

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 8, 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:2023:445](#) 24-03-2023

Feitelijk beleidsbepaler Red Dragon B.V./Ter Waarbeek q.q.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:2626](#) 28-03-2023

Indirect bestuurders X Transport B.V./Leferink q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:2385](#) 21-03-2023

Belanghebbende/(Bestuurders van) Stichting tot instandhouding van het klassieke barokke type van het Friese paardenras

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:2369](#) 21-03-2023

C&N Tam Holding B.V. c.s./U-Diagnostics B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:1707](#) 28-02-2023

Anesthesiologie Coöperatie Oost Nederland U.A./Intensive Care Twente B.V. c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:320](#) 16-01-2023

Enquête Tema Process B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:4775](#) 03-04-2023

Handelen namens een bv i.o.?

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:5221](#) 14-12-2022

De Vries q.q./Bestuurders failliete zorgvennootschap

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:3858](#) 28-09-2022

Gratama q.q./Bestuurder

RECHTSPRAAK

C&N Tam Holding B.V. c.s./U-Diagnostics B.V.

Het gaat in deze zaak om de vraag of een indirect bestuurder van een failliete bv namens de vennootschap valse facturen aan de exploitant van een medisch laboratorium heeft verzonden en of de bestuurder gehouden is de door de betaling daarvan geleden schade uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid te vergoeden. Evenals de rechtbank wijst het hof de vordering toe. Het hof stelt vast dat de bestuurder de vennootschap inderdaad valse facturen heeft laten versturen en daarmee is het persoonlijk ernstig verwijt in beginsel gegeven.

U-Diagnostics B.V. ('U-Diagnostics') exploiteert een medisch laboratorium dat zich in de coronatijd heeft beziggehouden met het opzetten van coronateststraten. Voor het afnemen van tests was personeel nodig. In juli 2020 is U-Diagnostics in contact gekomen met Appellante 1 ('de Bestuurder'), die enig bestuurder is van C&N Tam Holding B.V. ('C&N Tam Holding'), die op haar beurt weer enig bestuurder is van XSS4Care B.V. ('XSS4Care'). De Bestuurder is ingezet als teststraatmedewerker. XSS4Care heeft facturen gestuurd aan U-Diagnostics waarin uren in rekening zijn gebracht en U-Diagnostics heeft deze facturen betaald. XSS4Care is kort daarna op eigen aangifte failliet verklaard.

U-Diagnostics meent dat zo'n 99 procent van het bedrag onverschuldigd is betaald, nu de Bestuurder slechts twee dagen zou hebben gewerkt. U-Diagnostics vordert betaling van dit bedrag van de Bestuurder en van C&N Tam Holding op grond van bestuurdersaansprakelijkheid, omdat XSS4Care geen verhaal biedt. De rechtbank heeft de vordering toegewezen.

In hoger beroep betwisten de Bestuurder en C&N Tam Holding dat valse facturen zijn verstuurd. Het hof passeert echter de betwisting als onvoldoende gemotiveerd vanwege vele hiaten, tegenstrijdigheden en ontbrekende onderbouwing. Vervolgens overweegt het hof dat indien een (indirect) bestuurder van een vennootschap de vennootschap valse facturen laat versturen, het persoonlijk ernstig verwijt dat nodig is voor het kunnen aannemen van

aansprakelijkheid van die bestuurder daarmee in beginsel is gegeven. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

K.H. Boonzaaijer, april 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-03-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:2369

Zaaknummer: 200.305.957

Rechters: L. Janse, M.P.M. Hennekens en A. van Hees

Advocaten: J.W.A. Wijsman en G.J. Wilts

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Tema Process B.V.

OK; enquête. Binnen een besloten vennootschap hebben twee partijen ieder 50% van het stemrecht binnen de algemene vergadering. Een daarvan is tevens bestuurder van de vennootschap. Partijen hebben een discussie over de inrichting van de zeggenschapsstructuur van de vennootschap. Een aandeelhouder weigert medewerking aan de uitvoering van een eerder genomen aandeelhoudersbesluit, en de bestuurder gaat op eigen houtje – zonder de vereiste goedkeuring van de algemene vergadering – over tot een herstructurering. De OK oordeelt dat dit niet getuigt van een juiste gang van zaken, gelast een enquête en benoemt, in afwijking van de statuten, een commissaris die het tot zijn taak mag rekenen om een oplossing voor de discussie te vinden. De benoeming van een onderzoeker wordt voorlopig aangehouden.

De vennootschap Tema Process B.V. ('Tema Process') drijft een onderneming die industriële droogmachines voor onder meer de voedingsindustrie vervaardigt en verkoopt. De onderneming is in 2010 gestart als een joint venture. De bestuurder van Tema Process ('de Bestuurder') verwierf destijds 25% van de aandelen in het kapitaal van Tema Proces middels zijn persoonlijke holding Justeco B.V. ('Justeco'). Een Zwitserse groep van ondernemingen heeft Tema Holding B.V. ('Tema Holding') opgericht en middels die vennootschap bij oprichting 75% van de aandelen in het kapitaal van Tema Process verkregen. Tema Process heeft geen raad van commissarissen ('RvC'). De onderneming heeft zich voortvarend ontwikkeld. In 2011 heeft Tema Holding 25% van de aandelen in het kapitaal van Tema Process aan een derde, Watertuin B.V. ('Watertuin'), verkocht. In 2017 heeft de aandeelhouder van Watertuin zijn aandelen in Tema Process aan Justeco geleverd. Als gevolg daarvan heeft de Bestuurder indirect zeggenschap over 50% van de aandelen in Tema Process. Tema Holding is daarvan niet op de hoogte gesteld. In 2020 bereidde de Bestuurder een herstructurering van Tema Process voor. Hij stelt voor om:

- een nieuwe holding op te richten, Tema Process Holding, waarin partijen op basis van de huidige verdeling aandelen zouden krijgen;
- de aandelen in Tema Process in te brengen in Tema Process Holding, evenals het bedrijfspand van Tema Process;
- het personeel onder te brengen in twee nieuw op te richten dochtervennootschappen van Tema Process.

Tema Holding gaf aanvankelijk akkoord op deze wijzigingen. Bij het doorvoeren van de herstructurering kwam Tema Holding erachter dat de Bestuurder inmiddels (indirect) 50% van het stemrecht binnen Tema Process in handen had. Daarop heeft Tema Holding laten weten dat dit haar vertrouwen in de Bestuurder heeft geschaad, en dat zij het oprichten van een nieuwe holdingvennootschap niet meer ziet zitten. In 2021 heeft Tema Holding haar aandelen in Tema Process overgedragen aan Drytec B.V. ('Drytec'). In dat jaar werd ook duidelijk dat het voor een uitbreiding van de onderneming noodzakelijk was om onroerend goed aan te kopen. In augustus 2021 is in een algemene vergadering (toch weer) besloten Tema Process Holding op te richten en de aandelen in Tema Process en het bestaande onroerend goed in te brengen in deze onderneming. Ook is besloten met Tema Process Holding nieuw onroerend goed aan te kopen. De Bestuurder zou bestuurder worden van Tema Process Holding, en zich binden aan het directiereglement, waarin werd vastgelegd dat hij voor belangrijke besluiten, zoals de besluiten rondom de herstructurering, de goedkeuring van de algemene vergadering (lees: Drytec) nodig had. Vervolgens is tussen de Bestuurder en Drytec discussie ontstaan over de uitvoering van dit besluit. De discussie komt neer op een getouwtrek over de zeggenschap binnen Tema Process, en de op te richten Tema Process Holding. Zo eiste Drytec dat zij een tweede bestuurder zou kunnen benoemen bij Tema Process Holding, en heeft de Bestuurder een groot deel van de herstructurering zelfstandig uitgevoerd zonder goedkeuring van Drytec. De Bestuurder heeft Tema Process Holding opgericht en deze vennootschap heeft het nieuwe onroerend goed aangekocht met een door Tema Process verstrekte lening. Drytec is hierbij niet betrokken en heeft vooralsnog geen aandelen verkregen in Tema Process Holding. Uiteindelijk heeft Drytec een verzoek gedaan aan de OK om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij Tema Process en onmiddellijke voorzieningen te treffen binnen de onderneming.

De OK

De OK overweegt dat de herstructurering en de aankoop van het nieuwe onroerend goed in het belang van Tema Process en de door haar gedreven onderneming is. Het feit dat Drytec

daar niet meer aan wil meewerken, ondanks dat dit in de algemene vergadering reeds is besloten, levert een vermoeden van wanbeleid op. Het feit dat de Bestuurder de herstructurering en de aankoop van onroerend goed buiten Drytec om toch heeft doorgezet, getuigt evenmin van een juiste gang van zaken. De Bestuurder had zo nodig nakoming van Drytec moeten vorderen om de herstructurering en aankoop van het onroerend goed te bewerkstelligen, maar mocht dit niet op eigen houtje (gewijzigd) voortzetten, aldus de OK.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij Tema Process, en benoemt in afwijking van de statuten een commissaris (en stelt daarmee een RvC in) bij Tema Process. Deze commissaris mag het uitdrukkelijk tot zijn taak rekenen om in samenspraak met de aandeelhouders te komen tot duidelijke afspraken die een einde maken aan het geschil over de (inrichting van de) zeggenschap binnen Tema Process, waarmee uitvoering kan worden gegeven aan het aandeelhoudersbesluit van 2021 omtrent de herstructurering en de aankoop van onroerend goed. De OK zal de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aanhouden om te bezien of de onmiddellijke voorziening al een oplossing voor het geschil biedt. Beide partijen en de te benoemen commissaris kunnen de OK verzoeken toch een onderzoeker te benoemen. Als een onderzoeker wordt benoemd, zal de OK deze persoon verzoeken binnen zes weken een plan van aanpak en een begroting voor te leggen. Daarover mogen partijen zich uitlaten, en vervolgens zal de OK het onderzoeksbudget vaststellen. Geen van de partijen wordt veroordeeld in de proceskosten.

J. Wareman, april 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:320

Zaaknummer: 200.316.456/01 OK

Rechters: A.J. Wolfs, A.W.H. Vink, M.A.M. Vaessen, P.G. Boumeester en D.E.M. Aleman

Advocaten: A.P. van Oosten, J.L.W. Droppert en H. Eijer

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Anesthesiologie Coöperatie Oost Nederland U.A./Intensive Care Twente B.V. c.s.

Twee anesthesiologen die via hun vennootschap lid zijn van een coöperatie voor anesthesiologen raken in onmin met deze coöperatie vanwege hun vertrek naar een orthopediepraktijk. Het bestuur van de coöperatie legt de anesthesiologen onder andere een schorsing op, zij worden uit hun lidmaatschap ontzet en aan de anesthesiologen wordt hun recht op een earning out-regeling ontzegd wegens vermeende schending van een non-concurrentiebeding en onredelijke benadeling van de coöperatie. Het beroep tegen deze besluiten wordt door de algemene ledenvergadering van de coöperatie afgewezen. De anesthesiologen vorderen in rechte vernietiging van deze besluiten. De anesthesiologen worden in eerste aanleg in het gelijk gesteld: de besluiten van het bestuur en de algemene ledenvergadering van de coöperatie worden op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) vernietigd en de coöperatie wordt veroordeeld tot betaling aan de anesthesiologen van het bedrag waarop zij uit hoofde van de earning out-regeling recht hebben. In hoger beroep houdt het hof de uitspraak van de rechtbank in stand.

Achtergrond geschil en oordeel eerste aanleg

Twee anesthesiologen ('de Anesthesiologen') zijn via hun persoonlijke vennootschap lid van een coöperatie genaamd Anesthesiologie Coöperatie Oost Nederland U.A. ('Anesticon'). Anesticon levert anesthesiologische diensten binnen de Ziekenhuisgroep Twente ('ZGT'), die een algemeen ziekenhuis met locaties in Almelo en Hengelo exploiteert. ZGT exploiteert de ziekenhuisgroep via de Coöperatie Medisch Specialisten ZGT U.A. ('CMS') en Anesticon is lid van CMS.

Orthopedisch Centrum Oost Nederland (OCON) leverde orthopedische en sportmedische diensten binnen de muren van ZGT en maakt gebruik van de anesthesiologen van Anesticon. Op enig moment besluit OCON zelfstandig verder te gaan en de samenwerking met Anesticon te beëindigen. De Anesthesiologen besluiten zich aan te sluiten bij OCON en plannen voorafgaand aan hun overstap een overleg in met het bestuur van Anesticon om de overgang en het opzeggen van hun lidmaatschap te bespreken. Kort na dat overleg ontzet Anesticon de Anesthesiologen uit hun lidmaatschap en worden zij per direct geschorst wegens onredelijke benadeling van Anesticon en schending van een non-concurrentiebeding. De Anesthesiologen dienen een beroepschrift in tegen dit besluit, maar hun bezwaren worden door de algemene ledenvergadering ('ALV') van Anesticon verworpen. Daarnaast besluit de ALV van Anesticon dat de Anesthesiologen niet in aanmerking komen voor een *earning out*-regeling.

De Anesthesiologen starten een bodemprocedure bij de rechtbank en vorderen vernietiging van de besluiten van het bestuur en de ALV van Anesticon waarmee zij uit het lidmaatschap van Anesticon zijn ontzet en waarin is bepaald dat zij niet in aanmerking komen voor de *earning out*-regeling. Anesticon eist als tegenvordering dat voor recht wordt verklaard dat de Anesthesiologen door met OCON samen te werken in strijd hebben gehandeld met een geldend non-concurrentiebeding, dan wel onrechtmatig hebben gehandeld.

De rechtbank vernietigt de bestreden bestuurs- en ALV-besluiten en veroordeelt Anesticon om de *earning out*-regeling en (een voorschot op) de vergoeding en een winstdeel aan de Anesthesiologen te betalen. De reconventionele vorderingen van Anesticon worden afgewezen.

Oordeel in hoger beroep

Anesticon gaat tegen de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep. Het hof laat de uitspraak van de rechtbank in stand en wijst de bezwaren van Anesticon af. Ten eerste komt het hof tot het oordeel dat geen sprake is van een schending van het non-concurrentiebeding. Het hof oordeelt dat het beding in de omstandigheden van dit geval zo uitgelegd moet worden dat het leveren van anesthesiologische zorg door de Anesthesiologen aan OCON niet verboden is. Volgens de tekst van het beding beoogt het de belangen van ZGT en CMS te beschermen en niet specifiek het belang van Anesticon. Het beding bevat namelijk alleen een verbintenis ten gunste van ZGT en CMS. Het hof volgt Anesticon niet in haar standpunt dat het beding ook direct haar belangen beoogde te beschermen.

Ook het betoog van Anesticon dat sprake is van onredelijke benadeling slaagt niet. Het hof oordeelt dat Anesticon niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de Anesthesiologen uit hun lidmaatschap te ontzetten en hun de aanspraak op de *earning out*-regeling te ontzeggen.

omdat zij het non-concurrentiebeding hebben geschonden en Anesticon onredelijk hebben benadeeld. Het hof toetst de besluiten aan de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) en merkt daarover op dat de rechter, bij de beoordeling of een orgaan van een rechtspersoon bij het nemen van een besluit alle in aanmerking komende belangen naar redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen, terughoudendheid moet betrachten en dat daarbij alle belangen en omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. Binnen dat kader oordeelt het hof dat de Anesthesiologen Anesticon niet onredelijk hebben benadeeld, omdat OCON haar praktijk bij Anesticon weg zou halen, ook als de Anesthesiologen niet zouden zijn overgestapt. Gegeven de omstandigheid dat OCON niet verder wilde met Anesticon en ook de praktijk van de Anesthesiologen dus (gedeeltelijk) voor Anesticon verloren zou gaan, mochten de Anesthesiologen overstappen, zonder dat ze daarmee Anesticon onredelijk benadeelden.

Nu de besluiten enkel waren gegrond op schending van het non-concurrentiebeding en onredelijke benadeling, concludeert het hof dat de besluiten in eerste aanleg terecht zijn vernietigd.

Tot slot oordeelt het hof dat de Anesthesiologen recht hebben op de vergoeding en het winstdeel over een bepaalde periode waarover zij dat niet hadden ontvangen. Anesticon betoogde dat de Anesthesiologen geen recht zouden hebben op de vergoeding en het winstdeel over de bewuste periode, omdat zij toen al voor OCON werkten, geen werk voor Anesticon hebben verricht en dus als ondernemers ook geen recht hebben op betaling. Het hof gaat hier niet in mee en overweegt dat het de Anesthesiologen door Anesticon onmogelijk werd gemaakt om werkzaamheden te verrichten voor Anesticon wegens de aan hen onrechtmatig opgelegde schorsing en ontzetting.

Het hof komt tot de slotsom dat alle bezwaren van Anesticon worden afgewezen en bekrachtigt de uitspraak van de rechtbank.

A. El Allaoui, april 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-02-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:1707

Zaaknummer: 200.294.658

Rechters: C.M.E. Lagarde, R.A. Dozy en M.S.A. van Dam

Advocaten: M.J. Draaisma en R.J. Lindeboom

Wetsartikelen: 2:8 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Belanghebbende/(Bestuurders van) Stichting tot instandhouding van het klassieke barokke type van het Friese paardenras

Een onderfde echtgenoot, tevens legataris, verzoekt het ontslag van de bestuurders van een door zijn overleden echtgenote, de erflaatster, opgerichte stichting. Zowel de rechtbank als het hof wijzen zijn verzoek af. Het hof overweegt dat de echtgenoot weliswaar kan worden aangemerkt als belanghebbende, maar er zijn geen gronden op basis waarvan de bestuurders van de stichting zouden moeten worden ontslagen.

Feiten en verzoek

Een erflaatster ('de Erflaatster') heeft in haar testament enkele legaten toegekend aan haar overigens onderfde echtgenoot ('de Echtgenoot') en een stichting opgericht die tot enig erfgenaam is benoemd: Stichting tot instandhouding van het klassieke barokke type van het Friese paardenras ('de Stichting'). Twee van de drie door de Erflaatster als bestuurslid voorziene personen, hebben voor dit lidmaatschap bedankt. De executeur heeft in overleg met deze twee personen gezocht naar personen die het bestuur zouden kunnen overnemen.

Nadat zij door de executeur en notaris is verzocht om het bestuurslidmaatschap niet te aanvaarden (de Erflaatster zou haar niet langer hebben gewenst als lid van het bestuur), heeft het derde door de Erflaatster voorziene bestuurslid deze benoeming evenwel schriftelijk aanvaard en vervolgens gezorgd voor de benoeming van twee andere bestuursleden.

De Echtgenoot verzoekt de rechtbank om twee van de bestuursleden te ontslaan. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen. In hoger beroep verzoekt de Echtgenoot vervolgens het ontslag van alle drie de bestuurders. De Stichting en de drie bestuurders voeren hiertegen verweer.

Oordeel gerechtshof

Het hof oordeelt dat, anders dan geïntimeerden stellen, de Echtgenoot wel belanghebbende is in de zin van artikel 2:298 lid 1 BW omdat hij past in de tweede kring (niet in de eerste). Hij is als weduwnaar van de Erflater en als legataris van het vruchtgebruik van haar gehele nalatenschap nauw betrokken bij de vraag of het bestuur van de stichting die is opgericht door zijn echtgenote is samengesteld zoals de Erflater wilde en, als dat niet zo is, of dat een gewichtige reden is voor ontslag van de huidige bestuursleden. Deze nauwe betrokkenheid maakt dat hij een belang heeft om het ontslag van de huidige bestuursleden te vragen. Vervolgens beoordeelt het hof de drie door de Echtgenoot aangevoerde inhoudelijke redenen voor het ontslag en komt tot de slotsom dat niet is gebleken dat de huidige bestuursleden of één of meer van hen hun taak hebben verwaarloosd of verwaarlozen. De Echtgenoot heeft weliswaar een eigen belang bij een juiste afwikkeling van de nalatenschap, maar niet valt in te zien dat die afwikkeling en voldoening gevaar lopen als de huidige bestuurders aanblijven.

De Echtgenoot stelt verder dat de Erflater de huidige samenstelling van het bestuur om verschillende redenen niet heeft gewild en dat dit een gewichtige reden is voor ontslag van al deze bestuursleden. In dat kader gebruikt het hof de uitlegregels van artikel 4:46 BW, waarbij gelet moet worden op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt. Feiten en omstandigheden van na het maken van het testament kunnen alleen meedoen bij de uitleg als een erflater daar bij het maken van het testament op is vooruitgelopen. Gelet op de verhoudingen die de Erflater met de regeling over de benoeming van het bestuur van de Stichting kennelijk wilde regelen en op de omstandigheden waaronder deze regeling is gemaakt, biedt de tekst van de regeling geen aanknopingspunten voor de uitleg van de Echtgenoot. Uit de tekst is niet af te leiden dat de Erflater de huidige bestuursleden nooit heeft gewild als bestuursleden. Het testament van de Erflater heeft wat de benoeming van bestuursleden van de Stichting betreft volgens het hof een duidelijke zin. Er is dan ook geen aanleiding bij de uitleg daden en verklaringen van de Erflater buiten de uiterste wil om te betrekken.

Iets anders dan de uitlegkwestie is of de Erflater op enig moment na het maken van het testament het derde in het testament voorziene bestuurslid niet meer als bestuurslid wilde. Het hof laat in het midden of dit zo is. De kernvraag is of dit een gewichtige reden is voor ontslag als bestuurslid. Het hof is van oordeel dat dit niet het geval is. Ontslag zou aan de orde zijn als er een goede reden is om aan te nemen dat het niet langer verantwoord is dat die persoon lid van het bestuur van de Stichting blijft. Dan is het belang van de Stichting in het geding. Die goede reden is niet gebleken. Ook het feit dat de Erflater de twee nadien aangezochte (vervangende) bestuursleden nimmer heeft gekend, is geen reden voor ontslag. Ook is geen sprake van een ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van het bestuurderschap van de huidige bestuursleden in redelijkheid niet kan

worden geduld.

Het hof bekrachtigt de bestreden beschikking van de rechtbank en wijst het in hoger beroep meer of anders verzochte af.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-03-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:2385

Zaaknummer: 200.317.451

Rechters: J.H. Lieber, S.B. Boorsma en C.M.E. Lagarde

Advocaten: P.G. Knoppers, E.J. Luursema en R.A. van Liere

Wetsartikelen: 2:298 BW en 4:46 BW

RECHTSPRAAK

Gratama q.q./Bestuurder

De curator van twee gefailleerde bv's vordert veroordeling van de middellijk bestuurder tot betaling van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wegens gebrekkige administratie, die voorafgaand aan de faillissementen zelfs aanleiding gaf tot een boekenonderzoek door de Belastingdienst en een inval van de FIOD. Ook vordert de curator een bestuursverbod. De rechtbank wijst de vorderingen toe. De administratie is inderdaad ondeugdelijk en onder meer de ernst van de verwijten rechtvaardigt een bestuursverbod van vijf jaar.

Inleiding

In de onderhavige procedure gaat het hoofdzakelijk om de vraag of de middellijk bestuurder ('de Bestuurder') hoofdelijk aansprakelijk is voor de boedeltekorten in de faillissementen van een tweetal gefailleerde besloten vennootschappen die zich in de detailhandel begaven. De door de curator aangevoerde grondslag voor aansprakelijkheid is kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 BW wegens schending van de administratie- en deponeringsplicht.

Feiten

De administratie van de gefailleerde vennootschappen was zodanig beperkt dat de Belastingdienst naar aanleiding van een boekenonderzoek heeft geconcludeerd dat de administratieve organisatie in zijn geheel onbetrouwbaar is en niet zodanig is ingericht dat daaruit te allen tijde de rechten, verplichtingen en de voor de heffing van belang zijnde gegevens kunnen worden afgeleid.

Naar aanleiding van het boekenonderzoek heeft zowel de curator als de Belastingdienst vragen gesteld over de administratie. Die zijn (grotendeels) onbeantwoord gebleven. De Belastingdienst heeft daarom naheffingen en vergrijpboetes wegens grove schuld en opzet

opgelegd. Daarnaast heeft de FIOD een inval gedaan op de kantoren van gelieerde bedrijven ter inbeslagname van de administratie van de gefailleerde vennootschappen.

Bestuurdersaansprakelijkheid

De Bestuurder voert de inbeslagname van de administratie aan als reden waarom de administratie niet compleet zou zijn en vragen niet konden worden beantwoord. Daarmee maakt de rechtbank echter vlug korte metten. Ook voorafgaand aan de inbeslagname kon de Bestuurder namelijk geen duidelijkheid verschaffen over gestelde vragen, terwijl de administratie dusdanig onduidelijk was dat dit aanleiding gaf tot vragen van de Belastingdienst en de curator. Zo stond de voorraad in de boeken voor een bedrag van ruim € 2 miljoen, terwijl er volgens de Bestuurder een voorraad aanwezig was van ca. € 155.000. Een verdere onduidelijkheid zat in de contante geldstromen: van een door de Belastingdienst geconstateerde contante geldstroom kon slechts een deel worden verklaard.

De rechtbank overweegt in het kader van voorgaande dat onweerlegbaar vaststaat dat de Bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat weerlegbaar wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Ter weerlegging van dit vermoeden verwijst de Bestuurder naar de overname van een aantal andere vennootschappen, de daaraan gelieerde problemen en een algehele malaise in de detailhandel. Ten aanzien van deze punten stelt en onderbouwt de Bestuurder niet op welke wijze dit belangrijke oorzaken zijn van de faillissementen. Daardoor kan volgens de rechtbank niet worden gesproken van andere feiten en omstandigheden die tot het faillissement hebben geleid en is de Bestuurder aansprakelijk voor de boedeltekorten.

Bestuursverbod

De curator heeft ook een bestuursverbod gevorderd. Volgens de rechtbank is aan de voorwaarden daarvoor voldaan, omdat door de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW is voldaan aan de voorwaarde van artikel 106 lid 1 sub a Fw. Daarnaast is ook voldaan aan de voorwaarde van artikel 106 lid 1 sub e Fw, omdat de Belastingdienst meerdere vergrijpboetes heeft opgelegd. Daarbij komt dat de Bestuurder in ernstige mate is tekortgeschoten in zijn informatie- en medewerkingsverplichting zoals bedoeld in artikel 105 en 105a Fw, waardoor ook is voldaan aan de voorwaarde van artikel 106a lid 1 sub c Fw.

De rechtbank legt een bestuursverbod op voor de maximale duur van vijf jaar. Voor de duur van het bestuursverbod speelt mee dat er meerdere gronden zijn voor oplegging van het bestuursverbod, maar ook de ernst van de verwijten. Daar komt bij dat de Bestuurder al bij meerdere gefailleerde bedrijven betrokken is geweest als bestuurder waarbij hem een ernstig verwijt treft van die faillissementen.

M.Y.J. Smeets, april 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 28-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:3858

Zaaknummer: C/16/494936 / HL ZA 20-17

Rechters: F.C. Burgers, S.C. Hagendoorn en B.G.W.P. Heijne

Advocaten: E.P. Pandelitschka en Y. Benjamins

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

De Vries q.q./Bestuurders failliete zorgvennootschap

De (indirect) bestuurders van een failliete zorgvennootschap worden door de curator aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. De rechtbank overweegt dat schending van de publicatieplicht ex artikel 2:394 BW in de onderhavige casus niet verwijtbaar is, omdat de jaarcijfers wel op andere wijze zijn gepubliceerd. Voorts behelst de constatering dat sprake is geweest van onrechtmatige declaraties nog geen schending van de administratieplicht ex artikel 2:10 BW. De rechtbank stelt echter vast dat het bestuur een verlieslatende onderneming heeft gekocht zonder de koopprijs deugdelijk te onderbouwen; de vennootschap heeft onverplicht een lening en een rekening-courantschuld afgelost en het bestuur heeft nagelaten een bedrag dat terugbetaald moest worden aan het zorgkantoor te separeren. Dit kwalificeert als kennelijk onbehoorlijk bestuur. De rechtbank concludeert dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedeltekort van de bv.

Feiten en geschil

In deze procedure stelt de curator van een failliete zorgonderneming ('de BV') het bestuur van de BV aansprakelijk op de voet van artikel 2:248 BW. De BV was opgericht in 2013 en heeft in 2014 de inventaris, medewerkers en zorgactiviteiten van een stichting overgenomen. De BV hield zich tot aan het faillissement in 2016 bezig met het verlenen van Wlz-zorg. De BV had een zorgcontract met Zilveren Kruis ('het Zorgkantoor') voor de vergoeding van deze zorg, waarin in lijn met de NZa-normen was afgesproken dat het Zorgkantoor niet verplicht is om overproductie te vergoeden. Tussen de BV en het Zorgkantoor liep een discussie over de vergoeding van de zorgactiviteiten in 2013 en 2014. Het Zorgkantoor heeft na het uitvoeren van een materiële controle ook verschillende onrechtmatige declaraties teruggevorderd. De bestuurders stellen dat het faillissement niet is veroorzaakt door onbehoorlijk bestuur, maar

door een onrechtmatig conservatoir beslag van het Zorgkantoor. De bestuurders hebben het Zorgkantoor ook in vrijwaring opgeroepen.

Oordeel rechtbank

De rechtbank oordeelt op basis van een aantal verwijten dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur. Het bestuur heeft namelijk (i) de BV verbonden om een koopprijs te betalen voor een verlieslatende onderneming die het niet deugdelijk kon onderbouwen en die feitelijk neerkwam op het aanzuiveren van het negatief eigen vermogen van de stichting als verkoper, (ii) de BV heeft onverplicht een lening in verband met de koopprijs en een rekening-courantschuld afgelost, en (iii) het bestuur heeft nagelaten een bedrag waarvan het wist dat het Zorgkantoor dit onverschuldigd had betaald, te separeren of aan het Zorgkantoor terug te betalen. Hieruit volgt volgens de rechtbank – op basis van andere verwijten dan het rechtsvermoeden uit artikel 2:248 lid 2 BW – dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde manier zou hebben gehandeld.

Ten aanzien van een aantal andere verwijten oordeelt de rechtbank echter dat deze geen onbehoorlijk bestuur opleveren. Het schenden van de publicatieplicht – ondanks daartoe op de voet van artikel 2:394 BW te zijn verplicht – is in dit geval niet verwijtbaar, aangezien via een andere website de jaarcijfers wel zijn gepubliceerd. Ook de omstandigheid dat bij een materiële controle door het Zorgkantoor is vastgesteld dat sprake is geweest van onrechtmatige declaraties, kan niet de conclusie dragen dat de BV de administratie niet op orde had.

Met betrekking tot de vrijwaring oordeelt de rechtbank dat de conservatoire beslaglegging van het Zorgkantoor weliswaar uiteindelijk de concrete aanleiding was voor het faillissement, maar dat dit niet wegneemt dat de BV er door toedoen van het bestuur financieel zo slecht aan toe was.

De rechtbank concludeert dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedeltekort van de BV.

A.C. Frentz, april 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 14-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:5221

Zaaknummer: C/16/514164 / HL ZA 20-363

Rechters: F.C. Burgers, S.C. Hagedoorn en J.H. van Woudenberg

Advocaten: L.E. van Leeuwen en A.C. van der Salm

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Handelen namens een bv i.o.?

Een natuurlijk persoon meent dat de aanvragers van het faillissement geen vordering op hem hebben, omdat hij zou hebben gehandeld namens een bv i.o. De rechtbank oordeelt dat dit niet het geval is. Daar komt bij dat de rechtshandeling niet door een vennootschap is bekrachtigd.

Een natuurlijk persoon die op verzoek van N.V. ADO Den Haag en ADO Hospitality & Events B.V. (gezamenlijk 'ADO') in staat van faillissement is verklaard, stelt verzet in tegen de faillietverklaring. Volgens de schuldenaar heeft hij namens een besloten vennootschap in oprichting een overeenkomst gesloten met ADO, zodat ADO geen vordering heeft op hem maar op de (uiteindelijk opgerichte) bv. De rechtbank gaat hier niet in mee. De schuldenaar heeft niet kenbaar gemaakt namens een bv i.o. te handelen. Daarnaast is niet gebleken dat een uiteindelijk opgerichte vennootschap de rechtshandeling heeft bekrachtigd. Omdat de schuldenaar de vorderingen van ADO niet kan betalen, verklaart de rechtbank het verzet ongegrond.

H.J. de Kloe, april 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 03-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:4775

Zaaknummer: C/09/23/69 F

Rechters: R.G.C. Veneman

Advocaten: A.C.E.G. Cordesius en I.G.E. Muller

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 2:203 BW

RECHTSPRAAK

Indirect bestuurders X Transport B.V./Leferink q.q.

In deze uitspraak worden een vader en zijn dochter aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort in het faillissement van een transportbedrijf en krijgen zij een bestuursverbod opgelegd voor de duur van vijf jaar. De dochter is indirect bestuurder van de failliete bv, maar is uitgeschreven uit het handelsregister en haar vader is als indirect bestuurder ingeschreven. Vervolgens worden de aandelen verkocht aan een onbekende stichting waaraan ook allerlei vermogensbestanddelen en zaken worden overgedragen. Ook gooit de vader de administratie van de bv weg. Het hof oordeelt dat de dochter formeel bestuurder is gebleven nu zij nooit door de algemene vergadering is ontslagen. De vader is geen formeel bestuurder maar wordt aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler. Zowel vanwege het feitelijk prijsgeven van de onderneming aan een onbekende als vanwege het schenden van de administratieplicht hebben vader en dochter hun taak kennelijk onbehoorlijk vervuld en dit is een belangrijke oorzaak van het faillissement.

Feiten en geschil

Appellante ('de Dochter') was vanaf de oprichting in 2013 bestuurder en enig aandeelhouder van [Naam 1] Holding B.V. ('de Holding'). De Holding was op haar beurt bestuurder en enig aandeelhouder van [Naam 1] Transport B.V. ('Transport'). In november 2018 is de Dochter uitgeschreven in het handelsregister als bestuurder van de Holding en werd appellant ('de Vader') bestuurder van de Holding. In december 2018 zijn alle aandelen in de Holding verkocht voor een niet bepaalde prijs aan AIT Vedan, een StAK. De Vader en de Dochter hebben in november/december 2018 allerlei vermogensbestanddelen aan AIT Vedan afgestaan. De aandelen zijn echter nooit bij de notaris overgedragen.

In september 2019 is Transport failliet gegaan. De jaarrekening over 2017 is nooit gepubliceerd en de Vader heeft de administratie van Transport weggegooid. De curator heeft de Vader en de Dochter aansprakelijk gesteld wegens onbehoorlijke taakvervulling. De rechtbank heeft de vordering van de curator toegewezen en de Vader en de Dochter verder een bestuursverbod van vijf jaar opgelegd. De Vader en de Dochter leggen in hoger beroep het hele geschil opnieuw voor.

Uitspraak gerechtshof

Het hof oordeelt dat de Dochter nooit door de algemene vergadering is ontslagen als bestuurder van de Holding, en dat het enkel uitschrijven in het handelsregister er niet voor heeft gezorgd dat de Dochter geen bestuurder meer is. De Vader is daarnaast aan te merken als feitelijk bestuurder van Transport sinds november 2018, aldus het hof. Het hof oordeelt dat de Vader en de Dochter de onderneming zonder deskundige bijstand of advies hebben verkocht aan AIT Vedan. Dit was een onbekende koper voor zowel de Vader als de Dochter. Daarbij hebben zij geen koopprijs opgenomen in de koopovereenkomst en niet uitgelegd hoe zij tot het sluiten van de overeenkomst zijn gekomen. Dat AIT Vedan gevestigd was aan een voor vrachtwagens onbereikbaar zomerhuisje, was de Vader en de Dochter ook niet opgevallen. Na de verkoop hebben de Vader en de Dochter allerlei vermogensbestanddelen en zaken van Transport afgestaan aan AIT Vedan, zonder dat de aandelen ooit daadwerkelijk zijn overgedragen. Door de onderneming zo prijs te geven aan een onbekende, hebben de Dochter als formeel bestuurder en de Vader als feitelijk bestuurder van Transport hun taak kennelijk onbehoorlijk vervuld.

Verder oordeelt het hof dat de Vader de administratie van Transport heeft weggegooid. De stelling van de Vader dat hij dit deed na (bedreiging met) mishandeling en afpersing door handlangers van AIT Verdan, acht het hof niet aannemelijk. Zonder inzage van de administratie kan niet worden aangevoerd dat deze behoorlijk was gevoerd en op orde was. Ook om deze reden hebben de bestuurders hun taak onbehoorlijk vervuld. Daarbij is het onbehoorlijk bestuur volgens het hof een belangrijke oorzaak van het faillissement.

Naast de aansprakelijkheid voor het faillissementstekort, krijgt zowel de Vader als de Dochter een bestuursverbod opgelegd voor de duur van vijf jaar op basis van artikel 106a lid 1 sub a Fw, omdat de Vader al eerder een bedrijf vlak voor faillissement op een ondeugdelijke wijze had overgedragen door middel van een aandelen- en bestuursoverdracht. De Dochter was daar ook bij betrokken geweest en was daarvan in ieder geval op de hoogte.

S. Zonneveld, april 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-03-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:2626

Zaaknummer: 200.306.680

Rechters: Ch.E. Bethlem, D.M.I. de Waele en A.W. Steeg

Advocaten: L. van der Wijngaart

Wetsartikelen: 2:248 BW, 106a FW, 2:248 BW en 106a FW

RECHTSPRAAK

Feitelijk beleidsbepaler Red Dragon B.V./Ter Waarbeek q.q.

In het faillissement van een bv heeft de curator eiseres in cassatie aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW, mede omdat eiseres financiering heeft verkregen voor de bouw van een restaurant op basis van vervalste bankafschriften en facturen. Eiseres is aansprakelijk gehouden als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. In cassatie speelt de vraag of iemand kan worden gekwalificeerd als feitelijk beleidsbepaler als hij het (statutaire) bestuur niet feitelijk terzijde heeft gesteld. De Hoge Raad overweegt dat voor de kwalificatie van feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW geen uitsluiting van het formele bestuur is vereist. De feitelijk beleidsbepaler moet zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid hebben toegeëigend, en op die manier het beleid hebben bepaald of mede hebben bepaald als ware hij bestuurder.

Feiten en geschil

Red Dragon B.V. ('Red Dragon') is op 20 januari 2014 opgericht en had tot doel een groot restaurant te bouwen. Daartoe moest een pand worden gebouwd. De Rabobank trad voor het project als financier op. Eiseres in cassatie onderhield het contact met de Rabobank. Van belang daarbij is dat het de bedoeling was dat een van de oprichters van de bv, Stichting Enalmei, mede zou bijdragen aan de financiering van het project. In dat kader heeft eiseres bankafschriften aan de Rabobank gezonden waaruit zou blijken dat de stichting een bijdrage leverde aan Red Dragon. Ook heeft eiseres facturen van bouwbedrijf Kreeft B.V. aan Red Dragon aan de Rabobank gezonden. Dit alles vond plaats in november 2014. Op 24 december 2014 is eiseres benoemd tot enig bestuurder van Red Dragon.

In mei 2015 is het restaurant uiteindelijk geopend voor het publiek, waarna Red Dragon in december 2016 failliet is verklaard. Vervolgens is gebleken dat de bankafschriften en de

facturen vervalst waren. De curator heeft eiseres aangesproken op de voet van artikel 2:248 BW. Zij heeft zich tegen deze aansprakelijkstelling verweerd door aan te voeren dat haar geen onbehoorlijk bestuur kan worden verweten omdat zij voor 24 december 2014 nog geen statutair bestuurder was en ook geen feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. Het hof heeft overwogen dat eiseres wel degelijk kwalificeerde als feitelijk beleidsbepaler voorafgaand aan 24 december 2014. (Zie voor het oordeel van de rechtbank OR 2019-0156 en voor het oordeel van het hof OR 2021-0305.)

Oordeel Hoge Raad: maatstaf feitelijk beleidsbepaler

In cassatie staat de vraag centraal of het hof daarbij de juiste toets heeft aangelegd, nu in de parlementaire geschiedenis overwogen zou zijn dat daarvoor sprake zou moeten zijn van feitelijke terzijdestelling van het bestuur. De Hoge Raad overweegt:

‘Of iemand het beleid van een vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder, en dus kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Met de zinsnede in de wetsgeschiedenis dat een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur vereist is om iemand als “beleidsbepaler als ware hij bestuurder” te kunnen aanmerken, is kennelijk niet beoogd tot uitdrukking te brengen dat de feitelijk beleidsbepaler moet hebben bestuurd in plaats en met uitsluiting van het formele bestuur. Daarmee is tot uitdrukking gebracht dat de feitelijk beleidsbepaler zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid moet hebben toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Uit het woord “mede” in art. 2:248 lid 7 BW kan worden afgeleid dat van zodanige beleidsbepaling ook sprake kan zijn in de situatie dat daarnaast een of meer formele bestuurders hun taken als bestuurder bleven uitoefenen.’

Daarmee heeft het hof niet de verkeerde maatstaf aangelegd en kan het arrest in stand blijven. De Hoge Raad volgt met dit oordeel de conclusie van A-G Assink.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 24-03-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:445

Zaaknummer: 21/04876

Rechters: M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, F.R. Salomons en G.C. Makkink

Advocaten: J.W. de Jong en K. Aantjes

Wetsartikelen: 2:248 BW