

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 7, 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:2023:199](#) 10-02-2023

Bab/Cordial en Turnham III

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:144](#) 03-02-2023

Verhuurder bedrijfspand/(Indirect) bestuurders Nedstars B.V.

Hof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:511](#) 22-02-2023

Enquête I.H.P. Holding B.V. c.s.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:444](#) 07-02-2023

Verwijzingsarrest Mobile Services

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:367](#) 31-01-2023

Gedwongen overname aandelen QL Verzekeringen B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:150](#) 27-01-2023

VEB c.s./SNS Reaal N.V. en SNS Bank N.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:185](#) 24-01-2023

Spectrocom Management B.V. en haar bestuurder/Voormalig eigenaren Ruitersplus

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:49](#) 10-01-2023

Everest Holding B.V. en haar DGA/Wals Systems B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:984](#) 17-03-2022

Concernenquête Impromex Technics Holding B.V. en Impromex Technics B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:1278](#) 15-03-2023

Kuper q.q./Bestuurders failliet transportbedrijf

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:1583](#) 13-03-2023

Billijke vergoeding van 670.000 euro na ontslag statutair directeur
[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:1207](#) 03-03-2023

Werknemers/DIM Holding B.V. c.s.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:875](#) 17-02-2023

Opzegging of ontzetting lidmaatschap

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2022:12237](#) 02-11-2022

Innopart B.V./Oprichter van Orava IE B.V. i.o.

RECHTSPRAAK

Innopart B.V./Oprichter van Orava IE B.V. i.o.

Een vennootschap heeft op grond van een overeenkomst aan een bv in oprichting geld geleend. Deze bv is vervolgens niet opgericht, zodat bekrachtiging van de rechtshandeling door de bv niet heeft plaatsgevonden. De vennootschap vordert daarom op grond van artikel 2:203 lid 2 BW terugbetaling van het geleende geld van degene die destijds namens de bv in oprichting heeft getekend. Anders dan degene die tekende aanvoert, is de rechtbank van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de schuld aan een andere vennootschap is overgedragen. De vordering wordt toegewezen.

Innopart B.V. ('Innopart') heeft op grond van een overeenkomst aan de bv in oprichting Orava IE B.V. i.o. ('Orava') geld geleend. Eiseres in verzet ('de Oprichter') heeft deze overeenkomst namens Orava getekend. Orava is vervolgens niet opgericht, zodat bekrachtiging van deze rechtshandeling door de vennootschap niet heeft plaatsvonden. Innopart vordert daarom terugbetaling van het geleende geld van de Oprichter op grond van artikel 2:203 lid 2 BW. Bij verstekvonnis is deze vordering van Innopart toegewezen. Hiertegen komt de Oprichter in verzet.

Zij stelt dat artikel 2:203 BW toepassing mist omdat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst tussen partijen is afgesproken dat een derde vennootschap in de plaats zou treden van Orava, die daarom niet langer partij was. Subsidiair stelt de Oprichter dat partijen uitdrukkelijk iets anders hebben afgesproken dan de hoofdelijke aansprakelijkheid van de Oprichter ex artikel 2:203 lid 2 BW, namelijk de aansprakelijkheid van desbetreffende derde vennootschap.

De rechtbank overweegt dat nu de rechtshandeling niet is bekrachtigd, de hoofdelijke verbondenheid van de Oprichter niet is geëindigd. De rechtbank volgt de Oprichter niet in haar stelling dat artikel 2:203 BW in deze procedure toepassing mist. Er is namelijk geen akte tussen Orava en de derde vennootschap opgemaakt en Innopart betwist de noodzakelijke

medewerking aan een dergelijke contractsoverneming te hebben verleend. Ook betwist Innopart toestemming te hebben gegeven aan de gestelde schuldoverneming. De Oprichter heeft haar stellingen onvoldoende onderbouwd.

Het beroep van Innopart op artikel 2:203 lid 2 BW slaagt en de Oprichter moet de lening, vermeerderd met de contractuele rente, aan Innopart (terug)betalen.

K.H. Boonzaaijer, april 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 02-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2022:12237

Zaaknummer: C/15/324811 / HA ZA 22-99

Rechters: E.J. Bellaart

Advocaten: L.T. Lonis en M. de Wild

Wetsartikelen: 2:203 BW

RECHTSPRAAK

Opzegging of ontzetting lidmaatschap

Het lidmaatschap van een voormalig bestuurslid van een vereniging wordt door het nieuwe bestuur opgezegd omdat het voortduren van het lidmaatschap in redelijkheid niet meer van de vereniging kon worden gevegd. Het lid vordert de vernietiging van het opzeggingsbesluit. Het lid stelt dat in dit geval niet opzegging de aangewezen weg was, maar royement/ontzetting en dat haar een beroepsmogelijkheid bij de algemene vergadering is onthouden. De rechtbank overweegt dat bij een royementssituatie sprake moet zijn van verwijtbaar wangedrag ten nadele van de vereniging, waarvoor bijvoorbeeld schadevergoeding kan worden gevorderd. De rechtbank volgt het bestuur dat een dergelijke situatie zich in casu niet voordoet. Voorts heeft het lid onvoldoende opgebracht om te kunnen oordelen dat het bestuur in redelijkheid niet tot haar afweging heeft kunnen komen. De rechtbank wijst de vorderingen af.

Het lidmaatschap van een voormalig bestuurslid van een vereniging ('het Lid') wordt door het nieuwe bestuur opgezegd omdat het voortduren van het lidmaatschap in redelijkheid niet meer van de vereniging kon worden gevegd. Dit had onder meer te maken met, aldus de opzeggingsbrief, het weigeren van iedere medewerking aan de overdracht aan het nieuwe bestuur, het bestoken van het bestuur met brieven van juristen met dreiging met rechtsmaatregelen en het aanschrijven van de werkgever van een bestuurslid met valse en belastende verwijten. Het Lid vordert bij de rechtbank de vernietiging van het opzeggingsbesluit.

Het Lid stelt dat in dit geval niet opzegging de aangewezen weg was, maar royement/ontzetting. De rechtbank overweegt in dat kader: '[I]n de wet (artikel 2:35 BW) worden deze twee wijzen van beëindiging van het lidmaatschap onderscheiden: opzegging kan onder meer wanneer redelijkerwijs van de vereniging niet gevegd kan worden het

lidmaatschap te laten voortduren, ontzetting kan alleen worden uitgesproken wanneer een lid in strijd met de statuten, reglementen of besluiten der vereniging handelt of de vereniging op onredelijke wijze benadeelt. Daarbij bestaat bij ontzetting de mogelijkheid tegen dat besluit in beroep te gaan bij de algemene ledenvergadering van de vereniging. In rechtspraak en literatuur wordt er wel vanuit gegaan dat ontzetting (in tegenstelling tot opzegging) een bestraffend karakter heeft en dat het bestuur bij een royementssituatie niet mag opzeggen, omdat zij het lid dan de mogelijkheid ontnemt van beroep bij de algemene vergadering.'

Het Lid maakt aanspraak op deze beroepsmogelijkheid. De rechtbank overweegt dat dan sprake moet zijn 'van verwijtbaar wangedrag ten nadele van de vereniging, waarvoor bijvoorbeeld schadevergoeding kan worden gevorderd'. De rechtbank volgt het bestuur dat een dergelijke situatie zich in casu niet voordoet. Beëindiging door middel van opzegging was dus mogelijk.

Wat betreft de vraag of het bestuur bij het opzeggingsbesluit alle in aanmerking komende belangen naar redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen en daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen, overweegt de rechtbank dat het bestuur beleidsvrijheid toekomt en de rechter terughoudendheid past. Het Lid heeft onvoldoende opgebracht om te kunnen oordelen dat het bestuur in redelijkheid niet tot haar afweging heeft kunnen komen.

De rechtbank wijst alle vorderingen af.

K.H. Boonzaaijer, april 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 17-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:875

Zaaknummer: C/13/724117 / HA ZA 22-830

Rechters: M.F. Zaagsma

Advocaten: J.A. Oudendijk en S. Yntema

Wetsartikelen: 2:35 BW, 2:8 BW en 2:15 lid 1 sub b BW

RECHTSPRAAK

Enquête I.H.P. Holding B.V. c.s.

De OK heeft eerder bij twee vennootschappen een enquête gelast en bij wijze van onmiddellijke voorziening de bestuurder geschorst en een OK-bestuurder aangesteld. Enkele jaren later heeft de OK op verzoek van deze OK-bestuurder de enquêteprocedure en de getroffen onmiddellijke voorzieningen beëindigd. De OK-bestuurder wordt vervolgens door de eerder geschorste bestuurder aansprakelijk gesteld. De OK-bestuurder verzoekt de OK te bepalen dat een van de vennootschappen zijn redelijke kosten van verweer als tijdelijk bestuurder betaalt en in dat kader een voorschot dient te voldoen. De OK wijst de vordering toe en komt daarbij met een aantal overwegingen betreffende de reikwijdte van artikel 2:357 lid 6 BW.

De OK heeft eerder een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van I.H.P. Holding B.V. ('IHP Holding') en I.H.P. Beheer B.V. ('IHP Beheer') en bij wijze van onmiddellijke voorzieningen een bestuurder ('de Bestuurder') geschorst en een tijdelijk bestuurder ('de OK-bestuurder') benoemd. Bij een latere beschikking heeft de OK op verzoek van de OK-bestuurder de enquêteprocedure en de getroffen onmiddellijke voorzieningen beëindigd. Circa een jaar later verzoekt de OK-bestuurder de OK op de voet van artikel 2:357 lid 6 BW te bepalen dat IHP Holding zijn redelijke kosten van verweer als tijdelijk bestuurder betaalt en in dat kader een voorschot dient te voldoen. IHP Holding en de eerder geschorste bestuurder hebben de OK-bestuurder namelijk in kort geding gedagvaard tot afgifte van financiële en fiscale stukken en aangegeven hem in een bodemprocedure te zullen dagvaarden tot vergoeding van de door de Bestuurder geleden en nog te lijden schade als gevolg van het beleid van de OK-bestuurder in zijn functie van tijdelijk bestuurder van IHP Holding en IHP Beheer.

De OK overweegt dat artikel 2:357 lid 6 BW ook van toepassing is op de bij wijze van onmiddellijke voorziening aangestelde OK-functionarissen en dat het gegeven dat de

enquêteprocedure en de getroffen onmiddellijke voorzieningen zijn beëindigd, niet aan de toewijzing in de weg staan. Een effectieve werking van de door de OK te treffen onmiddellijke voorzieningen is daarbij gebaat.

De kosten van verweer in de kortgedingprocedure, die nog niet de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling betreft, vallen weliswaar niet onder het bereik van de wettekst van artikel 2:357 lid 6 BW, maar aangezien de kortgedingprocedure niet los kan worden gezien van het functioneren van de OK-bestuurder als tijdelijk bestuurder van de beide vennootschappen, worden ook de kosten in de kortgedingprocedure, zo nodig met analoge toepassing van artikel 2:357 lid 2 BW, aangemerkt als kosten van verweer als bedoeld in artikel 2:357 lid 6 BW.

Aangezien IHP Beheer inmiddels is (door)verkocht aan een derde, bepaalt de OK dat (alleen) IHP Holding de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer van de OK-bestuurder betaalt en daartoe een voorschot dient te betalen.

K.H. Boonzaaijer, april 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-02-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:511

Zaaknummer: 200.224.020/04 OK

Rechters: A.W.H. Vink, J.M. de Jongh, M.P. Nieuwe Weme, G. Boon en M.J.R. Broekema

Advocaten: S.C.M. van Thiel, M. van Daal, I.P. van Rossen en J.E.W. Houtman

Wetsartikelen: 2:357 lid 2 BW, 2:357 lid 6 BW en 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Gedwongen overname aandelen QL Verzekeringen B.V.

Twee minderheidsaandeelhouders vorderen de gedwongen overname van hun aandelen door de meerderheidsaandeelhouder. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen, een deskundige benoemd voor de waardering van de over te nemen aandelen en diens waardering overgenomen. De minderheidsaandeelhouders stellen hoger beroep in en betogen dat de waardering door de deskundige niet in stand kan blijven. Het hof herhaalt de maatstaf van de Hoge Raad ten aanzien van de omvang van de motiveringsplicht bij de beoordeling van deskundigenrapporten (HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2921 (Flevoziekenhuis)). Het hof oordeelt vervolgens dat de grieven niet slagen en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Inleiding

In deze zaak vorderen twee minderheidsaandeelhouders van QL Verzekeringen B.V., met ieder een belang van 24%, de gedwongen overname van hun aandelen door de meerderheidsaandeelhouder, die 52% van de aandelen houdt. In eerste aanleg is door de rechtbank geoordeeld dat de grootaandeelhouder als bestuurder en meerderheidsaandeelhouder de belangen van de twee minderheidsaandeelhouders heeft geschaad door op ongunstige voorwaarden voor de vennootschap diens verzekeringsportefeuille aan te kopen. De rechtbank heeft geoordeeld dat de minderheidsaandeelhouders (in hoedanigheid van aandeelhouder en bestuurder) door deze gedragingen van de grootaandeelhouder dusdanig in hun rechten of belangen zijn geschaad dat het voortduren van hun aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hen kan worden gevergd en dat de meerderheidsaandeelhouder de aandelen van de minderheidsaandeelhouders dient over te nemen. Voor de waardering van de aandelen heeft de rechtbank een deskundige benoemd, waarna de rechtbank de prijs voor de aandelen heeft

bepaald.

Hoger beroep

De minderheidsaandeelhouders hebben tegen het oordeel van de rechtbank hoger beroep ingesteld bij het Hof 's-Hertogenbosch. In het hoger beroep ligt de vraag voor of de waardering van de aandelen door de deskundige, die is overgenomen door de rechtbank, in stand kan blijven. De minderheidsaandeelhouders hebben een viertal omstandigheden (grievens) aangevoerd waarom de waardering door de deskundige niet in stand zou kunnen blijven.

Voordat het hof inhoudelijk ingaat op de grieven herhaalt het hof hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 9 december 2011 heeft overwogen ten aanzien van de omvang van de motiveringsplicht bij de beoordeling van deskundigenrapporten (HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2921 (*Flevoziekenhuis*)).

Het toetsingskader bij de waardering van de rapportage van door de rechtbank benoemde deskundigen is dat voor de rechter een beperkte motiveringsplicht geldt ten aanzien van zijn beslissing om de bevindingen van deskundigen al dan niet te volgen. Wel dient de rechter bij de beantwoording van de vraag of hij de conclusies waartoe deskundigen in hun rapport zijn gekomen in hun beslissing zal volgen, alle ter zake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking te nemen en op basis van die aangevoerde stellingen in volle omvang te toetsen of aanleiding bestaat van de in het rapport geformuleerde conclusies af te wijken. Indien de rechter in een geval waarin de opinie van andere, door een der partijen geraadpleegde, deskundigen op gespannen voet staat met die van de door de rechter benoemde deskundige, de zienswijze van deze deskundige volgt, zal de rechter zijn beslissing in het algemeen niet verder behoeven te motiveren dan door aan te geven dat de door deze deskundige gebezigde motivering hem overtuigend voorkomt. Wel zal de rechter op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moeten ingaan, als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze. Volgt de rechter echter de zienswijze van de door hem benoemde deskundige niet, dan gelden in beginsel de gewone motiveringseisen en dient hij zijn oordeel dan ook van een zodanige motivering te voorzien, dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.

Het hof gaat vervolgens nader in op de aangevoerde grieven en oordeelt dat de aangevoerde grieven niet slagen. Zo oordeelt het hof kort gezegd en onder meer dat de overwegingen van de deskundige ten aanzien van de gehanteerde multiple bij de bepaling van de waarde van de aandelen voldoende duidelijkheid en inzicht bieden om tevens de daaraan verbonden

conclusies te kunnen dragen. Andere stellingen van de minderheidsaandeelhouders zijn niet dan wel feitelijk onvoldoende onderbouwd of kunnen anderszins niet slagen. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

S.G.H. Nieuwendijk, april 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 31-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:367

Zaaknummer: 200.298.820/01

Rechters: O.G.H. Millar, E. Loesberg en G. Creutzberg

Advocaten: Y.J.P. Janssen

Wetsartikelen: 2:343 BW

RECHTSPRAAK

Bab/Cordial en Turnham III

Enquête Cordial en Turnham (Caribische zaak). Vervolg van HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574 en HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:316. Als gevolg van door het bestuur genomen emissiebesluiten verwatert de minderheidsaandeelhouder van twee vennootschappen van 15% tot 0,0044% en 0,0023%. Het hof stelt wanbeleid vast, maar weigert de emissiebesluiten te vernietigen omdat dit niet in het belang van de vennootschap is. De Hoge Raad vernietigt de beschikking en oordeelt dat de vennootschap een zelfstandig belang heeft bij de naleving van de normen die gelden bij een emissie van aandelen, in het bijzonder jegens een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of dreigt te verwateren. Ook acht de Hoge Raad de beslissing van het hof dat de bestuurder kan aanblijven zonder nadere motivering onbegrijpelijk, mede gezien de te verwachten aansprakelijkstelling van de bestuurder door de minderheidsaandeelhouder. De Hoge Raad wijst het geding terug naar het hof ter verdere behandeling en beslissing.

Feiten

Deze zaak betreft het derde cassatieberoep in de aandeelhoudersruzie tussen Mahmoud Haider & Sons Trading & Contracting Co. ('MHS') en Bab Al-Mustaqbal Real Estate Co. ('Bab'). MHS en Bab zijn investeringsmaatschappijen die een meerderheids- respectievelijk een minderheidsbelang in zowel Cordial N.V. ('Cordial') als Turnham N.V. ('Turnham') hielden. MHS hield 85% van de aandelen in Cordial en (deels indirect) 85% van de aandelen in Turnham. Bab hield de overige 15% in beide vennootschappen. Beide aandeelhouders hadden (ongedocumenteerde) leningen uitstaan bij een groepsmaatschappij ('PVG-9').

Op 26 april 2010 heeft de enig bestuurder van Cordial en Turnham, Intertrust (Curaçao) B.V.

(‘Intertrust’), besloten aandelen in beide vennootschappen uit te geven aan MHS tegen een uitgifteprijs van één Amerikaanse dollar per aandeel. Hierbij werd besloten dat MHS de aandelen zou volstorten door verrekening met door haar te ontvangen bedragen, in verband met de cessie aan Cordial en Turnham van haar vordering op PVG-9 uit hoofde van de lening.

De uiteindelijk goedgekeurde emissiebesluiten zijn vooraf besproken in de algemene vergadering van aandeelhouders van zowel Cordial als Turnham. Tijdens deze vergaderingen heeft de vertegenwoordiger van Bab tegengestemd en geëist dat in de notulen zou worden vermeld (i) dat Bab het volledig oneens was met de emissiebesluiten, en (ii) dat Bab niet begreep hoe Intertrust met de emissie kon instemmen zonder enig inzicht in de onderliggende documenten of de financiële positie van de groep.

Door de emissies verwaterde het door Bab gehouden belang in Cordial en in Turnham van 15% tot respectievelijk 0,0044% en 0,0023%.

Verloop van de enquêteprocedure

Bab heeft het Gemeenschappelijk hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint-Maarten en van Bonaire, Sint-Eustatius en Saba (‘het hof’) gevraagd een enquête te gelasten. Zij heeft daarbij enerzijds aangevoerd dat Intertrust weigert de (ongedocumenteerde) lening van Bab aan PVG-9 te erkennen, terwijl Intertrust wel de (ongedocumenteerde) lening van MHS aan PVG-9 heeft geaccepteerd als inbreng op de uitgegeven aandelen. Anderzijds heeft zij aangevoerd dat haar belangen als minderheidsaandeelhouder door de emissies zijn geschaad. Na tussenkomst van de Hoge Raad is het verzoek toegewezen (zie OR 2016-0202, OR 2016-0291 en OR 2019-0037).

De onderzoeker heeft, kort samengevat, het volgende geconcludeerd:

- Intertrust heeft als verantwoordelijk bestuurlijk orgaan geen zelfstandig onderzoek gedaan naar het nut en de noodzaak van de emissies en zich in overwegende mate laten leiden door het oordeel van MHS.
- Intertrust had bij MHS moeten aandringen op het inschakelen van een onafhankelijke waarderingsdeskundige.
- Intertrust had haar medewerking aan de emissies moeten onthouden, tenzij en totdat de door MHS ingebrachte beweerdelijke geldlening aan PVG-9 alsnog zou zijn geformaliseerd door schriftelijke vastlegging tussen partijen.

– Intertrust had voorafgaand aan de emissies in 2010 als bestuurder eigener beweging informatie bij MHS moeten opvragen, bij gebreke waarvan zij alsnog had moeten aandringen op het inschakelen van een onafhankelijke waarderingsdeskundige.

– Intertrust lijkt zich ter zake van de lening van Bab onvoorwaardelijk en zonder meer te hebben geschaard achter MHS. Zij heeft zich althans uiterst lijdelijk en passief opgesteld. Intertrust had eigener beweging zelfstandig onderzoek moeten doen naar de Bab-lening teneinde een eigen standpunt in te kunnen nemen.

Uitspraak van het hof

Het hof heeft geoordeeld dat uit het onderzoeksverslag niet blijkt van wanbeleid ten aanzien van de lening van Bab aan PVG-9. De onderzoeker heeft het bestaan daarvan niet kunnen vaststellen. Het had op de weg van Bab gelegen om het bestaan van deze lening door de bevoegde rechter te doen vaststellen.

Het hof heeft voorts geoordeeld dat uit het onderzoeksverslag blijkt dat de gang van zaken rond de emissies in 2010 wel getuigt van wanbeleid bij Cordial en Turnham, en dat die gang van zaken Intertrust als bestuurder ernstig te verwijten is. Zo had Intertrust volgens het hof meer werk moeten maken van de door Bab opgeworpen vragen en zich ervan moeten verzekeren dat Bab over de door haar gewenste informatie beschikte. Voorts had bij deze emissie, waarin Bab niet zou participeren, een objectieve waardering moeten worden gevraagd. Ten slotte heeft Intertrust toegestaan dat de emissie werd uitgevoerd, zonder dat een volledig sluitende documentatie van de inbreng van MHS voorhanden was. Mede gelet op verhoudingen tussen de beide aandeelhouders kan volgens het hof ook zonder gratuite wijsheid achteraf worden geoordeeld dat Intertrust kritisch(er) had behoren toezien op deze emissies. Met haar passieve houding heeft Intertrust toegelaten dat Bab minst genomen werd blootgesteld aan het reële risico dat haar belang zonder goede reden te veel zou verwateren.

Het hof heeft de besluiten van de algemene vergadering van Cordial en van Turnham om Intertrust als bestuurder voor het jaar 2010, waar het gaat om deze emissies, te dechargeren, vernietigd. Voor vernietiging van de emissiebesluiten is het wanbeleid volgens het hof geen toereikende grond. Het belang van de vennootschappen is door de wijze van emitteren niet (wezenlijk) geschaad en het is ook niet in het belang van de vennootschappen om die besluiten na al die jaren nog te vernietigen. Verbetering van de verhoudingen als gevolg van een dergelijk ingrijpen is niet te verwachten en de uitkoop van Bab is aanstaande. Het gaat dan al met al om het (vermogensrechtelijke) belang van Bab.

Uitspraak Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het hof. De omstandigheden dat de lening van Bab niet is komen vast te staan en dat het op de weg van Bab had gelegen om het bestaan van deze lening door de bevoegde rechter te doen vaststellen, kunnen het oordeel dat het verzuim van Intertrust om zelf onderzoek te doen naar de lening van Bab daarom geen wanbeleid oplevert, volgens de Hoge Raad niet dragen. Juist de ontstane onzekerheid over de lening van Bab had voor Intertrust aanleiding moeten zijn een dergelijk onderzoek te verrichten.

Voorts slaagt de klacht tegen de beslissing van het hof dat Intertrust als bestuurder kan aanblijven op de grond dat zij over de gehele linie ervan blijk heeft gegeven haar taken binnen Cordial en Turnham nu serieuzer te nemen en zich actiever op te stellen. De Hoge Raad acht deze beslissing zonder nadere motivering onbegrijpelijk, nu het hof tevens oordeelde dat het wanbeleid bij Cordial en Turnham Intertrust als bestuurder ernstig te verwijten is, Intertrust nog steeds zou weigeren belangrijke informatie aan Bab te verschaffen, Intertrust zich in de procedure steeds aan de zijde van MHS is blijven scharen en Intertrust waarschijnlijk door Bab aansprakelijk zal worden gesteld, wat ertoe leidt dat de belangen van Bab en Intertrust niet parallel lopen en er niet op kan worden vertrouwd dat Intertrust de onder haar verantwoordelijkheid ontstane problemen uit het verleden zal oplossen.

Wat betreft de emissie oordeelt de Hoge Raad, onder verwijzing naar de *Cancun*-beschikking (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797), dat het hof heeft miskend dat bij het belang van Cordial en Turnham, mede gezien de doeleinden en strekking van het enquête-recht, ook de belangen van Bab als minderheidsaandeelhouder van Cordial en Turnham betrokken moeten worden, met aanvankelijk een aandelenbelang in beide vennootschappen van 15% en na de aandelenemissie van 0,0044% respectievelijk 0,0023%, en dat daarbij het zelfstandige belang betrokken moet worden dat Cordial en Turnham hebben bij de naleving van de normen die gelden bij een emissie van aandelen, in het bijzonder jegens een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of dreigt te verwateren.

De Hoge Raad wijst het geding terug naar het hof ter verdere behandeling en beslissing.

S.L. Haanschoten, april 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 10-02-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:199

Zaaknummer: 21/03984

Rechters: C.E. Du Perron, M.J. Kroeze, F.J.P. Lock, A.E.B. ter Heide en S.J. Schaafsma

Advocaten: J.W.H. van Wijk, J.W. de Jong en B.T.M. van der Wiel

Wetsartikelen: 2:7 BWC, 2:282 BWC, 2:8 BW en 2:355 BW

RECHTSPRAAK

Werknemers/DIM Holding B.V. c.s.

Een aantal werknemers is ontslagen en de vennootschap is door middel van turboliquidatie ontbonden. De werknemers stellen onder meer dat de bestuurders hiervoor aansprakelijk zijn. De kantonrechter oordeelt dat het ontslag onrechtmatig is en dat de bestuurders aansprakelijk zijn jegens de werknemers. Door onder meer geen faillissement aan te vragen of een ontslagvergunning bij het UWV aan te vragen, maar in plaats daarvan de vennootschap te liquideren, terwijl er nog doorlopende verplichtingen aan de ontslagen werknemers waren, hebben de bestuurders de werknemers de mogelijkheid ontnomen om de vennootschap in rechte te betrekken en zo de verhaalsmogelijkheden van de werknemers beperkt.

Feiten

Twee bestuurders ('de Indirect Bestuurders') hebben samen DIM Holding B.V. ('DIM') opgericht en zijn de enige bestuurders. DIM heeft vervolgens Marketing Automation B.V. opgericht ('MA'). MA handelde ook wel onder de naam LeadHQ. Later heeft DIM ook Full Funnel B.V. ('FF') opgericht. FF handelde en handelt eveneens onder de naam LeadHQ. De drie verzoekers in de onderhavige procedure ('de Werknemers') zijn in dienst geweest bij MA.

MA heeft op enig moment met de Werknemers besproken dat het financieel niet goed ging met het bedrijf. Aan de Werknemers is voorgesteld om de arbeidsovereenkomsten met wederzijds goedvinden te beëindigen. Twee van hen hebben het voorstel niet aanvaard, waarna MA het voorstel richting de derde medewerker heeft ingetrokken en de Werknemers heeft ontslagen. Enkele weken later is MA ontbonden door middel van turboliquidatie en uitgeschreven uit het handelsregister. FF is nog steeds actief onder de naam LeadHQ. Een aantal van de werknemers van MA is in dienst gekomen van FF. De Werknemers stellen zich op het standpunt dat hun arbeidsovereenkomst in strijd met artikel 7:671 BW is opgezegd. De Werknemers hebben berust in het einde van het dienstverband en maken in deze procedure

aanspraak op een aantal vergoedingen. Vanwege de liquidatie van MA moet worden bepaald of FF en DIM kunnen worden aangesproken.

Oordeel

De kantonrechter stelt vast dat de opzegging van de arbeidsovereenkomsten van de Werknemers in strijd was met artikel 7:671 BW. Voorts oordeelt de kantonrechter dat sprake is van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:663 BW, waarbij FF verkrijger is. In die hoedanigheid is zij aansprakelijk voor het onrechtmatige ontslag van de Werknemers.

De Werknemers hebben voorts terecht aangevoerd dat DIM als bestuurder van MA onzorgvuldig met hun belangen is omgegaan. In feite was het ontslag van de Werknemers een ontslag om bedrijfseconomische redenen. MA had daarom een ontslagvergunning bij het UWV moeten aanvragen, of haar eigen faillissement moeten aanvragen. DIM wist dat de door haar gekozen werkwijze in strijd was met het arbeidsrecht. Bovendien heeft DIM er vervolgens voor gekozen MA te liquideren, terwijl zij wist dat er nog doorlopende verplichtingen aan de ontslagen werknemers waren. Hiermee heeft zij de Werknemers de mogelijkheid ontnomen om MA in rechte te betrekken en zo de verhaalsmogelijkheden van de Werknemers beperkt. De hiervoor geschetste gang van zaken kwalificeert als onrechtmatig handelen richting de Werknemers.

Vanwege de directe betrokkenheid hierbij van de Indirect Bestuurders, kan DIM als bestuurder in deze een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. DIM is daarom als bestuurder (en de Indirect Bestuurders zijn op hun beurt als bestuurders van DIM op grond van artikel 2:11 BW) jegens de Werknemers aansprakelijk voor de schade en ander nadeel dat de Werknemers door dit onrechtmatig handelen hebben geleden.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 03-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:1207

Zaaknummer: 10191350 EA VERZ 22-69, 10201019 EA VERZ 22-705, 1010200908 EA VERZ 22-704 en

Rechters: M.W. van der Veen

Advocaten: D.J. de Vos, J.O. Bohr en mr. E.F.J. Goossens

Wetsartikelen: 7:662 BW, 7:663 BW, 7:671 BW, 7:681 BW, 6:162 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Verhuurder bedrijfspand/(Indirect) bestuurders Nedstars B.V.

Een verhuurder van een bedrijfspand vordert schadevergoeding van de (indirect) bestuurders van de huurder. De huurder is een vennootschap die haar verplichtingen uit de huurovereenkomst niet is nagekomen. Toen de verhuurder niet wilde instemmen met een aanpassing van de huurovereenkomst, hebben de bestuurders van de vennootschap middels een activa-passiva-overeenkomst de activa van de vennootschap voor een symbolische prijs overgedragen aan een gelieerde vennootschap, waardoor de vennootschap leeg achterbleef. De bestuurders hebben vervolgens alle andere schuldeisers van de vennootschap betaald, maar niet de verhuurder. De vennootschap biedt geen verhaal en de schuldeiser kan niet het faillissement van de vennootschap aanvragen wegens het ontbreken van pluraliteit. De rechtbank en het hof oordelen dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld jegens de verhuurder. De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het hof dat het de bestuurders van de vennootschap zonder meer duidelijk moest zijn dat door hun handelen benadeling van de verhuurder zou optreden en dat zij daardoor onrechtmatig hebben gehandeld jegens de verhuurder. De Hoge Raad doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

Feiten

Verweerster in cassatie ('de Verhuurder') verhuurde een bedrijfspand aan Nedstars B.V. ('Nedstars') op grond van een huurovereenkomst die niet tussentijds kon worden beëindigd en die voorzag in boetes bij niet-nakoming door Nedstars van haar verplichtingen. Nadat Nedstars door het wegvallen van een grote klant in de financiële problemen is gekomen, zijn

de aandelen in het kapitaal van Nedstars voor € 1 overgedragen aan een investeerder, Synergy Creation B.V. ('Synergy'), wier aandelen worden gehouden door haar bestuurder Ampowerment B.V. ('Ampowerment'). Synergy wordt daarbij de nieuwe bestuurder van Nedstars. Eisers tot cassatie zijn Synergy, Ampowerment en haar bestuurders (hierna tezamen: 'de Bestuurders'). Toen de Verhuurder niet wilde instemmen met een aanpassing van de huurovereenkomst, hebben de Bestuurders middels een activa-passivatransactie de activa van Nedstars voor € 1 overgedragen aan een gelieerde vennootschap, waardoor Nedstars achterbleef als lege vennootschap. De Bestuurders hebben vervolgens alle andere schuldeisers van Nedstars betaald, maar niet de Verhuurder.

Bij eerder vonnis is Nedstars kort gezegd veroordeeld om aan de Verhuurder de achterstallige en verschuldigde huurpenningen voor de looptijd van de huurovereenkomst alsmede de contractuele boetes voor het niet exploiteren van het bedrijfspand te betalen.

Nu Nedstars niet vrijwillig aan de veroordeling heeft voldaan, vordert de Verhuurder in de huidige procedure kort gezegd dat de Bestuurders hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor hetgeen waartoe Nedstars is veroordeeld, alsmede worden veroordeeld tot vergoeding van de schade die uit de niet-nakoming van de veroordeling voortvloeit.

Rechtbank en het hof

Zowel de rechtbank als het hof hebben de vorderingen van de Verhuurder toegewezen. Het hof heeft hiertoe onder andere overwogen dat de handelswijze van de Bestuurders onrechtmatig is geweest jegens de Verhuurder, nu de Bestuurders hebben bewerkstelligd dat de activa van Nedstars voor € 1 zijn verkocht en de Verhuurder, in tegenstelling tot andere schuldeisers, niet is voldaan. Door deze overdracht lijkt verhaal door de Verhuurder op het vermogen van Nedstars onmogelijk te zijn gemaakt, waarbij het hof zich baseert op het arrest van de Hoge Raad van 21 april 2017 (ECLI:NL:HR:2017:754, OR 2017-0134).

Vervolgens overweegt het hof dat ten aanzien van de door de Verhuurder geleden schade moet worden gezien of Nedstars over voldoende liquiditeit zou blijven beschikken zonder deze overdracht, hetgeen het hof voldoende bewezen acht. Hierbij is niet van belang dat andere schuldeisers wel zijn betaald. Nu voor de Bestuurders voldoende duidelijk had moeten zijn dat de Verhuurder met lege handen zou komen te staan, moet er aldus het hof van uit worden gegaan dat zij wetenschap hadden van de benadeling en daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt.

In cassatie

In cassatie klagen de Bestuurders onder meer dat het hof niet alle omstandigheden van het

geval heeft betrokken, waaronder het gegeven dat bij de transactie ook alle passiva van Nedstars zijn overgedragen en Nedstars ook overigens onvoldoende liquiditeit zou hebben gehad om de vordering van de Verhuurder te voldoen.

A-G Assink concludeert dat het feit dat alle andere schuldeisers zijn voldaan juist geen argument kan zijn om te concluderen dat de Verhuurder met lege handen achterblijft en tevens dat het gegeven dat de huur tot aan het moment van het geschil was voldaan, niet tot een andere conclusie leidt. Aldus de A-G heeft het hof terecht geoordeeld dat onvoldoende is gebleken dat er geen liquide middelen zouden resteren om de Verhuurder te voldoen. Dat het de Verhuurder na het niet instemmen met een aanpassing van de huurovereenkomst zonder meer duidelijk zou moeten zijn dat Nedstars niet aan haar verplichtingen kon voldoen, doet daar volgens de A-G niet aan af. Ook het gegeven dat de Bestuurders hebben gehandeld op basis van het advies van een externe adviseur kan geen vrijwaring zijn voor het handelen van de Bestuurders.

De Hoge Raad oordeelt dat de cassatieklachten niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest van het hof en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

T.M. Goudzwaard, maart 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 03-02-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:144

Zaaknummer: 21/04455

Rechters: T.H. den Tanja-van Broek, C.H. Sieburgh en F.J.P. Lock

Advocaten: L.V. van Gardingen, M.S. van der Keur en D.M. de Knijff

Wetsartikelen: 6:162 BW en 81 RO

RECHTSPRAAK

VEB c.s./SNS Reaal N.V. en SNS Bank N.V.

De OK heeft eerder een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken bij SNS Reaal N.V. en SNS Bank N.V. nadat o.a. de VEB hierom had verzocht. Op basis van het onderzoeksverslag heeft de OK geoordeeld dat geen sprake is van wanbeleid (zie OR 2023-0040). In onderhavige uitspraak staat het machtigingsverzoek centraal dat de VEB heeft ingediend op grond van artikel 2:353 lid 3 BW om mededelingen aan derden te doen uit het onderzoeksverslag. Zij geeft aan deze mededelingen slechts te willen doen in het kader van eventuele aansprakelijkstellingen en procedures. De voorzitter van de OK overweegt dat SNS c.s. onvoldoende hebben aangetoond dat sprake zou zijn van een zwaarwichtig belang om het verzoek af te wijzen. De voorzitter houdt daarmee vast aan het uitgangspunt dat de verzoeker die gebruik wil maken van het verkregen onderzoeksverslag in een procedure tot aansprakelijkstelling een voldoende zwaarwichtig belang bij machtiging heeft en dat zij geen verdere bijzondere toelichting behoeft te geven.

Feiten

De vereniging van effectenbezitters ('de VEB') en enkele andere verzoekers hebben de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal N.V. ('SNS Reaal') en SNS Bank N.V. ('SNS Bank') (hierna samen: 'SNS c.s.'). De OK heeft dat verzoek destijds toegewezen. Op basis van het onderzoeksverslag heeft de OK uiteindelijk geoordeeld dat geen sprake is van wanbeleid (zie OR 2023-0040).

Het onderzoeksverslag met bijlagen is ter griffie van de OK neergelegd. Bij eerdere beschikking heeft de OK bepaald dat het onderzoeksverslag, tezamen met de bijlagen 4 tot en met 10, ter inzage liggen voor eenieder en dat de overige bijlagen ter inzage liggen voor

belanghebbenden.

Vervolgens heeft de VEB bij de voorzitter van de OK een machtigingsverzoek op grond van artikel 2:353 lid 3 BW ingediend. In artikel 2:353 lid 3 BW is het volgende opgenomen:

‘Het is aan anderen dan de rechtspersoon verboden mededelingen aan derden te doen uit het verslag, voor zover dat niet voor een ieder ter inzage ligt, tenzij zij daartoe op hun verzoek door de voorzitter van de ondernemingskamer zijn gemachtigd. Een vereniging van werknemers is echter zonder een zodanige machtiging bevoegd tot het verstrekken van mededelingen uit het verslag aan de ondernemingsraad, die aan een door de rechtspersoon gedreven onderneming is verbonden.’

De VEB verzoekt de voorzitter van de OK haar te machtigen om aan derden mededelingen te doen uit het onderzoeksverslag met inbegrip van de bijlagen en de rapporten. De VEB geeft aan deze mededelingen slechts te willen doen in het kader van:

1. aansprakelijkstelling van SNS c.s. en het bouwfonds Property Finance (‘Propertize’), en hun voormalig bestuurders en commissarissen en de accountants van SNS c.s.;
2. overleg zoals bedoeld in artikel 3:305a lid 2 BW;
3. civiele procedures ten overstaan van de Nederlandse rechter ter vaststelling van de aansprakelijkheid van partijen genoemd onder (1).

SNS c.s., de commissarissen en Propertize hebben de OK verzocht het machtigingsverzoek af te wijzen.

Beslissing voorzitter OK

De voorzitter van de OK overweegt dat het voor de beoordeling van het machtigingsverzoek erop aankomt of het belang van de verzoeker bij het kunnen doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag opweegt tegen het door artikel 2:353 lid 3 BW beschermde belang van de onderzochte rechtspersoon bij vertrouwelijkheid van het onderzoeksverslag.

De voorzitter van de OK stelt voorop dat een van de doelen van het enquêterecht openheid van zaken is en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid. Uitgangspunt is dat de verzoeker die gebruik wil maken van het verkregen onderzoeksverslag in een procedure tot aansprakelijkstelling een voldoende zwaarwichtig belang bij machtiging heeft en dat zij geen verdere bijzondere toelichting behoeft te geven. De onderzochte rechtspersoon daarentegen, dient wel eventuele bezwaren te specificeren en toe te lichten. (Zie ECLI:NL:GHAMS:2013:4737, de Fortis-beschikking.)

Daarbij is van belang dat de vertrouwelijkheid van het onderzoeksverslag met name de belangen van de onderzochte rechtspersoon beoogt te beschermen. De positie van de voormalige bestuurders en commissarissen is in dat kader niet hetzelfde.

SNS c.s. hebben aangevoerd dat de stukken mogelijk privacygevoelige informatie bevatten. De voorzitter stelt vast dat de informatie in de stukken inmiddels aanzienlijk gedateerd is en dat SNS c.s. onvoldoende naar voren hebben gebracht waarom desondanks een voldoende zwaarwegend belang zou bestaan om het verzoek af te wijzen.

Daarnaast zou het feit dat de OK geen wanbeleid heeft vastgesteld aan de toewijzing van het machtigingsverzoek in de weg staan. De OK oordeelt dat de afwijzing van het verzoek tot vaststelling van wanbeleid niet betekent dat de VEB geen voldoende zwaarwegend belang heeft om in het kader van de mogelijke aansprakelijkstelling mededelingen uit de niet-openbare stukken van het onderzoeksverslag te doen.

Na afweging van de betrokken belangen beslist de voorzitter om de verzochte machtiging te verlenen.

Y. Boekhout, maart 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:150

Zaaknummer: 200.300.298/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink

Advocaten: P.N. Ploeger, J.L. van der Schrieck, D.C. Roessingh, R.J.G. de Haan, D.H. Tilanus, A.R.J. Croiset van Uchelen, K. Rutten, P.D. Olden, F.M.A. 't Hart, A.F.J.A. Leijten, M. Holtzer, O.L.M. Heuts, D.M. van Geel en D.A.M.H.W. Strik

Wetsartikelen: 2:353 lid 3 BW en 3:305a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Billijke vergoeding van 670.000 euro na ontslag statutair directeur

Een statutair bestuurder is door de algemene vergadering ontslagen en zijn arbeidsovereenkomst met de bv is opgezegd. De bestuurder verzoekt vervolgens onder meer een billijke vergoeding en betaling van contractuele boetes. De rechtbank wijst de verzoeken toe, omdat niet is gebleken van verwijtbaar handelen of nalaten, van een onoverbrugbaar verschil van inzicht, van disfunctioneren of van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. De bv wordt veroordeeld tot betaling van vergoedingen aan de bestuurder die optellen tot meer dan een miljoen euro bruto, waaronder een billijke vergoeding van € 670.000 bruto. Deze vergoeding behoort tot de hoogste billijke vergoedingen die tot nu toe zijn toegekend.

Feiten

Verzoeker ('de Bestuurder') is op 1 juni 1997 in dienst getreden van verweerder, een bv ('de Vennootschap'). Op 29 juni 2015 is hij benoemd tot statutair bestuurder. Hij was ook statutair bestuurder van een aantal andere vennootschappen binnen dezelfde groep. In juli 2020 hebben partijen afspraken gemaakt over de intentie om het dienstverband van de Bestuurder nog vijf jaar voort te zetten. De afspraken zijn vastgelegd in een addendum op de arbeidsovereenkomst. In het addendum is onder meer een bepaling opgenomen over een *short en longterm incentive plan*.

In maart 2022 heeft de HR business partner bij de Vennootschap klachten ontvangen van een medewerker van de afdeling Commercie over een ongewenste wijze van bejegenen en leidinggeven door de Bestuurder. Deze melding is op 15 april 2022 tijdens de RvC-vergadering (waar de Bestuurder aanwezig was) besproken. Ook is tijdens de vergadering gemeld dat de RvC heeft vernomen dat er een moeizame verhouding was tussen de Bestuurder en de rest van het directieteam. De RvC heeft de Bestuurder verzocht een time-out te nemen door twee

weken verlof op te nemen. Dit heeft de Bestuurder gedaan. Tijdens de time-out heeft de Vennootschap een voorstel gedaan aan de Bestuurder tot beëindiging van het dienstverband. Dit voorstel heeft de Bestuurder afgewezen en hij heeft verzocht om werkhervatting. De Vennootschap heeft dit verzoek geweigerd en de time-out verlengd. Op 30 mei 2022 heeft een onderzoek plaatsgevonden binnen de afdeling van de Bestuurder naar de psychosociale arbeidsbelasting waaruit volgt dat bij de teamleden werkdruk is ontstaan door de Bestuurder (onder meer vanwege de stijl van leidinggeven, onveiligheid en gebrek aan samenwerking). Op 8 juli 2022 is de Bestuurder tijdens de AvA ontslagen als statutair bestuurder. De Bestuurder verzoekt onder meer een billijke vergoeding en betaling van contractuele boetes.

Oordeel

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. De Vennootschap stelt dat verwijtbaar handelen of nalaten van de Bestuurder een redelijke grond voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst opleverde. Hiervan is echter niet gebleken. De Vennootschap was tot aan de RvC-vergadering van 15 april 2022 steeds positief over het functioneren van de Bestuurder en partijen hebben in juli 2020 nog afspraken gemaakt over hun intentie om het dienstverband vijf jaar voort te zetten. Voor de Bestuurder bestond dus geen aanleiding om te denken dat zijn manier van leidinggeven ontoelaatbaar was. Dat kan anders zijn indien het voor de Bestuurder zelf evident moest zijn dat zijn gedragingen ontoelaatbaar waren, maar daarvan is niet gebleken. Gelet op de gemotiveerde betwisting van de Bestuurder ten aanzien van de angst- en zwijgcultuur had de Vennootschap deze stelling nader moeten onderbouwen. Dit is niet gebeurd, waardoor van verwijtbaar handelen of nalaten niet is gebleken.

Ook is niet gebleken van een onoverbrugbaar verschil van inzicht (h-grond). Het enkele feit dat de Vennootschap na de melding van de medewerkers heeft moeten concluderen dat de Bestuurder zijn wijze van communiceren moest veranderen, betekent niet dat sprake is van een onoverbrugbaar verschil van inzicht. De Vennootschap had met de Bestuurder in gesprek moeten gaan om zijn manier van communiceren en leidinggeven te verbeteren. Dit is niet gebeurd. De stelling van de Vennootschap dat de Bestuurder geen verbetertraject is aangeboden vanwege de ernst van de onderzoeksresultaten, slaagt niet. Uit het onderzoek blijkt niet dat er geen verbetering was te verwachten. Er is eveneens geen sprake van disfunctioneren nu de Vennootschap de Bestuurder geen mogelijkheid heeft geboden om zijn functioneren te verbeteren. Ook is geen sprake van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding, aangezien de Vennootschap heeft aangestuurd op beëindiging van de arbeidsovereenkomst in plaats van te onderzoeken hoe de relatie kon worden verbeterd.

Aangezien een redelijke grond voor de opzegging ontbreekt, komt aan de Bestuurder een billijke vergoeding toe van € 670.000 bruto, waarbij rekening is gehouden met onder meer (i) inkomensschade, (ii) de intentieverklaring, (iii) diverse bonussen, (iv) WW-uitkering en (v) pensioenschade. De vergoeding behoort tot de hoogste billijke vergoedingen die tot nu toe zijn toegekend. In de billijke vergoeding is de contractuele ontslagvergoeding verdisconteerd. De Bestuurder heeft eveneens recht op een transitievergoeding, de bonussen over 2022, uitbetaling van vakantiedagen en vergoeding van schade, bestaande uit advocaatkosten. Het totaalbedrag bedraagt meer dan een miljoen euro bruto, vermeerderd met wettelijke rente tot aan de dag van algehele voldoening.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 13-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:1583

Zaaknummer: 403386_E13032023

Rechters: mr. Van den Boom

Advocaten: P. de Boer en F. Kolkman

Wetsartikelen: 7:673 lid 2 BW, 7:682 lid 3 BW, 7:611 BW, 2:8 lid 1 BW, 7:669 lid 3 BW en 2:244 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Spectrocom Management B.V. en haar bestuurder/Voormalig eigenaren Ruitersportwinkels

De verkopers van een ruitersportwinkel komen met de koper overeen dat de te betalen koopprijs wordt omgezet naar een lening, die onder bepaalde omstandigheden direct opeisbaar wordt. Nadat zich een omstandigheid voor directe opeisbaarheid van de lening voordoet, wordt de koper bij verstekvonnis veroordeeld om het uitstaande bedrag van de lening aan de verkopers te betalen. De verkopers stellen vervolgens de (indirect) bestuurders van de koper aansprakelijk voor de door hen geleden schade en vorderen betaling van hetgeen de koper op grond van het verstekvonnis aan hen is verschuldigd. Het hof komt, net als de rechtbank, tot het oordeel dat de (indirect) bestuurders van de koper een persoonlijk ernstig verwijt treft. Het hof verwerpt het beroep en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Feiten

Geïntimeerde 1 ('Vrouw') en geïntimeerde 2 ('Man') (tezamen: 'Voormalige echtgenoten') zijn eigenaar van ruitersportwinkel Ruitersportwinkels ('Ruitersportwinkels'). Op enig moment verkopen de Voormalige echtgenoten Ruitersportwinkels aan H&R Retail B.V. ('H&R Retail'). De broer van de Vrouw is aandeelhouder van H&R Retail en appellant ('Bestuurder Spectrocom') is, via Spectrocom Management B.V. ('Spectrocom'), indirect statutair bestuurder van H&R Retail. De Voormalige echtgenoten komen met H&R Retail overeen dat de vordering voor de door H&R Retail te betalen koopprijs wordt omgezet naar een lening ('de Leenovereenkomst'), die onder meer direct opeisbaar wordt indien H&R Retail de onderneming staakt, vervreemdt of ontbindt. H&R Retail lost tussentijds een deel van de lening af. Een paar maanden later vernemen de Voormalige echtgenoten via de Facebookpagina van Ruitersportwinkels dat Ruitersportwinkels is verkocht en de onderneming in het vervolg door een andere partij wordt uitgebaat. H&R Retail verklaart dat de onderneming is ontbonden.

De Voormalige echtgenoten vorderen in rechte betaling door H&R Retail van het uitstaande bedrag van de Leenovereenkomst. H&R Retail verschijnt niet en wordt bij verstekvonnis veroordeeld om het uitstaande bedrag van de Leenovereenkomst te betalen aan de Voormalige echtgenoten ('het Verstekvonnis'). Vervolgens stellen de Voormalige echtgenoten Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom aansprakelijk voor de door hen geleden schade en sommen hen tot betaling over te gaan. Er wordt wederom niet betaald.

Eerste aanleg

De Voormalige echtgenoten vorderen in eerste aanleg dat voor recht wordt verklaard dat Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom onrechtmatig jegens de Voormalige Echtgenoten hebben gehandeld en gehouden zijn om hun schade hoofdelijk te vergoeden. Daarnaast vorderen zij dat Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van al hetgeen H&R Retail op grond van het Verstekvonnis aan hen is en zal worden verschuldigd.

De rechtbank verklaart voor recht dat Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom onrechtmatig jegens de Voormalige echtgenoten hebben gehandeld en gehouden zijn om de daardoor geleden schade van de Voormalige echtgenoten te vergoeden. Ook de vordering tot betaling van hetgeen H&R Retail op grond van het Verstekvonnis aan hen is verschuldigd, wordt toegewezen.

Hoger beroep

Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom gaan in hoger beroep. In beroep concluderen zij dat het hof uitvoerbaar bij voorraad de beroepen vonnissen zal vernietigen en Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom zal ontheffen van de daarin uitgesproken betalingsveroordelingen, en de vorderingen van de Voormalige echtgenoten (alsnog) zal afwijzen.

Het hof overweegt dat de Voormalige echtgenoten in de kern aan hun vorderingen ten grondslag leggen dat Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom als (direct respectievelijk ingevolge art. 2:11 BW indirect) bestuurder van H&R Retail onrechtmatig hebben gehandeld, doordat H&R Retail haar de bij de Leenovereenkomst aangegane verplichtingen tegenover hen niet is nagekomen. De Voormalige echtgenoten menen dat Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom al op voorhand wisten dat H&R Retail haar financiële verplichtingen uit de Leenovereenkomst niet zou kunnen nakomen en hebben bewerkstelligd dat H&R Retail de geldlening niet is gaan aflossen, terwijl zij wisten dat H&R Retail ook geen verhaal zou bieden voor de schade die de Voormalige echtgenoten als gevolg daarvan zouden gaan lijden.

Het hof overweegt dat Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom in hun hoedanigheid van

(direct respectievelijk indirect) bestuurder – ondanks de in de Leenovereenkomst beschreven verplichtingen rond aflossingen en tussentijdse opeisbaarheid – niet de intentie hebben gehad om H&R Retail de Leenovereenkomst te laten aflossen. Dit blijkt onder meer uit de conclusie van antwoord, waar Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom zelf nadrukkelijk hebben gesteld dat de lening in het geheel niet het doel had om afgelost te worden, aldus het hof. Het hof komt uiteindelijk tot dezelfde eindconclusie als de rechtbank: Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom kunnen persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt en Spectrocom en de Bestuurder Spectrocom hebben aldus als (direct respectievelijk indirect) bestuurder bewerkstelligd dat H&R Retail haar contractuele verplichtingen niet nakomt en daardoor wanpresteert. Dit terwijl zij wisten of redelijkerwijs hadden moeten begrijpen, althans er ernstig rekening mee hadden moeten houden dat de aldus bewerkstelligde handelwijze tot gevolg zou hebben dat H&R Retail haar verplichtingen niet zou nakomen en H&R Retail ook geen verhaal zal bieden voor de als gevolg daarvan bij de Voormalige echtgenoten optredende schade. Het hof verwerpt het beroep en bekrachtigt de beroepen vonnissen.

L.L. Bakker, maart 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 24-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:185

Zaaknummer: 200.307.161/01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, P.W.A. van Geloven en T. van Malssen

Advocaten: J.A.A. van der Weijst

Wetsartikelen: 2:11 BW, 6:83 onder b BW, 164 lid 2 Rv en 3:302 BW

RECHTSPRAAK

Concernenquête Impromex Technics Holding B.V. en Impromex Technics B.V.

OK; enquête. In het langslpende conflict tussen de twee aandeelhouders-bestuurders van een concern dat zich bezighoudt met de handel in bedrijfsmeubels, heeft de OK in 2020 een voorlopige uitspraak gedaan. Daarin oordeelde de OK dat er voorshands voldoende aanleiding is om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Een van de bestuurders moet zich onthouden van actieve bemoeienis met de onderneming. De zaak wordt voor het overige aangehouden en er wordt een mediationtraject gestart. Nadat het mediationtraject vruchteloos blijkt, wordt de procedure weer voortgezet. De verhoudingen tussen de aandeelhouders zijn nog altijd zeer gespannen, zodat beide partijen tot de slotsom komen dat zij ontvlechting van hun belangen verlangen. De OK beslist onder meer dat één van de bestuurders binnen het concern wordt ontslagen en dat er een onderzoek moet komen naar de gang van zaken binnen het concern.

Achtergrond en uitspraak OK 2020

In deze zaak doet de OK uitspraak in vervolg op een eerdere voorlopige uitspraak (zie OR 2020-0163). Ergoshop Holding B.V. ('Ergoshop') en NAM Beheer B.V. ('Nam Beheer') houden ieder 50% in Impromex Technics Holding B.V. ('Impromex Holding') en zijn beide bestuurder van Impromex Holding. [A] ('DGA Ergoshop') is 100%-aandeelhouder en enig bestuurder van Ergoshop en [B] ('DGA Nam Beheer') is 100%-aandeelhouder en enig bestuurder van Nam Beheer (DGA Ergoshop en DGA Nam Beheer hierna gezamenlijk te noemen: 'DGA's'). Impromex Holding houdt op haar beurt 100% van de aandelen in Impromex Technics B.V. ('Impromex Technics'), een bedrijf dat zich richt op groothandel in bedrijfsmeubels.

In 2020 heeft de verslechterde verhouding tussen de DGA's ertoe geleid dat Impromex Holding en Ergoshop een verzoekschrift indienen bij de OK met het verzoek een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Impromex Holding en Impromex Technics. Volgens Impromex c.s. staan de bestuurders van Impromex Holding, Ergoshop en Nam Beheer, lijnrecht tegenover elkaar en is er sprake van een impasse. Dit heeft onder meer te maken met verschillende conflicten en onenigheden tussen de DGA's, waaronder het ontslag van Nam Beheer door de DGA Ergoshop. Ook het aantrekken van een extern adviseur om een doorslaggevende stem te geven zodat de impasse kan worden doorbroken, leidt niet tot een oplossing van het conflict.

De OK oordeelt voorshands in zijn beschikking van 2020 dat de feitenconstellatie voldoende aanleiding geeft om aan te nemen dat de verhouding tussen de DGA's grondig is verstoord en de organen van Impromex Holding niet meer functioneren, hetgeen ook doorwerkt naar het niveau van Impromex Technics. De OK treft een onmiddellijke voorziening om de rust binnen de vennootschappen te herstellen. Deze onmiddellijke voorzieningen komen erop neer dat Nam Beheer vooralsnog niet wordt geschorst als bestuurder, maar wel, op straffe van een dwangsom, zich moet onthouden van actieve bemoeienis met de onderneming van Impromex Holding en Impromex Technics. Ter zitting zijn partijen overeengekomen te trachten hun geschil op minnelijk wijze op te lossen met behulp van een door de OK aan te wijzen mediator. Nadat de mediation niet blijkt te zijn geslaagd en partijen het niet eens kunnen worden over een verdere aanhouding van de zaak, besluit de OK dat de procedure moet worden voortgezet.

Uitspraak OK 2022

In de vervolgzitting maken beide partijen duidelijk dat zij tot een definitieve ontvlechting van hun aandelenbelangen willen komen. Ter zitting hebben zij een vaststellingsovereenkomst gesloten die erop neerkomt dat de OK een deskundige zal aanwijzen die een bindende waardering van de aandelen in het kapitaal van Impromex Technics zal opstellen. Zij zullen beide (eerst Ergoshop en dan Nam Beheer) de gelegenheid krijgen om de aandelen tegen de vastgestelde prijs te kopen. Indien geen van beide daartoe bereid is, zullen de aandelen aan een derde worden verkocht.

Nadat geen van beide partijen bereid blijkt om de door de deskundige vastgestelde prijs te betalen voor de aandelen, verzoekt Nam Beheer bij wijze van onmiddellijke voorziening te bepalen dat Ergoshop wordt verplicht de aandelen in Impromex Technics over te nemen tegen de door de deskundige vastgestelde prijs en subsidiair dat een derde tot bestuurder van Impromex Holding wordt benoemd. Impromex Holding en Ergoshop verzoeken de OK in hun antwoordakte om een onderzoek te bevelen naar de gang van zaken binnen Impromex

Holding en Impromex Technics. Daarnaast verzoeken zij Nam Beheer te schorsen als bestuurder van Impromex Holding.

De OK doet mondeling uitspraak en schorst Nam Beheer als bestuurder van Impromex Holding, zodat ook extern de positie van Nam Beheer duidelijk is (in de beschikking uit 2020 werd Nam Beheer alleen verboden bestuurshandelingen te verrichten, maar dit had geen externe werking). Verder ziet de OK aanleiding om één door Ergoshop en één door Nam Beheer gehouden aandeel in Impromex Holding ten titel van beheer over te dragen aan een door de OK te benoemen beheerder en – voor zover nodig – in afwijking van de statuten te bepalen dat voor de verkoop en de overdracht van de aandelen in Impromex Technics de voorafgaande goedkeuring van slechts een gewone meerderheid in de algemene vergadering van Impromex Holding nodig is. Daarmee moet de bestuurlijke impasse worden doorbroken. De kosten voor het onderzoek van de nog aan te wijzen onderzoeker en de kosten voor de te benoemen beheerder komen voor rekening van Impromex Holding.

A. El Allaoui, maart 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-03-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:984

Zaaknummer: 200.275.755/01 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, J.M. de Jongh, S. ten Have, G. van Vollenhoven-Eikelenboom en A.W.H. Vink

Advocaten: J.M. van Gool en G.J.B.C. Maton

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Verwijzingsarrest Mobile Services

Nadat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW ook kan worden weerlegd door te verwijzen naar een niet van buiten komende oorzaak van het faillissement, moet het Hof 's-Hertogenbosch beoordelen of de bestuurders van Mobile Services een andere belangrijke oorzaak van het faillissement (dan kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur) aannemelijk hebben gemaakt. Het hof oordeelt dat de bestuurders hierin zijn geslaagd en wijst de vorderingen van de curator af. De oorzaak van het faillissement is gelegen in verslechterende marktomstandigheden. De onderneming is de economische tegenslag niet te boven gekomen door een conflict tussen de bestuurders.

Deze zaak leest als een kroniek van artikel 2:248 lid 2 BW en sleept zich al jaren voort. Een aantal vennootschappen ('Mobile Services') hebben zich vanaf 2005 toegelegd op het realiseren van snelle internetverbindingen. Na een hoop gedoe zijn de vennootschappen in de loop van 2011 failliet verklaard. De curator spreekt de bestuurders aan met een beroep op artikel 2:248 lid 2 BW. In eerdere instantie heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld dat de administratieplicht van artikel 2:10 BW was geschonden. Daarmee staat vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Tegen dit vermoeden hebben de bestuurders zich verweerd door handelingen van een bestuurder aan te dragen als andere belangrijke oorzaak van het faillissement. Het hof heeft overwogen dat zulks niet kan dienen ter ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, omdat het dan om een 'van buiten komende oorzaak' dient te gaan. In cassatie tegen dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen: 'Naast van buiten komende oorzaken, kan ook handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert – en waarvan dus niet gezegd kan worden dat geen

redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld – voldoende zijn voor ontzenuwing van het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden.’

De Hoge Raad heeft de zaak verwezen naar het Hof 's-Hertogenbosch, waarbij het hof moet beoordelen of het gestelde handelen ‘andere feiten en omstandigheden opleveren dan onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur en of die feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest’. Over dat arrest handelt deze samenvatting.

Het Hof 's-Hertogenbosch overweegt thans dat ‘[geïntimeerden] aannemelijk hebben gemaakt dat de oorzaak van het faillissement van Mobile Services voornamelijk is gelegen in de, als gevolg van de economische crisis vanaf 2009, sterk verslechterende marktomstandigheden, waardoor het aantal opdrachten en bijbehorende omzet sterk terugliep en Mobile Services een verlieslatend bedrijf werd zonder reëel perspectief op verbetering. Tegen deze achtergrond is aannemelijk dat het conflict over het te voeren beleid dat tegelijkertijd ontstond tussen de (indirect) bestuurders van Mobile Services en hun mislukte poging om aan dat conflict door een uitkoop een einde te maken, eraan heeft bijgedragen dat de onderneming de economische tegenslag niet te boven is gekomen. Hierdoor hebben [geïntimeerden] het weerlegbare vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW ontzenuwd.’

Hierdoor ligt het op de weg van de curator om op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De curator heeft dit echter niet aannemelijk gemaakt en het hof oordeelt dan ook dat de bestuurders niet op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk zijn voor de boedeltekorten in de faillissementen van Mobile Services.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 07-02-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:444

Zaaknummer: 200.304.064_01

Rechters: S.C.H. Molin, A.C. van Campen en R.W. Karskens

Advocaten: L.T. Lonis en B.I. Kraaiipoel

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Kuper q.q./Bestuurders failliet transportbedrijf

Een dag voorafgaand aan de faillietverklaring betaalt een transportonderneming 75% van de vorderingen van de holding, de Belastingdienst en het personeel. De curator vordert het aan de holding betaalde bedrag terug op grond van faillissementspauliana en stelt de holding en de indirect bestuurder aansprakelijk wegens selectieve betaling aan de Belastingdienst en het personeel. De rechtbank oordeelt dat de betaling aan de holding inderdaad paulianeus is, maar dat de bestuurders niet aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige selectieve betaling voor de betalingen aan de Belastingdienst en het personeel, nu niet ernstig verwijtbaar is gehandeld, omdat niet is betaald aan gelieerde partijen, de bestuurders geen persoonlijk belang hadden bij de betalingen en de betalingen voor hetzelfde percentage zijn verricht aan preferente schuldeisers.

Feiten

Een vennootschap die een transportonderneming dreef ('het transportbedrijf'), is op 23 december 2020 op eigen aangifte failliet verklaard. De enige klant van het transportbedrijf was Gecombineerde Pluimvee Slachterijen B.V. ('GPS'). Op 30 oktober 2020 is aan GPS surseance van betaling verleend. GPS is op 19 november 2020 failliet verklaard. Op 2 december 2020 heeft de curator van GPS aan onder meer het transportbedrijf laten weten dat een doorstart vermoedelijk niet tot de mogelijkheden behoort. Op 21 december 2020 heeft de curator definitief gemeld dat een doorstart van GPS niet mogelijk is.

Binnen het transportbedrijf is in ieder geval vanaf 18 november 2020 gesproken over een eigen faillissementsaanvraag. De transportonderneming heeft hiervoor ook advies gevraagd. De adviseur heeft in dit verband op 22 december 2020 stukken gestuurd en gesteld dat 75% van

de vorderingen van de bestuurder, de Belastingdienst en het personeel kan worden betaald, voorafgaand aan de faillietverklaring. Deze betalingen zijn verricht op 22 december 2020. Op 23 december 2020 is het transportbedrijf failliet verklaard, kennelijk op eigen aangifte van dezelfde dag.

Vorderingen

De enige bestuurder en aandeelhouder van het transportbedrijf is een holding, waarvan een natuurlijk persoon enig bestuurder en aandeelhouder is. De curator vordert het aan de bestuurder betaalde bedrag terug op grond van artikel 47 Fw. Daarnaast stelt de curator de holding en de indirect bestuurder (hierna ook gezamenlijk 'de Bestuurder') aansprakelijk wegens selectieve betaling aan de Belastingdienst en het personeel.

Oordeel

De rechtbank oordeelt dat de curator het aan de holding betaalde bedrag kan terugvorderen op grond van artikel 47 Fw. Omdat de indirect bestuurder zeggenschap had over zowel het transportbedrijf als de holding en 75% van de vordering van de holding aan de vooravond van het faillissement is voldaan, is het oogmerk om de holding boven andere schuldeisers te begunstigen (samenspanning) gegeven.

De Bestuurder wordt niet aansprakelijk gehouden wegens onrechtmatig selectief betalen aan de Belastingdienst en het personeel. De rechtbank overweegt dat een schuldenaar in beginsel zelf kan bepalen in welke volgorde schulden worden betaald. Die vrijheid is beperkter als besloten is om de activiteiten te beëindigen, terwijl niet alle schulden betaald kunnen worden. Een bestuurder die dan selectief betaalt, is aansprakelijk als hem een ernstig verwijt treft van zijn handelen.

Naar het oordeel van de rechtbank was op het moment van de betalingen aan de Belastingdienst en het personeel besloten de activiteiten te beëindigen. Desondanks heeft de Bestuurder niet ernstig verwijtbaar gehandeld, omdat niet is betaald aan gelieerde partijen, de Bestuurder geen persoonlijk belang had bij de betalingen en de betalingen voor hetzelfde percentage zijn verricht aan preferente schuldeisers. De Bestuurder is dus niet aansprakelijk tegenover de gezamenlijke schuldeisers voor de betalingen aan de Belastingdienst en het personeel.

De vordering van de Bestuurder om de curator te veroordelen in de volledige proceskosten wordt afgewezen. De curator heeft geen misbruik van procesrecht gemaakt. Omdat beide partijen deels in het ongelijk worden gesteld, compenseert de rechtbank de proceskosten.

H.J. de Kloe, maart 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 15-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:1278

Zaaknummer: 401894

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: F.W. Aartsen en B.F.G. Koren

Wetsartikelen: 47 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Everest Holding B.V. en haar DGA/Wals Systems B.V.

Een schuldeiser spreekt de (in)direct bestuurder van zijn schuldenaar aan op grond van betalingsonwil. In eerste aanleg oordeelt de rechtbank dat sprake is van betalingsonwil en wijst de vordering van de schuldeiser toe. De bestuurder gaat in hoger beroep. Het gerechtshof oordeelt dat de schuldenaar niet betaalde wegens betalingsonmacht, die onder meer door de schuldeiser zelf was veroorzaakt. De schuldenaar had namelijk maar twee klanten, de schuldeiser en een andere klant. De schuldeiser legde, in strijd met een gesloten vaststellingsovereenkomst met de schuldenaar, beslag onder de andere klant, waarna die andere klant de zakelijke relatie met de schuldenaar beëindigt. De schuldeiser zelf beëindigt ook de zakelijke relatie met de schuldenaar, waardoor de omzet van de schuldenaar opdroogt. Het gerechtshof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vordering van de schuldeiser af.

Voorgeschiedenis

Everest Holding B.V. ('Everest') is aandeelhouder en bestuurder van [bedrijf 1] B.V. ('Bedrijf'). Appellant 2 ('Bestuurder') is bestuurder en aandeelhouder van Everest. Het Bedrijf houdt zich bezig met handelingsbemiddelling, de ontwikkeling, het monteren en verkopen van logistieke en verpakkingssystemen. Het Bedrijf heeft in feite maar twee klanten: Heineken en Wals Systems B.V. ('Wals'). Wals houdt zich bezig met de ontwikkeling, bouw en installatie van interne-transportverpakkingssystemen voor de industrie en heeft een opdracht van Eurol B.V. ('Eurol') voor levering van een vulsysteem voor het inpakken van cans in dozen. Wals heeft een inpakrobot besteld bij het Bedrijf en reeds 50% van de koopprijs voldaan.

Eurol heeft de overeenkomst met Wals ontbonden, omdat Wals niet aan haar verplichtingen heeft voldaan. Op haar beurt heeft Wals het Bedrijf aansprakelijk gesteld en in rechte

betrokken. Tussen Wals en het Bedrijf zijn verschillende bodemprocedures en een kort geding gevoerd in verband met de claim van Wals en door Wals gelegde beslagen bij (onder meer) Heineken. Door Wals en het Bedrijf is een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin een afspraak is vastgelegd dat de beslagen zullen worden opgeheven en het Bedrijf een bedrag naar de bankrekening van de bestuurder van Wals in privé zou overmaken als zekerheid voor de gepretendeerde vordering van Wals op het Bedrijf. Nadat vervolgens nog een kortgedingprocedure is gevoerd tussen partijen zijn alle beslagen opgeheven.

In eerste instantie is de vordering van Wals op het Bedrijf toegewezen. Het Bedrijf is echter in hoger beroep gegaan, waarbij Wals verstek heeft laten gaan. Na gedaan verzet waarna het gerechtshof de vordering alsnog heeft toegewezen en cassatie door het Bedrijf, is uiteindelijk in cassatie komen vast te staan dat het Bedrijf tekortgeschoten is en jegens Wals aansprakelijk is voor de door Wals geleden schade als gevolg van de ontbinding zijdens Eurol.

Tussen het vonnis in eerste aanleg en het arrest in hoger beroep, heeft Wals op grond van het vonnis in eerste aanleg het faillissement van het Bedrijf aangevraagd. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is de faillissementsaanvraag echter afgewezen omdat niet was voldaan aan het pluraliteitsbeginsel, maar ook niet gebleken was dat het Bedrijf was opgehouden te betalen. Dit leidde het gerechtshof onder meer af uit een verklaring van de accountant van het Bedrijf, die verklaarde dat het Bedrijf nog actief was, haar verplichtingen jegens schuldeisers kon voldoen, er geen openstaande rekeningen van meer dan 30 dagen bestonden en sprake was van een gezonde onderneming.

Als gevolg van de beslaglegging onder Heineken, had Heineken echter de samenwerking met het Bedrijf gestaakt en ook geen opdrachten verstrekt aan een andere onderneming van de Bestuurder. Aangezien de samenwerking tussen het Bedrijf en Wals reeds als gevolg van het geschil was gestopt, liep de omzet van het Bedrijf (als gevolg van het ontbreken van andere klanten) hard achteruit. Door Wals kon slechts een deel van haar vordering op het Bedrijf verhaald worden.

Rechtbank

Omdat Wals de vordering niet kon incasseren bij het Bedrijf, heeft Wals Everest en de Bestuurder als (indirect) bestuurder aangesproken en gesteld dat Everest en de Bestuurder jegens Wals aansprakelijk zijn omdat er sprake zou zijn van betalingsonwil. De rechtbank heeft de vordering toegewezen. Daarbij heeft de rechtbank geoordeeld dat de volgende omstandigheden van belang zijn:

- er is geen sprake geweest van een vrijwillige betaling;

- de Bestuurder heeft ter zitting verklaard niet te betalen omdat de vordering van Wals nog niet definitief vaststond en hij het niet eens was met de vordering;
- Everest en de Bestuurder hebben geweigerd om aan te geven welke andere verhaalsmogelijkheden het Bedrijf nog bood;
- uit de verklaring van de accountant blijkt dat er sprake is van een gezonde onderneming.

Gerechtshof

Everest en de Bestuurder gaan van het vonnis in hoger beroep. Het gerechtshof is het met Everest en de Bestuurder eens dat zij voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat het Bedrijf niet kon betalen en er dus sprake was van betalingsonmacht. Het gerechtshof laat in haar oordeel daarover zwaar meewegen dat het Bedrijf maar twee klanten had. Heineken en Wals, waarbij Wals zelf de relatie met het Bedrijf heeft beëindigd en Heineken als gevolg van het door Wals gelegde executoriale beslag. Op grond van de vaststellingsovereenkomst tussen Wals en het Bedrijf over de opheffing van de conservatoire beslagen, had Wals het executoriale beslag niet meer mogen leggen, zodat in feite Wals de oorzaak is dat Heineken de relatie met het Bedrijf heeft verbroken.

Het gerechtshof wijst er verder op dat ook uit de overgelegde cijfers blijkt dat de financiële positie van het Bedrijf als gevolg van het wegvallen van de opdrachten fors verslechterde. Het hof volgt bovendien het verweer van het Bedrijf dat het op basis van de cijfers niet in staat was om een lening te verkrijgen, maar ook niet in staat was om een lening – als die al verkregen zou worden – terug te betalen.

Volgens het gerechtshof is het ook niet onbegrijpelijk dat Everest en de Bestuurder op grond van de vaststellingsovereenkomst van mening waren dat er pas een betalingsverplichting was nadat het Bedrijf onherroepelijk was veroordeeld om aan Wals te betalen en de uitspraak van de Bestuurder ter zitting bij de rechtbank ook in die context moet worden gelezen, zodat daaruit geen betalingsonwil mocht worden afgeleid door de rechtbank. Op grond van de vaststellingsovereenkomst over de opheffing van beslagen, mochten Everest en de Bestuurder bovendien weigeren om andere verhaalsmogelijkheden kenbaar te maken, terwijl die verhaalsmogelijkheden buiten een reeds aan Wals bekende inpakmachine er ook niet waren. Ten slotte is ook niet komen vast te staan dat Everest en de Bestuurder activa van het Bedrijf aan verhaal door Wals hebben onttrokken.

Ten aanzien van de verklaring van de accountant van het Bedrijf oordeelt het gerechtshof dat

de verklaring van de accountant slechts iets zegt over de mogelijkheden om andere crediteuren te betalen, maar niets zegt over de mogelijkheid om Wals te betalen, hetgeen door een nadere toelichting van de accountant naar het oordeel van het gerechtshof plausibel is.

Het gerechtshof volgt Wals ten slotte ook niet in haar stelling dat de Bestuurder een nieuw bedrijf heeft opgericht en de activiteiten van het Bedrijf heeft verplaatst. Volgens het gerechtshof heeft de Bestuurder voldoende toegelicht dat het nieuwe bedrijf een wezenlijk ander type werkzaamheden en ook niet dezelfde klanten heeft, zodat er geen sprake is van een voortzetting van de activiteiten van het Bedrijf in een andere vennootschap.

Het gerechtshof concludeert derhalve dat er geen sprake is van betalingsonwil en vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vordering van Wals af.

J.W.P. Tulfer, maart 2023

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:49

Zaaknummer: 200.292.237/01

Rechters: M.M.M. Tillema, R.M. de Winter en H. Koster

Advocaten: J. Dijkman en M.B. Bruinsma

Wetsartikelen: 6:162 BW