

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 6, 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:2023:295](#) 24-02-2023

Reiziger q.q./Brogea Real Estate B.V.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:984](#) 01-07-2022

Rabobank/Ten Berge q.q. c.s.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:1720](#) 28-02-2023

Curator van Jesnoka Novio B.V./Driessen Vastgoed B.V. c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:225](#) 31-01-2023

Enquête GVH Recycling B.V. - fase 2

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:289](#) 26-01-2023

Enquête Exem Energy B.V. en Exem Oil & Gas B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:141](#) 26-01-2023

Concernenquête Conversie Team B.V. c.s.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:2852](#) 22-11-2022

Stichting Naleving Cao voor Uitzendkrachten/(Bestuurder van) Uitzendbureau & Schoonmaakbedrijf [X] B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:1299](#) 05-04-2022

Uitstootprocedure tussen aandeelhouders Bloembollenbedrijf Brouwer

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:1057](#) 27-02-2023

Ontslagbesluit statutair bestuurder

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:1003](#) 24-02-2023

Benoeming en ontslag statutair bestuurder

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:1723](#) 08-02-2023

Dunselman q.q./Bestuurders van Stichting Rentecertificaten Nederland

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:5747](#) 03-03-2021

Pol q.q./Bestuurders van een failliete bv - II

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:5203](#) 18-11-2020

Pol q.q./Bestuurders van een failliete bv - I

RECHTSPRAAK

Concernenquête Conversie Team B.V. c.s.

OK; enquête. De indiener van het enquêteverzoek heeft op grond van een vonnis van de rechtbank Den Haag aandelen in een vennootschap verkregen. De overige aandeelhouders van de vennootschap, die tevens bestuurder zijn, negeren de nieuwe aandeelhouder echter bij het uitoefenen van zijn aandeelhoudersrechten. Ook hebben de overige aandeelhouders belangrijke vermogensbestanddelen van de vennootschap aan zichzelf overgedragen. De OK is van oordeel dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. De OK besluit om onmiddellijke voorzieningen te treffen, waaronder de schorsing van de bestuurder, benoeming van een OK-bestuurder, en de overdracht van de aandelen ten titel van beheer. Wanneer deze voorzieningen niet tot een oplossing van het geschil leiden, zal de OK een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bevelen. Omdat verweersters en belanghebbenden naar het oordeel van de OK bewust hebben geprobeerd het debat ter zitting te vertroebelen en hun eigen handelen te maskeren, legt de OK hen hoofdelijk een hogere proceskostenveroordeling op dan gebruikelijk.

Achtergrond en geschil

In deze uitspraak staat verzoeker ('Verzoeker') tegenover Conversie Team B.V. ('Conversie Team') en Seinhuis B.V. ('Seinhuis') als verweersters en Tilko Holding B.V. ('Tilko') en Jekerveld B.V. ('Jekerveld') als belanghebbenden. De verweersters en belanghebbenden worden hierna gezamenlijk aangeduid als 'Conversie Team c.s.'. Verzoeker heeft de OK verzocht om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Conversie Team en van Seinhuis. Daarnaast heeft Verzoeker de OK verzocht om onmiddellijke voorzieningen te treffen voor de duur van de procedure.

Conversie Team is opgericht door Tilko en Jekerveld. Zij vormen ook het bestuur van Conversie Team. Conversie Team is een houdstermaatschappij met deelnemingen in ondernemingen die kantoorpanden verbouwen tot woonruimten. Seinhuis is een van die deelnemingen. Verzoeker is vanaf het eerste project meteen betrokken als investeerder en zou, op basis van de gemaakte afspraken bij de oprichting van Conversie Team, op termijn aandeelhouder worden van Conversie Team. De levering van deze aandelen blijft echter uit. Nadat Verzoeker tevergeefs meerdere malen probeert de aandelen geleverd te krijgen, wordt Tilko door Verzoeker gedagvaard en wordt de levering van de aandelen gevorderd bij de rechtbank. De rechtbank oordeelt dat Tilko de aandelen aan Verzoeker moet leveren en dat wanneer dit niet gebeurt, het vonnis in de plaats van de voor levering benodigde leveringsakte zal treden. Uiteindelijk blijkt dit laatste nodig en verkrijgt Verzoeker via het vonnis van de rechtbank de aandelen. Tilko en Jekerveld hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld.

Voordat het voornoemde vonnis wordt uitgesproken, is bij algemene vergadering van Conversie Team, buiten medeweten van Verzoeker om, besloten een interim dividend uit te keren aan Tilko en Jekerveld. Daarnaast heeft Conversie Team, als enig aandeelhouder van Seinhuis, besloten de statuten van Seinhuis te wijzigen. Door middel van deze wijziging zijn er A- en B-aandelen ontstaan binnen Seinhuis. Deze soort aandelen zijn *tracking stock* waaraan financiële rechten zijn verbonden in verband met de door Seinhuis uitgevoerde woningbouwprojecten. De financiële rechten verbonden aan de B-aandelen hebben een aanzienlijk hogere waarde dan de A-aandelen en zijn uitgegeven aan Tilko en Jekerveld. Over dit besluit is Verzoeker nooit geïnformeerd. De A-aandelen zijn door Conversie Team behouden.

Nadat Verzoeker de aandelen in Conversie Team geleverd heeft gekregen, verzoekt hij onder andere om de aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen en inzage te krijgen in bepaalde stukken. Conversie Team c.s. blijven echter stellen dat Verzoeker geen aandeelhouder is en zijn verzoeken worden genegeerd. Hierop besluit Verzoeker zijn bezwaren tegen de gang van zaken binnen Conversie Team en Seinhuis kenbaar te maken, om vervolgens een enquêteverzoek in te dienen.

Beoordeling

De OK oordeelt dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Conversie Team en Seinhuis. De OK overweegt daartoe als volgt. Conversie Team ontkent nog altijd dat Verzoeker aandeelhouder is en negeert om die reden een verzoek tot het bijeenroepen van een aandeelhoudersvergadering. Ook informatieverzoeken van Verzoeker worden niet voldoende gehonoreerd. De OK concludeert dat Verzoeker aandeelhouder van Conversie Team is geworden bij het vonnis van de

rechtbank Den Haag en oordeelt dan ook dat de aandeelhoudersrechten van Verzoeker onvoldoende zijn gerespecteerd.

De OK stelt daarnaast vast dat Tilko en Jekerveld een deel van het belangrijkste vermogensbestanddeel van Conversie Team – het 100%-belang in Seinhuis – zonder deugdelijke motivering in de vorm van B-aandelen hebben overgeheveld naar zichzelf. De natuurlijke personen achter Tilko en Jekerveld hadden een persoonlijk belang bij dat besluit dat tegengesteld was aan dat van Conversie Team. Het is onduidelijk hoe de belangen van Conversie Team en haar aandeelhouders zijn gewogen. Daarnaast is Verzoeker niet geïnformeerd over het besluit om de statuten van Seinhuis aan te passen en soort aandelen uit te geven. Volgens de OK leidt deze gang van zaken tot een gegronde reden te twijfelen aan een juist beleid van Conversie Team en van Seinhuis.

Conversie Team c.s. stellen tevergeefs dat een onderzoek zinloos is omdat alles al in de procedure bij het Gerechtshof Den Haag voorligt. De OK overweegt daartoe dat de gang van zaken rondom de emissie en de statutenwijziging geen deel uitmaken van die procedure.

De OK oordeelt dat de interim dividenduitkering geen gegronde reden oplevert om te twijfelen aan een juist beleid omdat Verzoeker destijds geen aandeelhouder was van Conversie Team. Dat geldt eveneens voor een eerder genomen aandeelhoudersbesluit om een deel van de aandelen van Tilko aan Jekerveld over te dragen en om de statuten van Conversie Team te wijzigen. Dit heeft Verzoeker niet in een nadeligere positie gebracht, aldus de OK. Ook de verstoorde verhoudingen tussen Verzoeker, Tilko en Jekerveld vormen geen gegronde reden, omdat er geen sprake is van een impasse in de algemene vergadering.

Beslissing

Op grond van de voorgaande argumenten oordeelt de OK dat er reden is om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zij schorst Tilko en Jekerveld als bestuurders van Conversie Team en benoemt in hun plaats een nader aan te wijzen persoon tot bestuurder. Daarnaast ziet de OK aanleiding om de aandelen in Conversie Team en de B-aandelen in Seinhuis met uitzondering van één aandeel van ieder van de aandeelhouders over te dragen aan een door de OK te benoemen beheerder. Wanneer de onmiddellijke voorzieningen niet leiden tot een oplossing van het geschil dan beveelt de OK een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Conversie Team en Seinhuis.

Omdat Conversie Team c.s. hebben nagelaten alle voor de te nemen beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, concludeert de OK daaruit dat Conversie Team c.s. daarmee bewust hebben geprobeerd het debat ter zitting te vertroebelen en hun eigen handelen te maskeren. Ook hebben zij daarmee een extra schriftelijke

uitwisseling van standpunten noodzakelijk gemaakt. Om die reden legt de OK aan Conversie Team c.s. hoofdelijk een hogere proceskostenveroordeling op dan gebruikelijk.

J. Bruinsma, maart 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:141

Zaaknummer: 200.311.693/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, J.M. de Jongh, G. Boon en S. ten Have

Advocaten: T.F.B. Jansen, I.J.A. Tax, W.P. Wijers en L. de Visser

Wetsartikelen: 2:346 BW en 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Enquête GVH Recycling B.V. - fase 2

De OK stelt wanbeleid vast van een vennootschap, nu blijkt dat het bestuur onzorgvuldig heeft gehandeld en zich de belangen van de vennootschap en haar aandeelhouders onvoldoende heeft aangetrokken. Zo heeft het bestuur een onjuiste voorstelling van de omzet gegeven en ook te weinig gefactureerd aan een van haar afnemers waarvan de bestuurders ook tevens indirect bestuurders waren. Daarnaast was sprake van tegenstrijdig belang bij de bestuurders en hebben zij het belang van de onderneming ondergeschikt gemaakt aan hun persoonlijk belang in andere vennootschappen. Dit zeer onzorgvuldig handelen maakt dat de OK de bestuurders verantwoordelijk acht voor het wanbeleid. Ook wijst de OK een aantal voorzieningen toe waaronder het ontslag van de bestuurders en de ontbinding van de vennootschap.

Feiten

Drie broers exploiteerden bedrijven in (onder meer) de recycling van metalen. Op enig moment ontstaat onenigheid tussen de broers, wat leidt tot ontvlechting van een deel van de groep waaraan zij leiding geven. Een onderdeel van de groep, GVH Recycling B.V. ('GVH'), blijft echter intact. Vervolgens ontstaat tussen de aandeelhouders van GVH ('de Aandeelhouders') en de bestuurders ('de Bestuurders') een geschil. Een van deze aandeelhouders is JIW Beheer B.V. ('JIW').

GVH heeft als voornaamste actief een shredder, die zij inzet om materialen te verwerken. Dit verwerkingsmateriaal wordt voornamelijk aangeleverd door een leverancier ('de Leverancier'). De verwerkte materialen worden daarna gekocht door een afnemer ('de Afnemer'). De Bestuurders zijn tevens indirect bestuurders van de Afnemer en de Leverancier.

JIW en GVH sluiten een managementovereenkomst. Op grond van deze overeenkomst

verricht JIW managementwerkzaamheden voor een vergoeding. Op enig moment verzoekt JIW de Bestuurders een aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen omdat JIW geen vertrouwen meer heeft in de toekomst van GVH. Dit met name omdat geen omzet meer gegenereerd zou worden. In de brief heeft JIW opgenomen dat JIW onder andere een voorstel tot beëindiging van de werkzaamheden en ontbinding en vereffening van GVH wil bespreken.

Vervolgens treft JIW diverse rechtsmaatregelen tegen GVH, waaronder derdenbeslag, een faillissementsaanvraag en een dagvaardingsprocedure ten aanzien van de onbetaalde managementvergoedingen. Daarna zegt GVH de managementovereenkomst op. Hierna ontstaat discussie tussen GVH en JIW over de aandeelhoudersvergadering. GVH stelt kortgezegd dat JIW niet is komen opdagen terwijl zij wel behoorlijk is opgeroepen. JIW stelt daarentegen dat de besluiten die zijn genomen tijdens deze vergadering niet rechtsgeldig zijn genomen, nu JIW niet behoorlijk is opgeroepen.

Verzoek

Uiteindelijk verzoekt JIW de OK een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij GVH. De OK heeft bij beschikking (zie OR 2022-0064) een onderzoeker aangesteld en tegelijkertijd bij wijze van onmiddellijke voorziening een bestuurder van GVH benoemd. Op basis van het onderzoeksrapport heeft JIW de OK verzocht om: (i) wanbeleid vast te stellen; en (ii) te oordelen dat de Bestuurders verantwoordelijk zijn voor het wanbeleid. Daarnaast verzoekt JIW om, bij wijze van voorziening, onder andere de Bestuurders te ontslaan en de aandelen van GVH gehouden door enkele specifieke aandeelhouders tijdelijk ten titel van beheer over te dragen aan een door de OK te benoemen derde. Ook verzoekt JIW de OK om GVH te ontbinden met aanstelling van een door JIW aangewezen vereffenaar ('de Vereffenaar').

Zowel de Aandeelhouders, de Bestuurders en GVH hebben bij verweerschrift ook zelfstandige verzoeken ingediend. JIW bevestigt per brief dat zij zich achter de verzoeken schaaft van GVH. Deze verzoeken zijn een verdere uitwerking van de voorwaarden in het geval JIW conform haar verzoek als tijdelijk bestuurder of vereffenaar wordt benoemd.

Beslissing van de OK

Het onderzoek behandelt een aantal thema's, die door de OK per stuk worden aangehaald. Ten aanzien van de omzet en de kosten stelt GVH dat de shredder zou zijn stopgezet en dat de omzet daardoor is afgenomen. De OK stelt echter vast op basis van het onderzoek dat de shredder onverminderd is blijven produceren, maar dat de omzet van GVH niet langer gefactureerd werd. De Afnemer is wel kosten blijven doorbelasten aan GVH. De Bestuurders hebben hierover dus een onjuiste voorstelling van zaken gegeven. De OK laat dit zwaar

meewegen bij haar oordeel dat sprake is van wanbeleid bij GVH.

Ten aanzien van bepaalde cessies en verrekeningen stelt de OK vast dat niet is voldaan aan de eisen van cessie en verrekening, terwijl de verschuldigdheid van bepaalde posten die ten laste van GVH bij de verrekening in aanmerking zijn genomen niet is komen vast te staan, een en ander ten nadele van GVH. Desalniettemin heeft het bestuur van GVH deze verrekeningen geaccepteerd. Deze gang van zaken draagt bij aan het oordeel van de OK dat zich bij GVH wanbeleid heeft voorgedaan.

Vervolgens oordeelt de OK dat uit het onderzoek is gebleken dat de Bestuurders hun tegenstrijdige belangen onvoldoende hebben onderkend en de wettelijke en statutaire bepalingen daaromtrent niet hebben gevolgd. De Bestuurders hadden het belang van GVH en de aan haar verbonden onderneming te dienen. Als indirect bestuurder van de Afnemer en de Leverancier dienen zij ook de belangen van deze vennootschappen te dienen. Deze belangen waren tegenstrijdig bij het in rekening brengen van kosten en bij het accepteren van verrekeningen. Nu de Bestuurders geconfronteerd waren, hadden zij zich van beraadslaging en besluitvorming moeten onthouden. Zij hebben in strijd met artikel 2:8 BW hierover ook niet de nodige openheid betracht tegenover JIW. GVH heeft daarmee gehandeld in strijd met elementaire beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur en dit leidt ook tot het oordeel dat sprake is van wanbeleid. Verder oordeelt de OK dat de formele voorschriften voor het opmaken, vaststellen en deponeren van de jaarrekening niet zijn gevolgd.

Op basis van het voorgaande stelt de OK wanbeleid vast en wijst het verzoek toe van JIW om de Bestuurders hiervoor verantwoordelijk te stellen. Verder wijst de OK het grootste deel van de verzochte voorzieningen toe. Zo ontslaat de OK de Bestuurders. Daarnaast zal de OK de ontbinding van GVH uitspreken en een onafhankelijk vereffenaar benoemen. Verder, en gelet op de verhoudingen binnen GVH, zullen de aandelen – met uitzondering van één aandeel van ieder van de Aandeelhouders – ten titel van beheer worden overgedragen. De Bestuurders worden veroordeeld in de kosten van de enquêteprocedure, inclusief die van het onderzoek.

Y. Boekhout, maart 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 31-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:225

Zaaknummer: 200.310.170/01OK

Rechters: A.J. Wolfs, C.C. Meijer en A.C. Faber

Advocaten: H.G.A.M. Spoormans, J. van Bekkum, Ph.W. Schreurs, Mr. D.E. Mandigers en A.L.M. van Rooij

Wetsartikelen: 2:8 BW en 2:355 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

Rabobank/Ten Berge q.q. c.s.

Het faillissement van een vof leidt tot de vraag of bepaalde vorderingen moeten worden aangemerkt als onverpandbaar. In eerste aanleg en hoger beroep oordelen de rechtbank en het hof dat een van de bepalingen waar de vorderingen uit voortvloeien goederenrechtelijk onverpandbaar is en de andere bepaling wel goederenrechtelijk verpandbaar is. In cassatie overweegt de Hoge Raad, anders dan het hof, dat een onoverdraagbaarheidsbeding met zich brengt dat het goed tevens onverpandbaar is. Omdat het hof niet is ingegaan op het betoog van de curator en de bewindvoerder over de overdraagbaarheid van een van de vorderingen (en daarmee over de (on)verpandbaarheid daarvan), vernietigt de Hoge Raad de uitspraak van het hof en verwijst de zaak naar een ander hof.

Achtergrond en geschil

Een vennootschap onder firma die actief is op het gebied van bloemenveilingen ('de VOF') is lid van de coöperatie Bloemenveiling FloraHolland U.A. ('de Coöperatie'). De VOF en haar twee vennoten ('de VOF c.s.') financierden de Coöperatie door middel van een ledenlening en een participatiereserve. Ten aanzien van de participatiereserve bepalen de statuten van de Coöperatie ('de Statuten') als volgt:

'Participatiereserve

Artikel 34.

1. De participatiereserve is de som van de ten name van de afzonderlijke leden in de boeken van de coöperatie geadministreerde participatierekeningen. De participatiereserve behoort tot het eigen vermogen van de coöperatie.

(...)

3. Op voorstel van het bestuur kan de algemene vergadering besluiten, dat de in een boekjaar op de participatierekeningen bijgeschreven bedragen ("jaarlaag") – waaronder begrepen de in artikel 33 lid 2 bedoelde participatievergoedingen – aan de leden of hun rechtverkrijgende betaalbaar worden gesteld uiterlijk in het eenentwintigste boekjaar na het boekjaar waarin de toevoeging geschiedde.

(...)

7. Een participatierekening is niet vatbaar voor overdracht of overgang, onverminderd de toepassing van artikel 6 lid 7.'

Verder luidt artikel 6 lid 7 van de Statuten als volgt:

'Artikel 6.

(...)

7. Het lidmaatschap is persoonlijk en derhalve niet vatbaar voor overdracht of overgang. Niettemin kan het bestuur in daarvoor naar zijn oordeel in aanmerking komende gevallen, zoals bijvoorbeeld overlijden, juridische fusie of splitsing en wijziging van rechtsvorm, na overleg met betrokkenen regelingen treffen ertoe strekkend dat een rechtverkrijgende geheel of gedeeltelijk voor de toepassing van daarvoor in aanmerking komende bepalingen, zoals die met betrekking tot de ledenlening of de participatierekening, in de plaats treedt van zijn rechtsvoorganger.'

De bedrijfsactiviteiten van de VOF worden op hun beurt gefinancierd door Rabobank. Als zekerheidstelling voor de financiering vestigen de VOF c.s. een pandrecht op alle huidige en toekomstige vorderingen op de Coöperatie ten behoeve van Rabobank.

Op een zeker moment doet Rabobank aan de Coöperatie melding van het pandrecht en maakt Rabobank aanspraak op betaling van de tegoeden van de VOF c.s. uit hoofde van de ledenlening en de participatierekening. Later gaan de VOF c.s. failliet.

In dit geding vorderen de curator van de VOF en de bewindvoerder van de vennoten ('Curator c.s.') verklaring voor recht dat – kort gezegd – de vorderingen op de Coöperatie uit hoofde van de geldlening en de participatierekening niet zijn verpand aan de bank. De Curator c.s. stellen zich op het standpunt dat (i) de betreffende vorderingen op het moment van faillietverklaring

van de VOF nog toekomstig waren en (ii) dat de in de Statuten opgenomen onoverdraagbaarheidsbedingen ertoe leiden de desbetreffende vorderingen niet konden worden verpand.

Oordeel in eerste aanleg en in hoger beroep

In eerste aanleg oordeelt de rechtbank dat de vorderingen uit hoofde van de participatiereserve niet zijn verpand aan Rabobank en dat de vorderingen uit hoofde van de ledenlening wel zijn verpand aan Rabobank. Ten aanzien van zowel de participatiereserve als de ledenlening oordeelt de rechtbank dat sprake was van bestaande vorderingen. Ten aanzien van artikel 37 lid 7 van de Statuten oordeelt de rechtbank dat het goederenrechtelijke werking heeft (art. 3:83 lid 2 BW), zodat de vorderingen die daaruit voortvloeien onoverdraagbaar en dus onverpandbaar zijn op grond van artikel 3:228 BW. Ten aanzien van de vordering uit hoofde van de ledenlening oordeelt de rechtbank dat daarop een rechtsgeldig pandrecht is gevestigd nu de Statuten geen bepalingen bevatten die zich tegen de overdracht van deze vordering verzetten.

In hoger beroep bekrachtigt het hof de uitspraak van de rechtbank. Het hof overweegt onder verwijzing naar ECLI:NL:HR:2003:AF0168 (*Oryx/Van Eesteren*) onder meer dat verpanding separaat, dat wil zeggen los van eventuele onoverdraagbaarheid, goederenrechtelijk kan worden uitgesloten. De grondslag hiervoor is artikel 3:98 BW juncto artikel 3:82 lid 2 BW. Naar het oordeel van het hof is dat in overeenstemming met de opvatting dat artikel 3:81 lid 1 BW en artikel 3:228 BW niet gelezen behoeven te worden als wettelijke uitzondering op de overeenkomstige toepassing van de regels voor de overdracht van goederen op de vestiging van beperkte rechten op die goederen. Daarbij past, aldus het hof, dat ook mogelijk is dat een vordering in de zin van artikel 3:83 lid 2 BW onoverdraagbaar wordt gemaakt maar niet onverpandbaar. Hoewel Rabobank op dit onderdeel dus in het gelijk is gesteld, kan dit onderdeel van de uitspraak Rabobank niet baten, aangezien het hof van oordeel is dat een vordering op grond van artikel 34 lid 3 van de Statuten pas kan ontstaan als het bestuur van de Coöperatie een handeling verricht dan wel wilsverklaring uit. Zolang dat niet het geval is, moet de desbetreffende aanspraak in de zin van artikel 35 lid 2 Fw als toekomstige vordering worden aangemerkt.

Ten aanzien van de ledenlening oordeelt het hof dat artikel 6 lid 7 van de Statuten niets bepaalt over de (on)verpandbaarheid van de vordering uit hoofde van de ledenlening. Het hof hanteert als uitgangspunt dat een beding dat een vordering in de zin van artikel 3:83 lid 2 BW onoverdraagbaar maakt, niet tevens verpanding daarvan uitsluit, tenzij uit de formulering daarvan blijkt dat daarmee (ook) onverpandbaarheid (met goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW juncto art. 3:98 BW) is beoogd. Het hof is in dit geval van oordeel

dat uit artikel 6 lid 7 van de Statuten een dergelijk oogmerk niet volgt, zodat de ledenlening niet (goederenrechtelijk) onverpandbaar was.

Oordeel Hoge Raad

In cassatie klagen de Curator c.s. over het oordeel van het hof dat de ledenlening niet goederenrechtelijk onverpandbaar was, en daarmee dus tegen het oordeel van het hof dat artikel 6 lid 7 van de Statuten geen goederenrechtelijke werking heeft.

De Hoge Raad stelt voorop dat, om te beoordelen of een beding dat de overdracht van een vorderingsrecht verbiedt goederenrechtelijke werking heeft, de bepaling moet worden uitgelegd op basis van de Haviltexmaatstaf. Uitgangspunt is daarbij dat de bepaling uitsluitend verbintenisrechtelijke werking heeft, tenzij uit de formulering volgt dat partijen goederenrechtelijke werking hebben beoogd. Verder overweegt de Hoge Raad, anders dan het hof, dat een onoverdraagbaarheidsbeding met zich brengt dat het goed óók onverpandbaar is.

De Hoge Raad komt vervolgens tot het oordeel dat het hof niet is ingegaan op de vraag of het betoog van de Curator c.s. juist is dat artikel 6 lid 7 van de Statuten goederenrechtelijke werking heeft en daarmee de vordering uit hoofde van de ledenlening onoverdraagbaar (en dus onverpandbaar) is.

De Hoge Raad vernietigt daarom de uitspraak van het hof en verwijst het geding naar een ander gerechtshof ter verdere behandeling en beslissing.

A. El Allaoui, maart 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-07-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:984

Zaaknummer: 20/02778

Rechters: C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, G.C. Makkink, T.H. Tanja-van den Broek en M.V. Polak

Advocaten: J. de Bie Leuveling Tjeenk, F.J.L. Kaptein en B.I. Kraaiipoel

Wetsartikelen: 3:83 BW en 3:228 BW

RECHTSPRAAK

Benoeming en ontslag statutair bestuurder

Een werknemer van een bv wordt benoemd tot statutair bestuurder en twee maanden later door de algemene vergadering zowel vennootschapsrechtelijk als arbeidsrechtelijk ontslagen. De bestuurder betwist dat hij was benoemd tot bestuurder en vordert in kort geding onder meer toelating tot de werkzaamheden en doorbetaling van loon. De voorzieningenrechter oordeelt dat de bestuurder statutair bestuurder van de vennootschap is (geweest) nu hij de benoeming heeft aanvaard door zich te laten inschrijven in het handelsregister. Voorts is het ontslagbesluit rechtsgeldig genomen.

Feiten

Eiser ('de Bestuurder') was bij gedaagde ('de Vennootschap') in dienst in de functie van manager commercie. De Bestuurder staat in het handelsregister genoemd als bestuurder van de Vennootschap. In de (eerste versie van de) arbeidsovereenkomst is een concurrentie- en een relatiebeding opgenomen. In een door de Bestuurder voor akkoord getekende brief heeft de Vennootschap hem bericht dat hij is aangesteld in de functie van businessunit directeur. In genoemde brief zijn de bij die nieuwe functie behorende arbeidsvoorwaarden bevestigd. Twee maanden later is de Bestuurder opgeroepen voor een bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders. Op de agenda stond het ontslag van de Bestuurder als statutair bestuurder. Op de algemene vergadering is de Bestuurder ontslagen als bestuurder wegens verschil van inzicht over het te voeren beleid. Ook de arbeidsovereenkomst is beëindigd, met toekenning van de transitievergoeding. De Bestuurder vordert in kort geding onder meer toelating tot de werkzaamheden en doorbetaling van loon. De Bestuurder legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat geen sprake is van een rechtsgeldig ontslag, nu hij geen statutair bestuurder maar 'gewoon' bestuurder is. Daarnaast is het ontslagbesluit nietig dan wel vernietigbaar, is er geen redelijke grond voor ontslag en zijn de mogelijkheden tot herplaatsing niet onderzocht, aldus de Bestuurder. Ingeval de voorzieningenrechter oordeelt dat de arbeidsovereenkomst tot een einde is gekomen, vordert de Bestuurder schorsing van het concurrentie- en relatiebeding.

Oordeel

Bestuurder is tevens statutair bestuurder

De voorzieningenrechter stelt allereerst vast dat de Bestuurder statutair bestuurder van de Vennootschap is (geweest). Waarom in dit geval het benoemingsbesluit niet rechtsgeldig zou zijn, valt niet in te zien. Wat er ook zij van de stelling van de Bestuurder dat het concrete benoemingsbesluit hem voorafgaand aan het ontslag nooit heeft bereikt, hij heeft de benoeming naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter wel degelijk aanvaard. Hij heeft zich immers als bestuurder van de Vennootschap laten inschrijven in het handelsregister, terwijl hij, gelet op zijn verleden als statutair bestuurder van een andere bv, bekend mocht worden verondersteld met dat fenomeen.

Rechtsgeldig ontslag?

De stellingen van de Bestuurder met betrekking tot de nietigheid dan wel vernietigbaarheid van het ontslagbesluit gaan evenmin op. De Bestuurder is op correcte wijze en door de bevoegde persoon opgeroepen voor de algemene vergadering. Hij heeft tijdens die vergadering zijn standpunt uitgebreid uiteengezet, zodat ook aan de hoor- en adviesplicht is voldaan. De stelling van de Bestuurder dat een redelijke grond voor de opzegging ontbreekt, leidt niet tot het door hem gewenste resultaat. Het ontbreken van een redelijke grond tast een opzegging van de arbeidsovereenkomst met de Bestuurder in arbeidsrechtelijke zin niet aan. Er is dan ook een einde gekomen aan de vennootschapsrechtelijke en de arbeidsrechtelijke relatie tussen partijen.

Concurrentie- en relatiebeding

Volgens artikel 7:653 lid 1 sub b BW is een concurrentiebeding slechts geldig indien dit schriftelijk is overeengekomen. De Vennootschap heeft op zichzelf niet (afdoende gemotiveerd) betwist dat het concurrentiebeding opnieuw moest worden overeengekomen, maar volgens haar is dit gebeurd met de ondertekening door de Bestuurder van de aanstellingsbrief. In casu was bij die brief niet de tekst van het eerder overeengekomen concurrentiebeding gevoegd en heeft de Bestuurder evenmin uitdrukkelijk ingestemd met dit concurrentiebeding. Nu het concurrentiebeding niet opnieuw schriftelijk is overeengekomen, wordt de gevorderde schorsing van het concurrentiebeding toegewezen. Voor het relatiebeding geldt niet dezelfde maatstaf. Aangenomen wordt dan ook dat de Bestuurder met de ondertekening van de brief akkoord is gegaan met niet alleen de daarin vermelde gewijzigde voorwaarden, maar ook met de voorheen voor hem geldende voorwaarden (waaronder het relatiebeding). Het relatiebeding blijft in stand.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 24-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:1003

Zaaknummer: 413230

Rechters: E. Horsthuis

Advocaten: A. Klaassen en M. Breedveld

Wetsartikelen: 2:244 BW en 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Ontslagbesluit statutair bestuurder

Een statutair bestuurder wordt bij besluit buiten vergadering zowel vennootschapsrechtelijk als arbeidsrechtelijk ontslagen. Hij verzoekt de rechtbank deze besluiten nietig te verklaren dan wel te vernietigen. De rechtbank oordeelt dat de besluiten rechtsgeldig zijn. Voorts kent de rechtbank geen billijke vergoeding toe, omdat sprake is van een voldragen arbeidsrechtelijke ontslaggrond.

Feiten

Verweerder ('de Bestuurder') is tot statutair bestuurder benoemd van (onder meer) 'BV 1' en 'BV 2'. De Bestuurder is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst getreden van BV 1 in de functie van algemeen directeur. E-mailcorrespondentie tussen de Bestuurder en de indirect aandeelhouder van BV 1 en BV 2 ('de Aandeelhouder') heeft ertoe geleid dat de Bestuurder en de Aandeelhouder onder leiding van een derde een aantal bemiddelingsgesprekken hebben gevoerd. Per brief is aan de Bestuurder het voornemen meegedeeld om de Bestuurder te ontslaan als statutair bestuurder. Ruim een week later is de Bestuurder bij besluit buiten vergadering door de aandeelhouders van BV 2 ontslagen als statutair bestuurder van BV 2 met ingang van ondertekening van het besluit. In een daaropvolgend besluit buiten vergadering door de aandeelhouders van BV 2 is de Aandeelhouder benoemd tot statutair bestuurder van BV 2. Daaropvolgend hebben de aandeelhouders van BV 1 bij besluit buiten vergadering de Bestuurder ontslagen als statutair bestuurder van BV 1 en BV 2 met ingang van het moment van ondertekening van dat besluit, de arbeidsovereenkomst van de Bestuurder met BV 1 opgezegd per datum een half jaar later en de Bestuurder per direct op non-actief gesteld tot de einddatum van de arbeidsovereenkomst.

De Bestuurder heeft tegen het gegeven ontslag geprotesteerd en BV 1 gesommeerd hem weer toe te laten tot zijn werkzaamheden. BV 1 heeft daarmee niet ingestemd, zodat de Bestuurder sindsdien geen werkzaamheden meer heeft verricht. De Bestuurder verzoekt de rechtbank onder meer voor recht te verklaren dat het gegeven ontslag nietig is en dat hij nog steeds statutair bestuurder van BV 1 is, althans het ontslagbesluit te vernietigen. De Bestuurder legt

aan zijn primaire verzoeken ten grondslag dat een rechtsgeldig vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit ontbreekt waardoor het genomen besluit nietig is, althans vernietigbaar, als gevolg waarvan ook het uit dit ontslagbesluit voortvloeiende arbeidsrechtelijke ontslag ongeldig is. De Bestuurder maakt daarom aanspraak op wedertewerkstelling in zijn functie van statutair directeur van BV 1 en op loondoorbetaling. In het geval dat wordt geoordeeld dat wel sprake is van een geldig genomen vennootschapsrechtelijk besluit, maakt de Bestuurder aanspraak op de transitievergoeding en een billijke vergoeding.

Oordeel

Rechtsgeldigheid vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit

Anders dan de Bestuurder heeft gesteld, is de rechtbank van oordeel dat het ontslagbesluit van BV 1 rechtsgeldig is genomen. Op grond van artikel 2:238 BW kan besluitvorming van aandeelhouders buiten vergadering geschieden, mits alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd en de bestuurders voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid zijn gesteld advies uit te brengen. In artikel 26 van de statuten van zowel BV 2 als BV 1 is de mogelijkheid van deze wijze van besluitvorming opgenomen. Blijkens de notulen van gehouden aandeelhoudersvergaderingen is de Bestuurder eerst ontslagen als statutair bestuurder van BV 2, waarna de Aandeelhouder is benoemd tot statutair bestuurder van BV 2. Vervolgens is de Bestuurder ontslagen als statutair bestuurder van BV 1. Voor zover de Bestuurder heeft willen betogen dat tot dit laatste ontslag niet buiten vergadering kon worden besloten, omdat hij, in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van aandeelhouder BV 2, reeds te kennen had gegeven daarmee niet akkoord te zullen gaan, faalt dit betoog.

Billijke vergoeding

Het arbeidsrechtelijke ontslag van een statutair bestuurder als zodanig kan niet worden aangevochten (art. 7:671 lid 1 sub e BW jo. art. 2:244 lid 3 BW), maar het ontbreken van een redelijke ontslaggrond kan zich wel vertalen in een billijke vergoeding zoals de Bestuurder heeft verzocht (art. 7:682 lid 3 BW). BV 1 heeft aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst primair de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding) en subsidiair de d-grond (disfunctioneren) ten grondslag gelegd. In de kern gaat het erom dat de Aandeelhouder ontevreden was over het functioneren van de Bestuurder, terwijl de Bestuurder vond dat de Aandeelhouder een te veel bepalende en dominante rol bleef spelen ten aanzien van het reilen en zeilen van de onderneming en zich daarmee bleef bemoeien. Hoewel de Bestuurder en de Aandeelhouder naar aanleiding van deze e-mails onder begeleiding diverse gesprekken met elkaar hebben gevoerd, zijn zij het erover eens dat deze niet hebben geleid tot herstel van de onderlinge relatie. Alle omstandigheden in ogenschouw nemend, is de rechtbank van oordeel

dat de verhouding tussen de Bestuurder en de Aandeelhouder, die als UBO onmiskenbaar steeds een sleutelpositie heeft ingenomen binnen alle vennootschappen waarvan de Bestuurder bestuurder was, waaronder BV 1, thans zodanig onherstelbaar is beschadigd, dat van BV 1 niet langer kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met de Bestuurder voort te zetten. De structuur van de diverse vennootschappen en het bijbehorende indirecte aandeelhouderschap van de Aandeelhouder, vereisen een goede samenwerking tussen de Bestuurder en de Aandeelhouder. Daarvan is geen sprake meer. Dit leidt tot de conclusie dat sprake is van een redelijke grond voor het verleende ontslag. Dit betekent dat BV 1 aan de Bestuurder geen billijke vergoeding verschuldigd is. Dit verzoek wordt daarom afgewezen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 27-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:1057

Zaaknummer: 411080

Rechters: E.W. de Groot, C.J.M. Hendriks en E. Horsthuis

Advocaten: W.A. van Overbeek de Meyer, P.H.E. Voûte en S.P.R. van Velthoven

Wetsartikelen: 2:238 BW, 2:244 BW, 7:669 lid 3 sub g BW, 7:671 BW, 7:673 BW en 7:682 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Naleving Cao voor Uitzendkrachten/(Bestuurder van) Uitzendbureau & Schoonmaakbedrijf [X] B.V.

Een uitzendbureau/schoonmaakbedrijf en haar bestuurder worden door de Stichting Naleving Cao voor Uitzendkrachten aangesproken voor het niet naleven van die cao. De stichting vordert onder meer nabetaling aan de (ex-)werknemers en schadevergoeding. Anders dan de kantonrechter wijst het hof de vorderingen toe. De bestuurder heeft, mede namens de vennootschap, schriftelijk toegezegd de cao voor uitzendkrachten volledig na te zullen komen, maar dat is vervolgens niet gebeurd. Dit is ernstig verwijtbaar.

Feiten

De Stichting Naleving Cao voor Uitzendkrachten ('SNCU') is in 2004 opgericht door werknemersorganisaties en de werkgeversorganisatie in de uitzendbranche. SNCU is in het leven geroepen om activiteiten te bevorderen die gericht zijn op het creëren van goede arbeidsverhoudingen in deze bedrijfstak, waaronder het voeren van toezicht op correcte naleving van de toepasselijke cao's.

SNCU heeft onderzoek verricht naar een bv die een uitzendbureau en schoonmaakbedrijf exploiteert ('de Vennootschap'). In dit kader heeft SNCU de Vennootschap verzocht om gegevens aan te leveren. Op basis van de door de Vennootschap aangeleverde gegevens heeft SNCU geoordeeld dat sprake is van een gegrond vermoeden van niet-naleving van de cao. Er is vervolgens een extern onderzoek ingesteld. Naar aanleiding van de resultaten van dit onderzoek heeft SNCU geconcludeerd dat de onderneming gedurende de onderzoeksperiode de cao niet (voldoende) heeft nageleefd, waarbij een totale materiële benadeling van € 612.566 is vastgesteld. Vervolgens heeft de bestuurder en enig aandeelhouder van de Vennootschap ('de Bestuurder') een verklaring ondertekend die hem is toegestuurd door SNCU, waarin hij verklaart rechtsgeldig te handelen namens de Vennootschap en dat hij vanaf dat moment de cao voor uitzendkrachten volledig zal naleven. Een half jaar later heeft een hercontrole

plaatsgevonden. Naar aanleiding van de resultaten van de hercontrole heeft SNCU geconcludeerd dat de vastgestelde afwijkingen niet (volledig) waren hersteld, waarbij een materiële benadeling van € 431.089 is vastgesteld.

In eerste aanleg heeft SNCU gevorderd de Vennootschap en de Bestuurder te veroordelen tot naleving van de cao's indien en voor zover deze algemeen verbindend zijn verklaard, op straffe van een dwangsom, en hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de materiële benadeling van € 431.089 aan de (ex-)werknemers. De kantonrechter heeft de vorderingen van SNCU afgewezen met veroordeling van SNCU in de proceskosten. Daartoe heeft de kantonrechter, kort gezegd, overwogen dat de cao's niet van toepassing zijn omdat de onderneming feitelijk geen uitzendbureau is, maar haar werkzaamheden verricht op grond van aanneemovereenkomsten. SNCU vordert het vonnis te vernietigen en haar vorderingen alsnog toe te wijzen.

Oordeel

Het hof stelt voorop dat de Bestuurder – na daartoe juridisch advies te hebben ingewonnen – de verklaring heeft ondertekend waarin hij aangeeft rechtsgeldig te handelen namens de Vennootschap en toezegt de cao voor Uitzendkrachten volledig na te zullen leven. Gesteld noch gebleken is dat hij deze toezegging aan SNCU, ofwel deze overeenkomst tot naleving van de cao, namens de Vennootschap op enig moment heeft vernietigd. Nu niet is betwist dat de Vennootschap de cao niet heeft nageleefd sinds de verklaring, heeft de Bestuurder onrechtmatig gehandeld jegens SNCU door een toezegging tot naleving van de cao te doen en vervolgens als bestuurder te bewerkstelligen dat de Vennootschap zich daaraan niet heeft gehouden. Dit is ernstig verwijtbaar.

Het slagen van deze grief brengt mee dat het hof de in eerste aanleg verworpen en/of niet behandelde verweren die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven, opnieuw dient te beoordelen (de zogenaamde devolutieve werking van het hoger beroep). De gevorderde materiële benadeling is door SNCU onderbouwd met een extern rapport. De onderneming heeft verstek laten gaan en de Bestuurder heeft de gevorderde materiële benadeling niet betwist. Nu deze ook niet ongegrond of onrechtmatig voorkomt, wordt deze toegewezen zoals gevorderd, dat wil zeggen de gevorderde veroordeling tot nabetaling aan de (ex-)werknemers. Hieraan wordt ook een dwangsom verbonden. Tevens wordt aan SNCU een schadevergoeding toegekend.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-11-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:2852

Zaaknummer: 200.300.107/01

Rechters: E. Loesberg, O.G.H. Milar en A. van Zanten-Baris

Advocaten: M.H.D. Vergouwen en A.C.E.G. Cordesius

Wetsartikelen: 7:690 BW, 6:162 BW, 15 en 16 WCAO

RECHTSPRAAK

Pol q.q./Bestuurders van een failliete bv - II

Na de veroordeling van twee bestuurders op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ontstaat discussie over de verbetering van een kennelijke fout over de hoogte van het te betalen voorschot. De rechtbank oordeelt dat een bestuurder die is veroordeeld tot betaling van de helft van het boedeltekort, ook slechts de helft van het gevorderde voorschot hoeft te betalen. De rechtbank laat het herstelvonnis waarin dit is rechtgezet in stand.

In een uitspraak van 18 november 2020 (OR 2023-0056) heeft de rechtbank Noord-Nederland voor recht verklaard dat twee bestuurders aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW. De ene bestuurder ('Bestuurder 1') voor het gehele boedeltekort, de andere (voormalige) bestuurder ('Bestuurder 2') voor de helft van het boedeltekort. Verder zijn beide bestuurders hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een voorschot van € 50.000 en is Bestuurder 1 daarboven veroordeeld tot betaling van € 40.000. Tot slot is relevant dat beide bestuurders hoofdelijk zijn veroordeeld in de proceskosten, volgens r.o. 4.16 '€ 5.375,41' en volgens het dictum (r.o. 6.5) '€ 5.3754'.

Bestuurder 2 heeft gevraagd om een verbetering van een kennelijke fout in de veroordeling in het voorschot. Volgens haar had de rechtbank beoogd haar te veroordelen tot betaling van de helft van het voorschot, namelijk € 45.000, maar heeft de rechtbank haar per abuis veroordeeld tot betaling van een voorschot van € 50.000. Daarnaast hebben beide bestuurders verzocht om een verbetering van een kennelijke fout in de veroordeling in de proceskosten. De deurwaarder wenst € 53.754 te innen, terwijl het bedrag waarin de bestuurders veroordeeld hadden moeten worden € 5.375,41 bedraagt.

De rechtbank oordeelt dat in beide gevallen inderdaad sprake is van een kennelijke fout en herstelt de fouten in een vonnis van 30 december 2020 (ECLI:NL:RBNNE:2020:5204). De curator is het hier niet mee eens en verzoekt het herstelvonnis ongedaan te maken voor zover het voorschot waarin Bestuurder 2 is veroordeeld, is verlaagd tot € 45.000. Volgens de curator zou Bestuurder 2 – net als Bestuurder 1 – veroordeeld moeten worden tot betaling van een

voorschot van € 90.000, omdat het boedeltekort vele malen groter is dan het door de curator gevorderde voorschot van € 90.000.

De rechtbank laat het herstellvonnis in stand. Naar het oordeel van de rechtbank ligt het voor de hand dat een bestuurder die aansprakelijk is voor de helft van het boedeltekort, ook wordt veroordeeld tot betaling van slechts de helft van het gevorderde voorschot. Veroordeling tot betaling van het volledige voorschot zou in strijd zijn met de billijkheidscorrectie van de matiging tot 50%. Het had de curator vrijgestaan Bestuurder 2 aan te spreken tot betaling van de helft van het boedeltekort (en niet slechts een voorschot), maar dat heeft de curator niet gedaan.

H.J. de Kloe, maart 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 03-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:5747

Zaaknummer: C/19/126852 HA ZA 19-91

Rechters: S.B. van Baalen, E.W. van Weringh en T.A. Oudenaarden

Advocaten: A.M.J. van de Sande en R.W. Lagerwaard

Wetsartikelen: 31 Rv en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Pol q.q./Bestuurders van een failliete bv - I

De curator stelt twee bestuurders aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW wegens btw-fraude en verkoop van het materieel aan schuldeisers, waardoor de schuldeisers een beroep konden doen op verrekening en de verdien capaciteit van de vennootschap verdween. De rechtbank wijst de vordering toe. De aansprakelijkheid wordt ten aanzien van een van de bestuurders gematigd tot 50% van het boedeltekort, omdat het grootste deel van de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond toen zij geen bestuurder meer was. Voorts wordt aan de andere bestuurder een bestuursverbod opgelegd voor de duur van vijf jaar.

Feiten

Een bv die zich bezighield met de uitvoer van grond-, weg- en waterbouwkundige werkzaamheden en later materieel verhuurde voor dergelijke werkzaamheden is op 18 januari 2018 failliet verklaard. Tot 1 augustus 2016 was gedaagde 2 bestuurder van de vennootschap. Vanaf 1 augustus 2016 was gedaagde 1, echtgenoot van gedaagde 2, bestuurder. Gedaagde 2 was enig aandeelhouder van de vennootschap.

Tussen 14 september 2017 en 1 december 2017 is voor ongeveer € 200.000 materieel verkocht aan schuldeisers. Vrijwel alle facturen vermeldden dat de schuldeisers de koopsom mochten verrekenen.

Na de faillietverklaring heeft de Belastingdienst een boekenonderzoek ingesteld en een naheffing en boete opgelegd omdat de omzetbelasting onjuist was aangegeven. Op diverse facturen die aanwezig waren in de administratie van de vennootschap was opgenomen dat de omzetbelasting was verlegd, terwijl op de verzonden facturen wel btw in rekening is gebracht aan de klanten.

Vorderingen

De curator stelt gedaagde 1 en 2 aansprakelijk voor het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW en vordert daarnaast oplegging van een bestuursverbod op grond van artikel 106a Fw. De curator stelt dat de boekhoudplicht is geschonden, omdat onder meer een kasboek en een projectadministratie ontbrak. Voorts is de publicatieplicht geschonden, omdat de jaarrekening over 2014 pas in december 2016 is gepubliceerd. Verder legt de curator aan zijn vorderingen de hierboven vermelde feiten ten grondslag.

Bestuurdersaansprakelijkheid

De rechtbank overweegt dat de administratie- en deponeringsplicht inderdaad zijn geschonden, zodat vaststaat dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Het verweer dat de jaarrekening over 2014 niet tijdig kon worden opgemaakt vanwege het faillissement van een dochtervennootschap volgt de rechtbank niet, omdat de dochter in mei 2015 failliet ging terwijl het boekjaar op 31 december 2014 reeds was afgesloten.

De rechtbank overweegt verder dat gedaagden zich schuldig hebben gemaakt aan btw-fraude. De stelling van gedaagden dat zij die intentie niet hadden en achteraf via suppletieaangiften alsnog de verschuldigde btw wilden voldoen kan hen niet baten. Gedaagden hebben opzettelijk onjuiste btw-aangifte gedaan. Dit kan worden gekwalificeerd als kennelijk onbehoorlijk bestuur. De eerste factuur waarmee fraude is gepleegd dateert uit de tijd dat gedaagde 2 nog bestuurder was, zodat dit ook aan haar kan worden verweten.

De verkoop van het materieel aan schuldeisers is ook onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Niet is gebleken dat de activa zijn verkocht voor marktconforme prijzen, de rangorde is door de verkoop doorbroken en na de verkoop van het materieel was er geen enkel perspectief meer voor de vennootschap.

Gedaagden hebben geen andere oorzaak van het faillissement aannemelijk gemaakt dan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. De rechtbank overweegt dat aangenomen moet worden dat de gebrekkige administratie een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ook de verkoop van de activa kan worden aangemerkt als belangrijke oorzaak van het faillissement, omdat het verdienvermogen van de onderneming verdween door de verkoop van haar materieel.

Matiging

Omdat het materieel is verkocht toen gedaagde 1 bestuurder was en ook de btw-fraude voornamelijk is gepleegd toen gedaagde 1 bestuurder was, matigt de rechtbank de aansprakelijkheid van gedaagde 2 tot 50% van het boedeltekort. De grond hiervoor is de tijd gedurende welke gedaagde 2 in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke

taakvervulling plaatsvond (art. 2:248 lid 4 BW).

Bestuursverbod

De rechtbank legt aan gedaagde 1 een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar. De gronden hiervoor zijn dat een onherroepelijke boete is opgelegd als bedoeld in artikel 67f AWR en dat gedaagde 1 aansprakelijk is gehouden op grond van artikel 2:248 BW. Met name de btw-fraude biedt naar het oordeel van de rechtbank grond voor oplegging van het bestuursverbod. Omdat gedaagde 1 hiervoor de hoofdverantwoordelijke was, wordt het bestuursverbod niet opgelegd aan gedaagde 2.

Beide gedaagden worden veroordeeld tot hoofdelijke betaling van een voorschot op het boedeltekort van € 50.000. Gedaagde 1 dient een aanvullend voorschot van € 40.000 te betalen. Het oordeel van de rechtbank over het voorschot krijgt nog een staartje, waarvoor zij verwezen naar OR 2023-0057.

H.J. de Kloe, maart 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 18-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:5203

Zaaknummer: C/19/126852 HA ZA 19-91

Rechters: S.B. van Baalen, E.W. van Weringh en T.A. Oudenaarden

Advocaten: A.M.J. van de Sande en R.W. Lagerwaard

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:394 BW, 2:248 BW, 106a Fw en 67f AWR

RECHTSPRAAK

Dunselman q.q./Bestuurders van Stichting Rentecertificaten Nederland

De curator spreekt de bestuurder en haar zoon als feitelijk beleidsbepaler van een stichting aan voor het tekort in het faillissement van een stichting. Zij hebben tien beleggers voor € 630.000 opgelicht door in strijd met gemaakte afspraken te beleggen in risicovolle kortetermijnposities en het doen van privéopnamen. Dit kwalificeert naar het oordeel van de rechtbank als kennelijk onbehoorlijk bestuur en het is bovendien aannemelijk dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ook is geen goede administratie bijgehouden en het wettelijk vermoeden dat hieruit voortvloeit, is niet ontkracht. De bestuurder van de stichting is dus persoonlijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement. Dit geldt ook voor haar zoon, die door de rechtbank wordt aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler van de stichting.

Feiten

In 2016 wordt door gedaagde 1 ('de Bestuurder') Stichting Rentecertificaten Nederland ('de Stichting') opgericht. De Bestuurder is de enige bestuurder van de Stichting. In datzelfde jaar richt gedaagde 2, de zoon van de Bestuurder ('de/haar Zoon'), een besloten vennootschap en een commanditaire vennootschap op met de Stichting als beherend vennoot en de bv als commanditaire vennoot.

De Stichting had ten doel gelden van kleine investeerders en beleggers risicomijdend (via de CV) te investeren in obligaties en promootte dat via een brochure op haar website. Promotie bestond onder meer uit foto's van echtparen met positieve recensies in de vorm van citaten. Beleggers zouden jaarlijks 6% rente ontvangen en na opzegging hun inleg terugkrijgen. In de periode van 2017 tot 2018 hebben tien beleggers in totaal € 630.000 ingelegd. In plaats van

investeringen in obligaties heeft de Stichting risicovolle beleggingen gedaan en zijn de gelden aangewend voor kosten en privéopnamen.

Op 10 augustus 2018 is de Stichting ontbonden, kennelijk zonder dat een uitkering is gedaan aan de beleggers. Op 31 oktober 2018 is de vereffening van de Stichting heropend op verzoek van een van de beleggers. Op 5 maart 2019 is het faillissement van de Stichting uitgesproken op verzoek van de vereffenaar, met benoeming van de vereffenaar tot curator in het faillissement.

Vordering en uitspraak

In deze procedure vordert de curator met succes dat de Bestuurder en de Zoon als feitelijk beleidsbepaler van de Stichting aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort. Nadat de rechtbank concludeert dat artikel 2:300a (oud) jo. 2:138 BW van toepassing is op de Stichting omdat de Stichting belastingplichtig is, omdat zij in concurrentie treedt met andere belastingplichtigen, oordeelt zij dat de Bestuurder en haar Zoon met de ingerichte constructie op een leugenachtige en misleidende wijze particuliere beleggers hebben overgehaald. De brochure en advertenties staan namelijk vol feitelijke onjuistheden (zo waren alle echtparen fictief), de Stichting belegde in strijd met afspraken en veronachtzaamde de administratieplicht. Er is dermate roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoordelijk gehandeld – en dat ten nadele van de beleggers, aan wie juist een belegging in veilige obligaties was voorgespiegeld – dat het bestuur van de Stichting daarvan een ernstig verwijt te maken valt. De rechtbank is van oordeel dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Het voorgaande geldt ook voor de Zoon als feitelijk beleidsbepaler. Uit de processtukken blijkt naar het oordeel van de rechtbank dat enkel de Zoon zich bezighield met het optuigen van de constructie. Uit de stukken is geen rol voor de Bestuurder daarin af te leiden en zij heeft ook geen bedrijfsplan opgesteld. Uit het opstellen van de brochure en bijhouden van een kostenoverzicht kan niet worden geconcludeerd dat de Bestuurder zich bezighield met het beleid van de Stichting. De feitelijke rol van de Bestuurder blijkt nergens uit. Bovendien hebben de Bestuurder en haar Zoon gezamenlijk vragen van de AFM en de curator beantwoord. Er wordt steeds in de 'wij'-vorm gesproken. Tevens geldt dat de constructie nagenoeg geheel ten voordele heeft gestrekt van de Zoon (die recht had op 99% van de winst) en niet van de Bestuurder.

De rechtbank weegt bovendien mee dat de Bestuurder en haar Zoon geen proceshouding hebben aangenomen die voldoet aan wat mag worden verwacht. Ze waren niet op de zitting aanwezig en hebben in hun conclusie van antwoord feiten in strijd met de waarheid

gepresenteerd. De rechtbank gaat daarom voorbij aan de schriftelijke betwisting van de Bestuurder en haar Zoon dat laatstgenoemde feitelijk het beleid bepaalde.

A.L.M. van Rooij, maart 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 08-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:1723

Zaaknummer: C/15/321321 / HA ZA 21-549

Rechters: W.S.J. Thijs, A.K. Korteweg en J.H. van Woudenberg

Advocaten: A.H.J. Dunselman en H. van Schuppen

Wetsartikelen: 2:138 BW en 2:300a BW

RECHTSPRAAK

Curator van Jesnoka Novio B.V./Driessen Vastgoed B.V. c.s.

Een voormalig projectpartner oefent een contractueel optierecht op de helft van de aandelen van een in het kader van het project opgerichte bv uit. De andere partner, die destijds alle aandelen had gekocht en geleverd gekregen, weigert de aandelen te leveren maar heeft het er als aandeelhouder en bestuurder toe gebracht dat de bv een zeer groot aantal nieuwe aandelen uitgeeft aan de moederverennootschap van deze andere partner. De optiehouder heeft vervolgens deze andere partner gedagvaard wegens frustratie van het optierecht, en na het faillissement van de optiehouder neemt de curator deze vordering over. In het onderhavige tussenarrest komt het hof onder meer tot het oordeel dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming van het optierecht en onrechtmatig handelen jegens de voormalig projectpartner door (aanvaarding van) de aandelenuitgifte.

Aanleiding

De procedure waarin dit tussenarrest is gewezen gaat over de uitoefening van een contractueel optierecht. Jesnoka Novio B.V. ('Jesnoka') en haar voormalige projectpartner Driessen Vastgoed B.V. ('Driessen') beoogden een samenwerking voor de ontwikkeling van een oud schoolpand tot appartementen, in welk kader Jesnoka in juni 2015 Heron Domus B.V. ('Heron') heeft opgericht en alle door haar bij de oprichting verkregen 1.002 aandelen in Heron aan Driessen heeft verkocht en geleverd. Onderdeel van de gemaakte afspraken was het contractuele optierecht, op basis waarvan Jesnoka onder opschortende voorwaarde van goedkeuring van de financierende bank was gerechtigd om op ieder moment te verlangen dat Driessen 501 aandelen in Heron aan haar zou overdragen. Heron heeft nadien Heron on the Park B.V. opgericht, waarin het te ontwikkelen vastgoed werd ondergebracht en waarin Heron en aangetrokken financier Heijkers B.V. elk 50% van de aandelen gingen houden. Nadat de ontwikkeling met financiering van ABN AMRO Bank N.V. grotendeels gereed was gekomen

en nadat Jesnoka haar optierecht op 15 januari 2018 zonder gevolg had uitgeoefend, heeft Driessen het er als aandeelhouder en bestuurder van Heron toe gebracht dat Heron 200.000 nieuwe aandelen heeft uitgegeven aan de moederverenootschap van Driessen ('Driessen Bouwgroep'). Jesnoka heeft Driessen vervolgens wegens frustratie van het optierecht gedagvaard. Jesnoka is op 27 maart 2020 in staat van faillissement verklaard, waarna haar curator de procedure op de voet van artikel 27 Fw heeft overgenomen.

Vorderingen

Het partijdebat gaat in de kern over de uitleg van het contractuele optierecht. (De curator van) Jesnoka heeft betoogd dat in de toepasselijke aandeelhoudersovereenkomst weliswaar is opgenomen dat de optie recht geeft op levering van 501 aandelen, maar partijen daarmee een recht op levering van 50% (d.w.z. 1.002/2) van het aandelenkapitaal in Heron bij oprichting hebben bedoeld overeen te komen. De curator heeft daarom primair nakoming gevorderd door levering van 50% van de Heron-aandelen, met inbegrip van de helft van de 100.000 aandelen die sinds de uitgifte door Driessen Bouwgroep werden gehouden. In het kader van deze primaire vordering heeft (de curator van) Jesnoka zich tevens op het standpunt gesteld dat de aandelenuitgifte paulianeus en daarom op grond van artikel 3:45 BW vernietigbaar is. Subsidiair wordt gevorderd voor recht te verklaren dat Driessen is tekortgeschoten in haar verplichting tot levering van 50% van de Heron-aandelen met veroordeling van Driessen tot betaling van vervangende schadevergoeding.

Oordeel

In eerste aanleg wijst de rechtbank de primaire vordering af op de grond dat Driessen Bouwgroep geen procespartij is en niet is gebleken dat Driessen namens Driessen Bouwgroep tot levering van de Heron-aandelen van Driessen Bouwgroep of tot ongedaanmaking van de aandelenemissie bevoegd of in staat was (Rb. Gelderland 13 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:8208, r.o. 4.1-4.4). De subsidiaire vorderingen zijn afgewezen op de grond dat naar het oordeel van de rechtbank niet voldoende van goedkeuring van ABN AMRO Bank N.V. was gebleken en zodoende niet aan de voorwaarden voor inroeping van het optierecht was voldaan (*idem*, r.o. 4.6-4.18). In hoger beroep vermeerderd de curator zijn eis door deze ook tegen Heron en Driessen Bouwgroep te richten en te gronden op onrechtmatig en paulianeus handelen van deze betrokkenen. Omdat Heron en Driessen Bouwgroep nog altijd niet in het geding waren betrokken en de rechtsvordering op grond van artikel 3:45 BW moet worden ingesteld tegen eenieder die bij de gewraakte rechtshandeling(en) partij is (art. 3:51 lid 2 BW), heeft het hof de curator gelegenheid gegeven om Heron en Driessen Bouwgroep alsnog op de voet van artikel 118 Rv te betrekken (Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3475, r.o. 3.4). In het onderhavige tussenarrest komt het hof

uiteindelijk tot het oordeel dat sprake is van een tekortkoming van Driessen in de nakoming van het optierecht en onrechtmatig handelen van Heron en Driessen Bouwgroep jegens Jesnoka door (aanvaarding van) de aandelenuitgifte. Voor de schadebegroting beslist het hof om een deskundigenbericht in te winnen. Het beroep op de pauliana slaagt niet. Vermindering van de waarde van het optierecht door verwatering als gevolg van de aandelenemissie of de weigering van de nakoming van een verplichting tot levering van aandelen kan geen daadwerkelijke wijziging van het vermogen van Jesnoka ten nadele van haar crediteuren tot gevolg hebben gehad. Er is ten gevolge van die (rechts)handelingen geen voor verhaal beschikbaar actief uit het vermogen van Jesnoka verdwenen dat met een beroep op de pauliana in dat vermogen kan worden teruggebracht.

J.O. Bijloo, maart 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-02-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:1720

Zaaknummer: 200.302.483

Rechters: R.W.E. van Leuken, A.W. Steeg en A. van Hees

Advocaten: A. Neophitou en T.J. Teggelaar

Wetsartikelen: 3:45 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Enquête Exem Energy B.V. en Exem Oil & Gas B.V.

Op verzoek van de curatoren in het faillissement van twee vennootschappen waarvan Isabel dos Santos en haar (inmiddels overleden) echtgenoot altijd UBO zijn geweest, beveelt de OK een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van deze vennootschappen. Het verzoek om bij wege van onmiddellijke voorziening de bestuurders van de vennootschappen te schorsen en een door de OK aan te wijzen persoon te benoemen tot bestuurder, wordt afgewezen. Door de faillissementen kan het bestuur geen beheershandelingen meer verrichten die de boedel binden. De OK acht het niet opportuun dat de bestuurders worden vervangen met het doel dat door de vennootschappen gevoerde procedures niet worden voortgezet of hervat.

Exem Energy B.V. ('Exem Energy') en Exem Oil & Gas B.V. ('Exem Oil & Gas') zijn gefailleerd. De curatoren hebben de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij deze vennootschappen en daarnaast diverse onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zij vermoeden dat de vennootschappen zijn misbruikt door een echtpaar bij systematische grootschalige corruptie en verduistering van activa van de Angolese staat en Angolese staatsbedrijven. De vrouw is namelijk de dochter van een voormalige president van Angola. Tijdens diens regime zou het echtpaar hebben weten te bewerkstelligen dat de Angolese staat onzakelijke transacties sloot die tot hun voordeel strekten. Het gevraagde onderzoek moet volgens de curatoren openheid van zaken brengen en leiden tot vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor bij de vennootschappen gevoerd wanbeleid.

De OK overweegt dat de transacties die Exem Energy in 2006 is aangegaan een gegronde reden vormen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij Exem Energy te twijfelen. Onderzoek naar deze transacties wordt echter niet opportuun geacht, omdat hierover al een arbitrageprocedure is gevoerd. Dat een nader onderzoek relevante nieuwe

feiten aan het licht zal brengen, is niet aannemelijk geworden. Er zijn verder sterke aanwijzingen dat drie besluiten van de algemene vergadering van Esperaza Holding B.V. ('Esperaza'), een vennootschap waarin Exem Energy aandelen hield, geantedateerd zijn, met het doel dat wordt versluierd dat de besluiten niet meer rechtsgeldig konden worden genomen op de datum dat zij daadwerkelijk zijn genomen. De besluiten zijn naar het voorlopig oordeel van de OK nietig en dit leidt er in beginsel toe dat een ten titel van dividend betaald bedrag van € 52,6 miljoen zonder rechtsgrond en derhalve onverschuldigd aan Exem Energy is betaald. Ook de doorbetaling van dit bedrag aan een andere vennootschap met dezelfde UBO, vormt een gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid. Daarnaast zijn er diverse onregelmatigheden geconstateerd in de jaarrekeningen van Exem Energy, waarmee mogelijk werd beoogd het witwassen van niet legaal verkregen gelden te faciliteren.

De hiervoor genoemde redenen rechtvaardigen een onderzoek bij Exem Energy en Exem Oil & Gas. Een belangenafweging leidt in dit geval niet tot afwijzing van het enquêteverzoek. Ten aanzien van de gevraagde voorlopige voorzieningen geldt het volgende. Volgens de curatoren moet een einde worden gemaakt aan de situatie dat personen die zich schuldig maken aan het plegen van strafbare feiten deel uitmaken van het bestuur. Daarnaast willen zij bewerkstelligen dat gefailleerden bepaalde gerechtelijke procedures beëindigen. De OK stelt voorop dat de gevraagde voorzieningen slechts kunnen worden toegewezen indien dat in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek vereist is. Dat is nu niet komen vast te staan. Het bestuur van gefailleerden kan nu immers geen beheersmaatregelen meer verrichten die de boedel binden. Dit maakt dat zich in faillissement niet spoedig de situatie zal voordoen dat een wijziging in het bestuur noodzakelijk is in verband met de toestand van de rechtspersoon. Voorts acht de OK het niet opportuun om een door haar benoemde bestuurder als poortwachter van de toegang tot de rechter aan te stellen.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, maart 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:289

Zaaknummer: 200.313.125/01 OK

Rechters: A.P. Wessels, C.C. Meijer, M.A.M. Vaessen, D.E.M. Aleman en A.G. Thomassen

Advocaten: M. Wolters, W.D.M. van Tuyll van Serooskerken, J.Ph. de Korte, G.J. Wilts, D.B. Smalhout, L.J.J. Kerstens, B. Rikkert, W.A. Vader, F. Eikelboom, M.H. de Vries, A.G.J. van Rinsum, G.J.G. Bolderman, M.J. Drop, R.H. Broekhuijsen en J.G. Geertsma

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Reiziger q.q./Brogemea Real Estate B.V.

Een bv die een zorgonderneming drijft, heeft zich hoofdelijk verbonden voor terugbetaling van twee leningen die Rabobank heeft verstrekt aan haar zustervennootschap. De leningen zijn gebruikt voor de aankoop van twee panden. Een deel van het ene pand is verhuurd aan bewoners aan wie de zustervennootschap zorg verleende. Het idee was om met het tweede pand hetzelfde te doen. De zustervennootschap gaat failliet en Rabobank wint zekerheden uit, mede in verband met de leningen waarmee de bv de twee panden heeft gekocht. De curator wil voor het verhaalde regres nemen op de bv. De vraag die bij de rechtbank speelt en waarover de rechtbank prejudiciële vragen stelt aan de Hoge Raad is of in verband met de onderlinge draagplicht betekenis toekomt aan het feit dat de vennootschap die zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor een lening, direct of indirect profijt heeft gehad van deze lening. De Hoge Raad overweegt dat de vraag wie een schuld aangaat (art. 6:10 BW) niet in het algemeen kan worden beantwoord. Dit hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarbij kan betekenis toekomen aan het feit dat een hoofdelijk verbonden vennootschap direct of indirect profijt heeft gehad van een lening.

Brogemea Real Estate B.V. ('Brogemea') en De Buurtzuster B.V. ('De Buurtzuster') zijn zustervennootschappen en richten zich op ouderenzorg. In verband met de aanschaf van een bedrijfspand in 2016 door Brogemea heeft zowel Brogemea als De Buurtzuster zich hoofdelijk verbonden tot terugbetaling van de lening die is afgesloten bij Rabobank en ten behoeve van Rabobank een pandrecht gevestigd op huidige en toekomstige vorderingen. Brogemea heeft een deel van het pand verhuurd aan bewoners aan wie De Buurtzuster zorg verleende. Voor deze zorg ontving De Buurtzuster vergoedingen van de zorgverzekeraar. In 2018 kocht Brogemea een ander pand met dezelfde doelstelling en hoofdelijke verbondenheid. De Buurtzuster is in 2018

in staat van faillissement verklaard.

Na het faillissement van De Buurtzuster is de curator in overleg met Rabobank overgegaan tot het te gelde maken van de activa en daarmee tot uitwinning van de zekerheden van Rabobank. Het bedrag dat Rabobank daardoor ontving, is voor circa 43% gebruikt om de rekening-courantschuld van De Buurtzuster te voldoen. Het meerdere is door Rabobank aangewend voor het delgen van de schuld van Brogema.

De curator vordert van Brogema betaling van dat bedrag omdat De Buurtzuster meer zou hebben afgelost dan het gedeelte van de schuld dat haar aangaat (art. 6:10 lid 2 BW). Partijen hebben zich beroepen op het arrest *Janssen q.q./JVS Beheer* (HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206). De rechtbank heeft prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld ter verduidelijking van het profijtbeginsel en het bepalen van de draagplicht van een concernvennootschap.

De Hoge Raad overweegt dat wanneer een lening of krediet is verstrekt aan een vennootschap en een andere (zuster)vennootschap zich hoofdelijk heeft verbonden tot terugbetaling van de lening of het krediet, bij de bepaling van de onderlinge draagplicht en de in dat kader te beantwoorden vraag wie de schuld aangaat, betekenis kan toekomen aan het feit dat de andere (zuster)vennootschap direct of indirect profijt heeft gehad van de lening of het krediet. De Hoge Raad overweegt voorts dat het aan de feitenrechter is om te oordelen over de betekenis en het gewicht dat toekomt aan de feiten en omstandigheden van het geval. Voorbeelden van dergelijke omstandigheden zijn door de rechtbank genoemd in de prejudiciële vragen, zoals: of voor het gebruik een (marktconforme) huur wordt betaald, of het pand (mede) met het oog op het gebruik door de zustervennootschap is aangeschaft en of sprake is van concern- of objectfinanciering.

D.R.C. Smit, maart 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 24-02-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:295

Zaaknummer: 22/02224

Rechters: M.V. Polak, G. de Groot, F.R. Salomons, G.C. Makkink en K. Teuben

Advocaten: R.J. van Galen en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 6:10 BW

RECHTSPRAAK

Uitstootprocedure tussen aandeelhouders Bloembollenbedrijf Brouwer

OK; geschillenregeling. In het onderhavige arrest doet de OK in hoger beroep uitspraak in twee lopende bodemzaken (die zijn samengevoegd) met betrekking tot de reeds langlopende vete tussen de twee aandeelhouders van een bv. Partijen hebben in een uitstotingsprocedure ex artikel 2:336 BW over en weer elkaars uitstoting gevorderd. In het onderhavige arrest beveelt de OK een deskundigenonderzoek. Voorts staat onder andere de vraag centraal of de vennootschap verplicht is aan een aandeelhouder alle documenten en informatie te verstrekken die aan de deskundige worden verstrekt. De OK oordeelt dat een dergelijke verplichting niet kan worden afgeleid uit artikel 2:351 en 2:352 BW. Dit betekent echter niet dat de aandeelhouder geen aanspraak zou kunnen maken op een kopie van of inzage in de aan de deskundige verstrekte stukken. Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat een partij de gelegenheid moet hebben om effectief commentaar te leveren op een deskundigenbericht en dit kan betekenen dat daarvoor een kopie van of inzage in de achterliggende stukken noodzakelijk is. De deskundige kan bepalen in hoeverre stukken ook ter inzage aan een aandeelhouder dienen te worden verstrekt. De OK benoemt een raadsheer-commissaris waartoe de aandeelhouders zich kunnen wenden indien zij zich niet kunnen verenigen met de beslissing van de deskundige.

Inleiding en feiten

In het onderhavige arrest doet de OK in hoger beroep uitspraak in twee lopende bodemzaken

(die zijn samengevoegd) met betrekking tot de reeds langlopende vete tussen de aandeelhouders van Bloembollenbedrijf Brouwer B.V. ('Bloembollenbedrijf Brouwer'), die tot een stroom aan uitspraken heeft geleid. Hoe zat het ook alweer? Twee broers, Carl en Boudewijn, hielden via hun persoonlijke holdings (hierna 'Carl' respectievelijk 'Boudewijn') beiden 50% in Bloembollenbedrijf Brouwer en waren voorheen ook beiden bestuurders. Tussen Carl en Boudewijn bestaat al lange tijd onenigheid.

Carl en Boudewijn hebben in 2012 een vaststellingsovereenkomst gesloten, strekkende tot afwikkeling van tussen hen bestaande geschillen en ontvlechting van hun samenwerking. Deze overeenkomst is niet uitgevoerd en de geschillen zijn verdiept. Sinds 2014 zijn partijen verwickeld in een uitstotingsprocedure ex artikel 2:336 BW, waarbij Carl en Boudewijn over en weer elkaars uitstoting hebben gevorderd. Daarnaast heeft de OK in een enquêteprocedure vastgesteld dat zich wanbeleid heeft voorgedaan bij Bloembollenbedrijf Brouwer waarvoor Carl en Boudewijn verantwoordelijk zijn, en voorzieningen getroffen.

De eerste bodemprocedure heeft betrekking op – kort gezegd – de vaststellingsovereenkomst en daarmee samenhangende onderwerpen en vorderingen op grond van de geschillenregeling waarbij Carl en Boudewijn in eerste aanleg over en weer de overdracht van elkaars aandelen hebben gevorderd ('Bodemprocedure I'). In de tweede bodemprocedure zijn in hoger beroep vorderingen aan de orde van Carl tegen Bloembollenbedrijf Brouwer tot betaling van haar vordering in rekening-courant en tot betaling van een bedrag ter zake van de pensioenvoorziening voor Boudewijn ('Bodemprocedure II').

In een tussenarrest uit 2021 heeft de OK in hoger beroep in Bodemprocedure I onder meer bepaald dat zij een nader deskundigenrapport door een nieuw te zoeken deskundige nodig acht en dat partijen zich mogen uitlaten over de persoon van de te benoemen deskundige en de formulering van de te stellen vragen. In hetzelfde tussenarrest heeft de OK in Bodemprocedure II bepaald dat Bloembollenbedrijf Brouwer zal mogen reageren op een te nemen akte van Carl over het verschuldigde saldo in rekening-courant.

Bodemprocedure I

Carl en Boudewijn zijn het erover eens dat benoeming van één deskundige volstaat en dat het dient te gaan om een ervaren Register Valuator met ervaring in de agrarische sector.

Partijen hebben beiden voorstellen gedaan voor aanvulling van de te stellen vragen.

Carl heeft tevens verzocht om expliciet te bepalen dat Bloembollenbedrijf Brouwer de door de deskundige gevraagde documenten en informatie dient te verstrekken en daarvan op de voet van artikel 198 Rv een kopie aan Carl dient te verstrekken.

De OK overweegt dat artikel 2:339 lid 1 BW bepaalt dat, indien de vordering tot uitstoting wordt toegewezen, de rechter een of meer deskundigen benoemt die over de prijs schriftelijk bericht moeten uitbrengen en dat artikel 194 tot en met 199 Rv voor het overige van toepassing zijn. Daarnaast zijn ook artikel 2:351 en 2:352 BW van overeenkomstige toepassing. Artikel 198 lid 2 Rv bepaalt dat de deskundige partijen bij het onderzoek in de gelegenheid moet stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen en dat een partij die dat doet, van deze opmerkingen en verzoeken terstond afschrift aan de wederpartij dient te verschaffen. Voor zover van belang bepaalt artikel 2:351 BW onder meer dat de onderzoeker in de enquêteprocedure gerechtigd is tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon waarvan hij de kennisneming tot een juiste vervulling van zijn taak nodig acht.

De OK overweegt dat een verplichting van Bloembollenbedrijf Brouwer om een kopie aan Carl te verstrekken van alle documenten die zij aan de deskundige verstrekt, niet kan worden afgeleid uit het samenstel van deze bepalingen. Uit artikel 2:351 en 2:352 BW volgt een dergelijke verplichting niet. Dit betekent echter niet dat Carl geen aanspraak zou kunnen maken op een kopie of inzage in de aan de deskundige verstrekte gegevens. Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat een partij de gelegenheid moet hebben om effectief commentaar te leveren op een deskundigenbericht en dit kan betekenen dat daarvoor een kopie van of inzage in de achterliggende stukken noodzakelijk is.

De OK overweegt dat op Bloembollenbedrijf Brouwer op grond van artikel 2:351 lid 1 BW de verplichting rust de deskundige de gelegenheid te geven tot raadpleging van alle door de deskundige noodzakelijk geachte administratieve bescheiden. Indien de deskundige dit wenst, dient Bloembollenbedrijf Brouwer een kopie daarvan aan de deskundige te verstrekken. De deskundige kan vervolgens bepalen in hoeverre deze stukken ook ter inzage of in kopie aan Carl dienen te worden verstrekt, om Carl in staat te stellen effectief commentaar te leveren.

Volgens de OK lijkt in dit geval geen goede reden aanwezig Carl inzage of een kopie te onthouden, terwijl dit het leveren van effectief commentaar kan bevorderen. Indien Bloembollenbedrijf Brouwer desondanks bezwaar heeft tegen inzage door Carl dan wel het verstrekken aan Carl van een kopie van bepaalde, concreet aan te duiden, stukken, kan zij dit onder opgave van redenen aan de deskundige kenbaar maken. De deskundige kan dan laten weten of deze stukken al dan niet zullen worden verstrekt. De OK ziet aanleiding om overeenkomstig artikel 2:350 lid 4 BW een raadsheer-commissaris te benoemen die ingeval van discussie kan oordelen.

Bodemprocedure II

Carl maakt aanspraak op de wettelijke handelsrente over het verschuldigde saldo in rekening-courant. Bloembollenbedrijf Brouwer heeft erop gewezen dat de beslissing van de OK in haar tussenarrest een bindende eindbeslissing betreft waarvan in beginsel niet kan worden teruggekomen. De OK overweegt dat deze regel juist is en merkt daarbij op dat alleen in geval van een gebleken onjuiste feitelijke of juridische grondslag een uitzondering op deze regel kan worden gemaakt. De OK ziet in dit geval geen aanleiding om van haar eerdere beslissing terug te komen.

S.G.H. Nieuwendijk, maart 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-04-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:1299

Zaaknummer: 200.274.959/01 OK en 200.267.151/01 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, A.W.H. Vink, F. van der Wel en A.G. Thomassen

Advocaten: M.C. Schepel, H.B. De Regt en R.J. Bakker

Wetsartikelen: 2:339 BW en 2:351 BW