen. Een beslissing op het gevorderde bestuursverbod (art. 106a Fw) wordt aangehouden. De curator is verzocht om nadere informatie aan te leveren.

Inleiding

De curator van twee failliete zustervennootschappen stelt de direct bestuurder (een bv) en indirect bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:248 (lid 2) BW (jo. art. 2:11 BW). In totaal bedraagt het faillissementstekort volgens de curator € 1,5 miljoen. Tegen de direct bestuurder wordt verstek verleend. De rechtbank wijst de vordering toe.

Voor de vordering ex artikel 2:248 BW doet de curator een beroep op de bewijsvermoedens van lid 2. Volgens de curator zijn de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) en de deponeringsplicht (art. 2:394 BW) geschonden. Als een bestuurder niet aan die verplichtingen heeft voldaan, staat vast dat sprake is van onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder kan dit laatste vermoeden ontzenuwen door aannemelijk te maken dat (ook) andere feiten en omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Als hij daarin slaagt, zal de curator aannemelijk moeten maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Artikel 2:248 lid 2 BW

De rechtbank oordeelt dat de boekhoudplicht inderdaad is geschonden bij beide vennootschappen en de deponeringsplicht bij een van de vennootschappen. Zie r.o. 4.7, 4.8 en 4.13 voor een uiteenzetting van de onvolkomenheden in de administratie. In het kort komen die erop neer dat verschillende boekjaren niet op elkaar aansloten, alsmede dat er discrepantie bestond tussen de boekhouding en de feitelijke situatie. De bestuurders hebben die omstandigheden onvoldoende concreet en gemotiveerd weerlegd, aldus de rechtbank. Zij oordeelt dat de administratie nimmer op orde was. Zij neemt daartoe ook in aanmerking dat de belastinginspecteur meermaals had gewezen op een 'onzorgvuldige en onkundige' boekhouding.

Causaliteitsverweer

Ter weerlegging van het wettelijk vermoeden hebben de bestuurders aangedragen dat het uitblijven van betalingen door een belangrijke klant (van € 309.000) een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. De rechtbank gaat daarin niet mee. Weliswaar zullen de acute (liquiditeits)problemen zijn vergroot door het niet-betalen, maar dat niet werd betaald is veeleer een gevolg van de 'onderliggende problematiek' (namelijk de gebrekkige bedrijfsvoering) dan een andere oorzaak van het faillissement.

De financiële problemen zouden ook zijn ontstaan als de klant wél had betaald, oordeelt de rechtbank. De onderneming had jarenlang een negatief eigen vermogen en voldeed niet (tijdig) aan fiscale verplichtingen. Weliswaar verachtvoudigde de omzet in de drie jaren vóór het faillissement, maar door de zwakke financiële en administratieve organisatie was de onderneming niet in staat om opkomende problemen adequaat te adresseren. Geen redelijk denkend bestuurder zou in die omstandigheden aldus hebben gehandeld. Door het bestuurshandelen zijn de vennootschappen gefailleerd, met substantiële boedeltekorten.

Matigingsberoep

De rechtbank wijst een voorschot ad € 300.000 toe op het boedeltekort. Het beroep op de matigingsgronden van lid 4 van artikel 2:248 BW slaagt niet. De bestuurders hadden aangevoerd niet te zijn verrijkt door het onbehoorlijk bestuur, en zij wezen op de lange duur van het faillissement en privéomstandigheden. In het licht van de limitatieve matigingsgronden van lid 4 is het voorgaande geen grond voor matiging, aldus de rechtbank.

Bestuursverbod

Over het gevorderde bestuursverbod ex artikel 106a Fw beslist de rechtbank (nog) niet. Zij

stelt de curator in de gelegenheid om informatie aan te leveren over de andere rechtspersonen waar de bestuurders nog bestuurder of commissaris zouden zijn. De curator dient een uittreksel aan te leveren als bedoeld in artikel 106c Fw tegen de rol van 1 november 2023. Wordt vervolgd, waarschijnlijk.

R.J.H. Berghuis, november 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:9314

Zaaknummer: C/10/652919 / HA ZA 23-158

Rechters: C. Bouwman, J.M.J. Arts en J. Roest

Advocaten: J. Smael en A.C. Hansen

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:248 lid 2 BW, 2:10 BW, 2:394 BW, 2:248 lid 4 BW en 106a Fw

RECHTSPRAAK

Heropening vereffening faillissement op grond van artikel 2:23c BW. Met wenk

De rechtbank gebruikt artikel 2:23c BW als grondslag voor de heropening van de vereffening in een beëindigd faillissement. Met wenk.

Het faillissement van Spencer Dunnewolt B.V. is vereenvoudigd afgewikkeld en geëindigd door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst. De voormalig curator verzoekt om heropening van de vereffening met benoeming van de curator tot vereffenaar, omdat een nabetaling volgt van € 108.286,85 uit een ander faillissement.

De rechtbank heropent de vereffening van het faillissement en noemt hiervoor als grondslag artikel 2:23c BW. De curator wordt benoemd tot vereffenaar en de rechtbank bepaalt wie rechter-commissaris is. De rechtbank overweegt dat, omdat het faillissement vereenvoudigd is afgewikkeld, de concurrente schuldeisers ook op de uitdelingslijst geplaatst moeten worden omdat ook aan hen een uitkering kan worden gedaan.

Wenk

De rechtbank lijkt de heropening van de vereffening van een rechtspersoon op grond van Boek 2 BW en de heropening van het faillissement op grond van artikel 194 Fw door elkaar te halen. De vereffeningsregels uit Boek 2 BW zijn echter niet van toepassing op de vereffening in een (heropend) faillissement. Zie aldus HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1310, OR 2020-0268, in het bijzonder r.o. 3.5.1. Andersom geldt uiteraard hetzelfde. Zo is er geen grondslag om bij heropening van de vereffening op grond van Boek 2 BW een rechter-commissaris te benoemen. Het was in dit geval logischer geweest als de rechtbank het faillissement had heropend op grond van artikel 194 FW.

H.J. de Kloe, november 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 25-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:16067

Zaaknummer: C/09/04/822 F

Rechters: A.C.M. Höppener

Advocaten: F.Th.P. van Voorst

Wetsartikelen: 2:23c BW, 194 Fw en 137a Fw

RECHTSPRAAK

Je Zusje B.V./Vereniging Buma

Een turbogeliquideerde rechtspersoon wordt failliet verklaard. De voorwaarde hiervoor is het bestaan van een bate, terwijl aan de voorwaarden van faillietverklaring wordt voldaan. Dat is in casu, anders dan de failliet betoogt, het geval.

Introductie

Wanneer ten tijde van ontbinding van een rechtspersoon geen baten meer aanwezig zijn, houdt deze alsdan op te bestaan ingevolge artikel 2:19 lid 4 BW. Deze snelle ontbindingswijze wordt ook wel aangeduid als turboliquidatie. Wanneer een rechtspersoon via turboliquidatie verdwijnt, betekent dit echter niet dat deze onomkeerbaar heeft opgehouden te bestaan. Een turbogeliquideerde rechtspersoon kan namelijk herleven buiten en in faillissement. Buiten faillissement geldt op grond van artikel 2:23c lid 1 BW dat de rechtspersoon ter vereffening kan herleven indien achteraf van een bate blijkt of een schuldeiser tot het saldo opkomt. In dat laatste geval dient de schuldeiser ook het bestaan van een bate aan te tonen, nu een herleving anders zinloos is. Een turbogeliquideerde rechtspersoon kan ook alsnog failliet worden verklaard. Alsdan dient de aanvrager van het faillissement ook het bestaan van een bate aan te tonen en wordt getoetst aan de voorwaarden van een faillietverklaring; de rechtspersoon dient in een toestand te verkeren waarin hij heeft opgehouden te betalen. Vraagt een schuldeiser het faillissement aan, dan dient deze zijn/haar vorderingsrecht aan te tonen.

Geschil

Deze zaak betreft Je Zusje BV, een vennootschap die op 23 mei 2023 in staat van faillissement is verklaard. De bv is vervolgens in hoger beroep gekomen tegen het faillissementsvonnis, waarbij zij de volgende grieven instelt:

De bv had in juli 2021 wegens het niet kunnen organiseren van een gepland festival door COVID-19 geen activa en ook geen liquide middelen meer, als gevolg waarvan een turboliquidatie is toegepast. De bv geeft aan dat het eigen vermogen in 2019 en 2020 negatief was. De in de jaarrekening van 2020 vermelde activa zouden zijn aangewend ter voldoening

van haar schuldeisers. Bovendien zou uit de V&W-rekening 2020 en de liquidatiebalans over 2021 blijken dat er ten tijde van turboliquidatie geen activa meer waren.

De bv betoogt ook dat zij aan Buma noch Sligro (twee vermeende schuldeisers) enig bedrag was verschuldigd. De vonnissen waarbij de bv werd veroordeeld tot betaling aan Buma en Sligro zijn gewezen na turboliquidatie. Dit brengt volgens de bv ook mee dat er geen sprake is van pluraliteit van schuldeisers en dat de bv evenmin verkeert in een toestand te hebben opgehouden betalen.

Volgens Buma is de stelling van de bv dat er geen baten waren, aantoonbaar onjuist. Buma betoogt dat op geen enkele wijze inzichtelijk is gemaakt hoe de baten die er in 2019 nog waren, zijn aangewend ter aflossing van schulden. Bovendien had de rechtbank reeds overwogen dat als mogelijke bate is aan te merken een potentiële vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid in verband met het niet voldoen aan de deponeringsverplichting. Ten aanzien van de tweede grief stelt Buma zich op het standpunt dat juist uit de door de bv aangehaalde vonnissen volgt dat Buma en Sligro vorderingen hebben op de bv.

Oordeel gerechtshof

Het hof gaat hierin mee. Het hof overweegt dat uit de jaarrekening 2020 blijkt dat de bv in 2019 en 2020 nog baten had. Hoewel de bv stelt dat zij hiermee schuldeisers heeft afbetaald, is dat volgens het hof niet inzichtelijk geworden. Bovendien overweegt het hof dat het feit dat de vonnissen na turboliquidatie zijn gewezen, niet maakt dat de vorderingen van Buma en Sligro buiten beschouwing dienen te worden gelaten. Dat lijkt mij juist. Artikel 2:19 lid 5 BW bepaalt dat een rechtspersoon na ontbinding blijft bestaan ter vereffening. Dit betekent voor een turbogeliquideerde rechtspersoon dat deze feitelijk blijft voortbestaan wanneer er ten tijde van ontbinding nog een bate was, hetgeen in casu het geval is. Zie voor deze gevolgtrekking ook: Hof Amsterdam 3 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3004, OR 2020-0382.

S. Renssen, november 2023

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 26-09-2023

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:2090

Zaaknummer: 200.327.814/01

Rechters: C.J. Verduyn, R.S. van Coevorden en H.J. van Kooten

Advocaten: Y.H.M. van Mierlo en E.T. van den Hout

Wetsartikelen: 1 Fw, 6 Fw en 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Middellijk bestuurder van Malignum B.V./Curator

Een bestuurder stelt een curator q.q. en pro se aansprakelijk voor het voeren van een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure, mede omdat de boedel ontoereikend is om de proceskosten te betalen. De bestuurder meent dat de curator misbruik van procesrecht heeft gemaakt, omdat de curator op voorhand had moeten weten dat de procedure kansloos was. Ook had de curator naar de mening van de bestuurder een beroep moeten doen op de Garantstellingsregeling Curatoren, omdat daaruit ook de proceskostenvergoeding betaald had kunnen worden. De rechtbank wijst de vorderingen van de bestuurder af. Misbruik van procesrecht is niet snel aan de orde. Ook hier niet, mede omdat de R-C de curator heeft gemachtigd om hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van de rechtbank waarin de vorderingen van de curator waren afgewezen. Volgens de R-C had het hoger beroep een redelijke kans van slagen. De curator had ook geen beroep hoeven doen op de garantstellingsregeling. De bestuurder kan aan deze regeling geen bescherming ontnemen, omdat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste: de regeling strekt niet tot bescherming van de belangen van de bestuurder.

Inleiding

In deze zaak spant de middellijk bestuurder van Malignum B.V. een zaak aan tegen de curator in het faillissement van Malignum B.V. Destijds heeft de curator deze bestuurder aansprakelijk gesteld voor onbehoorlijk bestuur, onbehoorlijke vervulling van zijn taken en onrechtmatige daad. Hoewel de curator bleef betwisten dat er een afspraak met de bestuurder tegen finale kwijting tot stand is gekomen, slaagt de bestuurder in zijn bewijsopdracht dat hij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat hij was gevrijwaard van aansprakelijkheid. De

rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen, waarna de curator tevergeefs hoger beroep heeft ingesteld. Het hof Den Haag heeft de uitspraak van de rechtbank bekrachtigd, waarbij de curator in de proceskosten is veroordeeld (zie OR 2022-0211). Vanwege een ontoereikende boedel heeft de curator de proceskosten niet betaald.

Vorderingen

In verband met de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure stelt de bestuurder de curator in deze procedure aansprakelijk voor zijn schade, waaronder de (reële) proceskosten. In conventie eist de bestuurder een verklaring voor recht van onrechtmatig handelen door de curator, zowel q.q. als pro se. De bestuurder beargumenteert dat de curator lichtvaardig heeft geprocedeerd, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, vanwege de beweerde afspraak. Volgens de redenering van de bestuurder had de curator moeten weten dat een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure kansloos zou zijn. Het verwijt aan het adres van de curator is daarom misbruik van procesrecht. Voorts betoogt de bestuurder dat de curator verplicht was een beroep te doen op de Garantstellingsregeling Curatoren 2012. Door een aanvraag achterwege te laten, heeft de curator niet aan zijn schadebeperkingsplicht tegenover de bestuurder voldaan, aldus de bestuurder.

In reconventie wijst de curator op de evident onjuiste vordering van de bestuurder, zodat de bestuurder met zijn procedure in conventie misbruik van procesrecht maakt en aansprakelijk is voor de reële proceskosten van de curator. Ook stelt de curator dat de bestuurder geen belang heeft bij de tegen de curator q.q. gevorderde verklaring voor recht dat hij aansprakelijk is voor betaling van de proceskosten, omdat de procedures voor de rechtbank en het hof al een proceskostenveroordeling van de curator q.q. hebben opgeleverd.

Beoordeling rechtbank

De rechtbank benadrukt terughoudendheid bij het vaststellen van misbruik van procesrecht, met verwijzing naar het recht op toegang tot de rechter volgens artikel 6 EVRM. Misbruik van procesrecht kan alleen worden vastgesteld als de eisende partij haar vordering baseert op feiten waarvan zij de onjuistheid kende of behoorde te kennen, of op stellingen waarvan zij op voorhand had moeten begrijpen dat ze geen kans van slagen hadden (HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, *NJ 2012/233, Duka/Achmea*). De rechtbank beoordeelt of de curator wist of behoorde te weten dat de zaak tegen de bestuurder geen kans van slagen had, vanwege de afspraak. Daarbij wordt verwezen naar een beschikking van de rechter-commissaris op het machtigingsverzoek van de curator (ex art. 68 lid 3 Fw). Op basis van de informatie van de curator heeft de rechter-commissaris afgewogen dat het hoger beroep een redelijke kans van slagen zou hebben. Zo was het niet onaannemelijk dat het gerechtshof tot een andere

waardering van de door de bestuurder aangedragen bewijsmiddelen zou komen. Zowel uit de vonnissen van de rechtbank als uit het arrest van het hof volgt dat de curator het bestaan van de afspraak steeds heeft betwist, zowel voorafgaande aan de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure als tijdens die procedure. Hieruit volgt dat geen sprake is geweest van een evident ongegronde vordering zijdens de curator. De conclusie luidt dan ook dat misbruik van procesrecht door de curator niet aan de orde is.

Ondanks eerdere compensatie voor proceskosten erkent de rechtbank het belang van de bestuurder bij zijn vordering tegen de curator, vooral gezien de faillissementsboedel van Malignum geen verhaal bood. Anders dan de bestuurder meent, kan de bestuurder geen bescherming ontlenen aan de Garantstellingsregeling, omdat deze niet strekt tot bescherming van zijn belangen. De curator voert terecht aan dat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste in de zin van artikel 6:163 BW. Voor zover een curator op grond van de Garantstellingsregeling al gehouden zou zijn tot het aanvragen van een garantstelling om (onder andere) schade te beperken, strekt die schadebeperkingsplicht in ieder geval niet tot bescherming van een door de curator aangesproken bestuurder.

In conventie wijst de rechtbank de vorderingen van de bestuurder af en veroordeelt hem in de proceskosten. In reconventie ontbreekt elke basis voor de vorderingen van de curator en worden deze afgewezen.

E. Ayerdem, november 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 18-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:9371

Zaaknummer: C/10/650801 / HA ZA 23-29

Rechters: B.J.M.P. Cremers

Advocaten: S.A.H.J. Warringa en J.G.M. Roijers

Wetsartikelen: 6 EVRM, 6:163 BW en 68 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

**Rijksdienst voor Ondernemend
Nederland/Stichtingsbestuurder**

In deze zaak vordert de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland ('RVO') schadevergoeding van de bestuurder van een stichting wegens frauduleus verkregen MIT-subsidies. De bestuurder is hiervoor strafrechtelijk veroordeeld en RVO heeft de subsidievaststelling per besluit ingetrokken. Ten tijde van de beroepsprocedure tegen dit intrekkingbesluit ontbindt de bestuurder de stichting en beëindigt deze via turboliquidatie. RVO stelt de bestuurder in deze procedure aansprakelijk voor de geleden schade. De bestuurder voert verweer. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder aansprakelijk is op basis van onrechtmatige daad, aangezien hem gelet op de aard en ernst van zijn handelen een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt aangaande het ten onrechte verkrijgen van subsidies. De rechtbank oordeelt verder dat het intrekkingbesluit formele rechtskracht heeft en dat de strafrechtelijke veroordeling bindende bewijskracht heeft. De verjaringstermijn is pas gaan lopen vanaf het moment dat RVO bekend werd met de turboliquidatie van de stichting.

Feiten

De zaak betreft een geschil tussen de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland ('RVO') en de bestuurder van een stichting ('de Bestuurder'). RVO heeft tussen 2013 en 2014 in het kader van de MIT-regeling subsidies uitbetaald aan de stichting waarvan de Bestuurder de enige bestuurder was. Uit onderzoek van de FIOD is gebleken dat de Bestuurder en de stichting betrokken waren bij een frauduleus patroon met 31 MIT-vouchers. Hierbij werden valse facturen voor niet-geleverde diensten opgesteld en werden de subsidies tussen de Bestuurder en betrokken derden onderling verdeeld. De Bestuurder is hiervoor strafrechtelijk

veroordeeld.

RVO heeft de vaststelling van de aan de stichting verstrekte MIT-subsidies in 2017 ingetrokken en terugbetaling geëist met als reden dat de subsidie-aanvrager wist of behoorde te weten dat de subsidie vaststelling onjuist was. Dit besluit wordt in eerste instantie door het CBb vernietigd omdat RVO per verstrekte subsidie onvoldoende had gemotiveerd waarom tot terugvordering was besloten. In een besluit van mei 2019 handhaaft RVO het eerdere besluit uit 2017 en licht het de redenen daarvoor uitgebreider per MIT-dossier toe. De stichting stelt ook hiertegen beroep in bij het CBb. Tijdens de beroepsprocedure bij het CBb ontbindt en turboliquideert de Bestuurder de stichting wegens een gebrek aan baten.

In 2021 stelt RVO de Bestuurder als bestuurder van de stichting aansprakelijk voor de geleden schade aan onverschuldigd uitbetaalde MIT-subsidies. RVO legt aan haar vorderingen ten grondslag dat uit onder meer het strafarrest blijkt dat de Bestuurder jarenlang bewust via de stichting onterecht aanspraak heeft gemaakt op de subsidies. De Bestuurder heeft daarmee zodanig gehandeld dat hij wist of behoorde te weten dat hij voor de stichting een (terug)betalingsverplichting in het leven zou roepen en wist of redelijkerwijs had behoren te weten dat de stichting niet in staat zou zijn om daaraan te voldoen. Bovendien heeft de Bestuurder de stichting ontbonden en geturboliquideerd vanwege een gebrek aan baten. Dit handelen is onrechtmatig jegens RVO en de Bestuurder kan daarvan volgens RVO persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt. De Bestuurder betwist deze vordering en stelt dat RVO onvoldoende concreet per MIT-dossier heeft aangetoond dat hij schadeplichtig is. De Bestuurder doet verder een beroep op verjaring en een beroep op matiging van de schadevergoeding vanwege persoonlijke omstandigheden.

Beoordeling

De rechtbank gaat eerst in op verjaring en bewijskwesties en vervolgens op de bestuurdersaansprakelijkheid.

Verjaring

De rechtbank oordeelt dat de vordering van RVO niet is verjaard. Ingevolge artikel 3:310 lid 1 BW verjaart een vordering tot schadevergoeding vijf jaar nadat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon. RVO heeft aangevoerd dat de schade waarvan zij vergoeding vordert, de schade is die RVO lijdt doordat zij haar vordering niet op de stichting kan verhalen. De Bestuurder is mede aansprakelijk vanwege zijn handelwijze die de stichting verhinderde haar verplichtingen na te komen en waardoor zij geen verhaal bood voor de ontstane schade. De rechtbank oordeelt daarom dat de

verjaringstermijn pas begon te lopen op het moment dat RVO wist dat de stichting na ontbinding geen verhaal meer zou bieden. De dagvaarding is binnen deze termijn uitgebracht en dus tijdig.

Bewijskwesities

De rechtbank overweegt verder dat in civiele procedures feiten niet onomstotelijk hoeven vast te staan, maar slechts voldoende aannemelijk dienen te zijn. De rechter bepaalt wanneer bewijs als geleverd wordt beschouwd. Het besluit van RVO tot nihilstelling en terugvordering van subsidies bij de stichting heeft formele rechtskracht. Strafrechtelijk bewezenverklaarde feiten leveren dwingend bewijs op in deze procedure. RVO heeft rechtmatig bewijs verkregen via het strafdossier en de Bestuurder heeft een verzwaarde motiveringsplicht in het weerleggen van de bestuurdersaansprakelijkheid.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Tot slot oordeelt de rechtbank dat de Bestuurder – gelet op de aard en ernst van zijn handelen – aansprakelijk is op basis van een onrechtmatige daad. De rechtbank overweegt – verwijzend naar drie arresten van de Hoge Raad^[1] – dat een bestuurder aansprakelijk kan zijn als hem een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat zijn handelen ertoe zou leiden dat de rechtspersoon zijn verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de daardoor ontstane schade. Andere omstandigheden kunnen ook een persoonlijk ernstig verwijt rechtvaardigen, zoals zeer ernstig verwijtbaar handelen dat als misdrijf kan worden beschouwd of dicht tegen de kwalificatie misdrijf aanzit.

De rechtbank is van oordeel dat is komen vast te staan dat de Bestuurder als bestuurder van de stichting moedwillig via een door hem bedachte constructie ten onrechte subsidies heeft binnengehaald. Van dit handelen valt de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt te maken, zodat hij tegenover RVO aansprakelijk is voor de daardoor geleden schade op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank motiveert dit uitvoerig per verstrekte MIT-subsidie.

J.W.A. van der Salm, november 2023

[1] Zie HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*), HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 (*RCI Financial Services B.V./verweerder*) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 16-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:4210

Zaaknummer: C/16/535468 / HA ZA 22-134

Rechters: H.J. ter Meulen

Advocaten: M.E. Meijnhardt en J.H. van der Weide

Wetsartikelen: 6:162 BW, 3:310 BW en 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Jaarrekeningprocedure Field Goal B.V./VCG B.V.

OK; jaarrekeningprocedure. Nadat een CEO – tevens indirect aandeelhouder – van een vennootschap binnen een concern wordt ontslagen, volgt een geschil over de wijze waarop de jaarrekening is vastgesteld. Volgens de oud-CEO wordt de boekhouding op een twijfelachtige manier gevoerd door de financiële positie van de groep in de jaarrekening slechter te doen voorkomen dan die daadwerkelijk is, in de kennelijke poging de koopprijs van de over te nemen aandelen van de oud-CEO te verlagen. De oud-CEO verzoekt op grond van artikel 2:447 BW de OK de betreffende vennootschap te bevelen haar jaarrekening op verschillende punten aan te passen, zodanig dat de volgens de oud-CEO kunstmatig laag gehouden financiële positie ongedaan wordt gemaakt. De verzoeken van de oud-CEO worden na een inhoudelijke beoordeling van de verschillende posten door de OK alle afgewezen. Daaraan voorafgaand gaat de OK in op het gevoerde ontvankelijkheidsverweer, dat wordt verworpen.

Achtergrond

In deze jaarrekeningprocedure gaat het over de jaarrekening 2021 van VCG B.V. ('VCG'). VCG staat aan het hoofd van de Van Caem Klerks Group, een internationaal concern dat zich bezighoudt met de groothandel, import en export van merkgoederen. De aandelen in VCG worden gehouden door:

- Field Goal B.V. ('Field Goal'), 20%;
- Siempre Rico II B.V. ('SRII'), 77,57%;
- Stichting Administratiekantoor Van Caem Klerks Group ('STAK'), 2,43%.

Het bestuur van VCG wordt gevormd door B ('B') en Ever Rich International B.V. ('ERI'). C ('C') is enig bestuurder en enig aandeelhouder van ERI en van Siempre Rico I B.V. ('SRI'). SRI is op haar beurt enig bestuurder en enig aandeelhouder van SRII.

Field Goal wordt gecontroleerd door A ('A'). Op enig moment wordt A benoemd tot CEO van een van de dochtervennootschappen van VCG, VCKG Holding B.V. ('VCKG'), en treedt hij tevens via Field Goal toe als indirect aandeelhouder van VCG. Ten behoeve van de aankoop van de aandelen sluit Field Goal een kredietovereenkomst met ABN AMRO, waarvoor SRI en SRII zich als borg jegens ABN AMRO hebben verbonden. Later, in 2020, wordt A ontslagen als werknemer en bestuurder van enkele dochtervennootschappen van VCG, waaronder VCKG, wegens – kort gezegd – het op eigen rekening verrichten van met de groep concurrerende werkzaamheden. Als gevolg van zijn ontslag moet A op grond van de aandeelhoudersovereenkomst zijn via Field Goal gehouden aandelen in VCG aanbieden aan de andere aandeelhouders. Dit ontslag leidt tot verschillende gerechtelijke procedures, waaronder deze jaarrekeningprocedure bij de OK.

Verzoek

Field Goal schrijft in de nasleep van het ontslag van A en in het kader van de overdracht van haar aandelen meermaals brieven aan de externe accountant van VCG, Grant Thornton, met het bericht dat VCG er een twijfelachtige manier van boekhouden op nahoudt. Dit zou VCG doen door zoveel mogelijk kosten te boeken gedurende de resterende periode dat Field Goal nog aandeelhouder is, vooral in de vorm van overlopende posten (*accruals*) en voorzieningen, om de nettowinst zoveel mogelijk te verlagen en het eigen vermogen van VCG kunstmatig te verlagen. Om die reden verzoekt Field Goal de OK op grond van artikel 2:447 BW om VCG te bevelen de jaarrekening 2021 op verschillende punten aan te passen, zodanig dat de volgens Field Goal kunstmatig laag gehouden financiële positie ongedaan wordt gemaakt. Field Goal legt aan haar verzoek ten grondslag dat de jaarrekening 2021 geen getrouw beeld geeft van de financiële positie van VCG en de groep waartoe zij behoort en daarmee niet voldoet aan de door artikel 2:447 lid 2 BW gestelde eisen.

Beslissing OK

De OK begint met de beoordeling van het verweer van VCG dat Field Goal niet-ontvankelijk is. Volgens VCG gaat het hier om de geconsolideerde jaarrekening en de enkelvoudige jaarrekening van VCG. De verzoeken zouden uitsluitend zijn gericht tegen VCG en niet ook tegen één of meer dochtervennootschappen. Ten aanzien van de enkelvoudige jaarrekeningen van de in consolidatie betrokken dochtervennootschappen is volgens VCG geen verzoek op grond van artikel 2:447 BW gedaan en deze jaarrekeningen zijn inmiddels onaantastbaar,

zodat VCG de geconsolideerde jaarrekening over 2021 niet meer zou kunnen wijzigen, met als gevolg dat Field Goal niet-ontvankelijk zou zijn. Ten tweede voert VCG aan dat Field Goal niet aan het verzoek ten grondslag heeft gelegd dat de jaarrekening 2021 niet voldoet aan de in artikel 2:447 lid 2 BW bedoelde voorschriften. Field Goal betoogt namelijk (slechts) dat zij op basis van de jaarrekening 2021 niet in staat is zich een verantwoord oordeel te vormen over het vermogen, de liquiditeit, de solvabiliteit en het resultaat van VCG.

De OK verwerpt beide verweren. Ten aanzien van het eerste verweer overweegt de OK dat het bestuur van iedere dochtervennootschap zelf verantwoordelijk is voor de inrichting van haar eigen jaarrekening en dat de jaarrekening van de dochtervennootschappen niet noodzakelijkerwijze een-op-een behoeft overeen te stemmen met de wijze waarop VCG de cijfers van haar dochtervennootschappen in de geconsolideerde jaarrekening verwerkt. Voorts overweegt de OK dat het beroep dat VCG doet op artikel 2:447 BW, niet kan leiden tot niet-ontvankelijkverklaring, nu het niet voldoen aan de daarin opgenomen vereisten in beginsel leidt tot afwijzing op inhoudelijke gronden en niet tot niet-ontvankelijkverklaring. Beide ontvankelijkheidsverweren worden door de OK verworpen.

Na beoordeling van het ontvankelijkheidsverweer van VCG gaat de OK over op het beoordelen van de in de jaarrekening 2021 door Field Goal aangevochten posten. Alle verzoeken ten aanzien van de posten in de jaarrekening 2021 die door Field Goal worden aangevochten, worden op inhoudelijke gronden door de OK verworpen.

A. El Allaoui, november 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1943

Zaaknummer: 200.318.956/01 OK

Rechters: J.M. de Jongh, A.W.H. Vink, M.P. Nieuwe Weme, F. van der Wel en M.N. Hoogendoorn

Advocaten: D.J.J. Folgering, J.A.I. Verheul, D. Soons en F.R. Prins

Wetsartikelen: 2:447 BW

RECHTSPRAAK

Afwikkeling maatschap

Vier kinderen zijn in geschil over de afwikkeling van de door één van de kinderen met hun overleden vader opgerichte maatschap. Het betreffende kind meent recht te hebben op de overname van goederen op grond van een overnemingsbeding in de maatschapsakte. De overige drie kinderen doen een beroep op de in de maatschapsakte neergelegde vervaltermijn met betrekking tot het overnemingsbeding, waarop het andere kind een beroep doet op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zowel de rechtbank als het hof stellen de drie kinderen in het gelijk.

Feiten

Een vader ('Vader') van vier kinderen is een boer en exploiteert een melkveehouderij in de vorm van een eenmanszaak. In 2011 gaat Vader met één van zijn kinderen ('Appellant') een maatschap aan ('de Maatschap'). De tussen hen gesloten maatschapsakte ('de Maatschapsakte') bevat een voortzettings- en overnemingsbeding dat Appellant het recht geeft het bedrijf voort te zetten en de activa van de maatschap over te nemen in geval van beëindiging van de maatschap door overlijden van Vader.

Sinds 2018 bestaan de activiteiten van de Maatschap hoofdzakelijk uit het verbouwen en verkopen van voedergewassen, verhuur van land, mestverwerking, vogelbeheer, en het laten weiden van schapen van derden. Een deel van de werkzaamheden wordt uitgevoerd door een loonbedrijf. Appellant werkt sinds circa 2012 voltijds in loondienst bij een derde en verricht daarnaast steeds werkzaamheden voor de Maatschap en voor de maatschappen die de Maatschap is aangegaan.

In 2019 overlijdt Vader. Hij heeft geen testament opgesteld en zijn vier kinderen zijn de enige erfgenamen. De nalatenschap van Vader wordt door de kinderen zuiver aanvaard. Na het overlijden van Vader zet Appellant de activiteiten van de Maatschap voort.

Er ontstaat een geschil tussen Appellant en de overige drie kinderen van Vader ('Geïntimeerden') over de afwikkeling van de Maatschap en de verdeling van de nalatenschap van Vader. Ter discussie staat met name of Appellant het recht heeft op overname van goederen op de voet van het overnemingsbeding in de Maatschapsakte. In een bodemprocedure beantwoordt de rechtbank deze vraag ontkennend en overweegt daartoe dat Appellant niet heeft voldaan aan de voorwaarden voor het inroepen van het overnemingsbeding ('het Bodemvonnis'). In het kader van de uitvoering van het Bodemvonnis betrekken Geïntimeerden Appellant in een kort geding. Appellant vordert op zijn beurt een executieverbod van het Bodemvonnis totdat bij gewijsde in hoger beroep zal zijn beslist. Geïntimeerden worden in het gelijk gesteld; de voorzieningenrechter gelast de verkoop van de boerderij ('het Kort Geding Vonnis'). De boerderij met toebehoren wordt verkocht en de opbrengst daarvan wordt tussen partijen verdeeld, met uitzondering van een bedrag onder de notaris waarop door Appellant beslag is gelegd. Appellant gaat in beroep tegen het Bodemvonnis en het Kort Geding Vonnis.

Oordeel hof

In hoger beroep komt Appellant met name op tegen het oordeel van de rechtbank en de voorzieningenrechter dat Appellant, op grond van de in de Maatschapsakte neergelegde vervaltermijn, te laat was met zijn beroep op het overnemingsbeding in de Maatschapsakte.

Appellant beroept zich onder meer op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, stellende dat Geïntimeerden geen beroep kunnen doen op de vervaltermijn van het overnemingsbeding. Appellant voert daartoe, kort gezegd, aan dat hij weliswaar de beschikking had over de Maatschapsakte, maar dat hij zich pas heeft gerealiseerd dat hij daarnaar moest kijken nadat de vervaltermijn al was verstreken. Daarnaast zouden Geïntimeerden volgens Appellant altijd hebben geweten dat hij de boerderij wilde overnemen tegen betaling van de agrarische waarde, hetgeen gemotiveerd door Geïntimeerden wordt betwist. Het hof overweegt dat de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid alleen in bijzondere situaties kan worden toegepast en dat Appellant niet aan de op hem rustende stelplicht heeft voldaan.

De grief van Appellant tegen het oordeel van de bodemrechter dat hij ook anderszins heeft nagelaten Geïntimeerden tijdig behoorlijk te informeren over zijn plannen met de boerderij, slaagt evenmin. Appellant heeft dit volgens het hof niet concreet en deugdelijk onderbouwd.

Verder grieft Appellant nog tegen het oordeel van de rechtbank dat de ontbonden maatschap geliquideerd moet worden, nu Appellant geen beroep toekomt op het overnemingsbeding in de Maatschapsakte en volgens Appellant de activiteiten van de maatschap niet gedeeltelijk

kunnen worden voortgezet. Deze grief faalt eveneens. Het hof overweegt dat deze grief in belangrijke mate voortborduurt op de overige reeds verworpen grieven, dan wel berust op een verkeerde uitleg van het overnemingsbeding in de Maatschapsakte.

Tot slot slaagt ook de grief van Appellant tegen de door de rechtbank gehanteerde verdeelsleutel ten aanzien van de opbrengst uit de verkoop van machines, installaties, werktuigen, inventaris en voorraden – deels vanwege gebrek aan concrete onderbouwing – niet.

Het hoger beroep van Appellant wordt verworpen en het Bodemvonnis en het Kort Geding vonnis worden bekrachtigd.

L.L. Bakker, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-09-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:8076

Zaaknummer: 200.316.615/01 en 200.324.427/01

Rechters: P.S. Bakker, M.W. Zandbergen en M.M. Lorist

Advocaten: J.H. van der Meulen en J.S. Bauer

Wetsartikelen: 3:301 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Stichting ZOWonen/Bestuurder c.s.

In eerste aanleg wordt een bestuurder van een woningstichting veroordeeld tot vergoeding van de door de woningstichting geleden schade die is ontstaan door onttrekkingen aan het vermogen van de stichting, die zonder deugdelijke grond ten goede zijn gekomen aan onder andere de bestuurder. In hoger beroep wordt de uitspraak van de rechtbank gedeeltelijk bevestigd. Zo had de bestuurder een tegenstrijdig belang vanwege zijn betrokkenheid als aandeelhouder van een bv die een deel van de opbrengsten opstreek terwijl de kosten werden doorberekend aan de woningstichting. Daarbij zijn ook statutaire bepalingen aangaande tegenstrijdig belang geschonden. De bestuurder treft een ernstig verwijt en is aansprakelijk voor de schade van de woningstichting.

Feiten

Met ingang van 1 juni 2007 heeft appellant sub 1 ('de Bestuurder') zijn vader ('de Oud-bestuurder') opgevolgd als bestuurder van Stichting ZOWonen ('ZOWonen', rechtsopvolgster van Stichting Vitaal Wonen), een relatief kleine woningcorporatie met als doelstelling het leveren van woonruimte aan degenen die daarin niet in voldoende mate zelf kunnen voorzien. De Bestuurder is verder DGA van Wonen Plus B.V. ('Wonen Plus'), die op haar beurt vijftig procent van de aandelen houdt in Domez B.V. ('Domez'). In de onderhavige procedure vordert ZOWonen veroordeling van de Bestuurder, de Oud-bestuurder, Wonen Plus en Domez tot terugbetaling van diverse door ZOWonen aan hen betaalde bedragen in de periode 1 januari 2005 tot en met januari 2013. ZOWonen baseert haar vorderingen op onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, onrechtmatige daad en onbehoorlijke taakvervulling als bestuurder.

Oordeel in eerste aanleg

In eerste aanleg vordert ZOWonen onder meer vergoeding van de door haar geleden schade die is ontstaan door onttrekkingen aan het vermogen van ZOWonen, die zonder deugdelijke grond ten goede zijn gekomen aan onder andere de Bestuurder. De onttrekkingen zien onder meer op de hoge vergoedingen in de sfeer van arbeidsvoorwaarden (salaris, autokosten, andere reiskosten en telefoonkosten), en daarnaast op privéuitgaven die de Bestuurder ten laste van ZOWonen heeft gebracht (wijn, etentjes, diverse aankopen, reizen, oprichtingskosten Domez en Wonen Plus, etc.). De rechtbank wijst de vorderingen toe en veroordeelt de bestuurders en rechtspersonen tot terugbetaling van de betalingen/onttrekkingen op grond van onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, onrechtmatige daad en/of bestuurdersaansprakelijkheid. Zie OR 2017-0092.

Beoordeling in hoger beroep

De Oud-bestuurder enerzijds en de Bestuurder, Wonen Plus en Domez ('Bestuurder c.s.') anderzijds gaan afzonderlijk in hoger beroep. Zie voor de uitspraak in hoger beroep jegens de Oud-bestuurder OR 2019-0148 alsook de annotatie daarbij.

Salaris

In het hoger beroep van Bestuurder c.s. betwist de Bestuurder het oordeel van de rechtbank over de salarissen die volgens ZOWonen ten onrechte aan hem zijn uitbetaald en betoogt hij dat genoemde terugbetalingsverplichting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. ZOWonen heeft – voor het eerst bij pleidooi in hoger beroep – aangevoerd dat de ondertekening van de salarisvoorstellen door de voorzitter van de RvT slechts zou inhouden dat deze instemde met het doen van het voorstel aan de RvT, en dat een besluit van de RvT tot goedkeuring daarvan vervolgens nooit is genomen. Het hof overweegt dat de voor akkoord getekende salarisvoorstellen er in geen enkel opzicht op duiden dat de akkoordverklaring door de voorzitter van de RvT slechts betekende dat hij akkoord was met het doen van het voorstel aan de voltallige RvT. Gelet op deze omstandigheden heeft de Bestuurder er gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat de voor akkoord getekende voorstellen door de voorzitter van de RvT inhielden dat de salarisbedragen die uit die voorstellen voortvloeiden de goedkeuring hadden van de RvT. De Bestuurder dient derhalve uitsluitend over de jaren 2008, 2009 en 2013 de te veel ontvangen bedragen terug te betalen. Voor het overige is de vordering van ZOWonen ter zake van het salaris niet toewijsbaar. Het bestreden vonnis zal gedeeltelijk worden vernietigd en de vordering van ZOWonen zal alsnog, behoudens de drie genoemde bedragen uit 2008, 2009 en 2013, worden afgewezen.

Privéuitgaven

De rechtbank heeft geoordeeld dat het ervoor moet worden gehouden dat de Bestuurder in

strijd met wat in de arbeidsovereenkomst is voorgeschreven, geen toestemming had voor de betaling door ZOWonen van de door hem als relatiegeschenken bestempelde uitgaven aan wijn en sterke drank, en dat ter zake sprake is van onbehoorlijk bestuur, waarvan de Bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. De Bestuurder heeft aangevoerd dat hij tot de uitgaven bevoegd was en daarvoor geen goedkeuring van de RvT nodig had. Het hof is met de Bestuurder van oordeel dat hij als bestuurder bevoegd was namens ZOWonen zakelijke uitgaven te doen, zoals reeds overwogen in de uitspraak in eerste aanleg, waaronder het aanschaffen en betalen van relatiegeschenken.

De Bestuurder stelt dat de drankenbestellingen relatiegeschenken waren die met kerst werden gestuurd aan relaties van ZOWonen. Ook de leden van de RvT en werknemers van ZOWonen kregen een wijnpakket. Daarnaast werd wijn aangeschaft voor de vergaderingen van de RvT. De RvT was van dit alles op de hoogte.

Het hof overweegt dat de Bestuurder een afdoende verklaring heeft gegeven voor de drankenbestellingen, die wordt ondersteund door de inhoud van de facturen en de wijze waarop ze geboekt zijn. Nu niet is komen vast te staan dat het geheel van deze bestellingen als privébestellingen zijn aan te merken, wijst het hof de vordering die is vastgesteld door de rechtbank gedeeltelijk af.

Tegenstrijdig belang

De Bestuurder bestrijdt voorts het oordeel van de rechtbank inzake Domez, een vennootschap waarvan de Bestuurder 50%-aandeelhouder en bestuurder is, en waarin ZOWonen geen belang heeft. De rechtbank heeft geoordeeld dat de Bestuurder ZOWonen facturen ten behoeve van Domez heeft laten betalen en dat Domez als gevolg hiervan ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van ZOWonen. ZOWonen heeft gesteld dat door toedoen van de Bestuurder de RvT in de onjuiste veronderstelling verkeerde dat Domez een eigen project van ZOWonen was en dat de RvT er niet van op de hoogte was dat Domez een aparte juridische entiteit was, waarvan de Bestuurder aandeelhouder/bestuurder was. Wat betreft de facturen voor het plaatsen van woningen van ZOWonen op de website van Domez, geldt dat bij het geven van de desbetreffende opdracht de Bestuurder als bestuurder van ZOWonen wel degelijk een belang had dat tegenstrijdig was met het belang dat hij als bestuurder en medeaandeelhouder van Domez vertegenwoordigde. Domez had bijvoorbeeld belang bij een zo hoog mogelijke prijs, en ZOWonen bij een zo laag mogelijke prijs.

Het handelen van de Bestuurder waarbij hij ZOWonen facturen liet betalen ten behoeve van Domez waarvan hij mede-eigenaar was, waarbij hij de RvT in de veronderstelling deed verkeren dat het om een eigen project van ZOWonen ging, moet worden aangemerkt als

onbehoorlijk bestuur waarvan de Bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Hetzelfde geldt voor het in strijd met de statutaire bepalingen aangaande tegenstrijdig belang geven van de opdracht namens ZOWonen aan Domez om tegen betaling woningen van ZOWonen op te nemen op de (door ZOWonen betaalde) website van Domez. De Bestuurder is daarom jegens ZOWonen aansprakelijk voor vergoeding van de schade ter hoogte van het totaalbedrag van deze facturen. De vordering zal jegens de Bestuurder alsnog worden toegewezen, naast de vordering tot hoofdelijke veroordeling van de Bestuurder en Domez.

Het hof vernietigt gedeeltelijk het bestreden eindvonnis van de rechtbank en veroordeelt de Bestuurder tot gedeeltelijke betaling van het bedrag dat aan de Bestuurder is toegewezen in eerste aanleg.

I.C.C. Berger, november 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-10-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:3188

Zaaknummer: C/03/186784/HA ZA 14-17

Rechters: E.H. Schulten, S.C.H. Molin en P.V. Eijsvoogel

Advocaten: A.J.L.J. Pfeil en P. Caris

Wetsartikelen: 2:9 BW, 7:661 BW, 3:110 BW, 2:292 lid 3 BW en 2:239 lid 6 BW