

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 2, 2024

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:2023:1719](#) 08-12-2023

Esperaza Holding B.V./Exem Energy B.V. & Exem Oil & Gas B.V.

Hof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:2289](#) 09-10-2023

Enquête B.V. Beleggingsmaatschappij D.I.G.

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:5111](#) 13-12-2023

Curator kinderspeelparadijs/Bestuurder

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:5698](#) 18-10-2023

Schuldeiser/Onderaannemer

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:9594](#) 22-09-2023

Verzoek tot heropening vereffening Blokdijk B.V. afgewezen

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:9882](#) 14-09-2023

Bereik B.V./De Watertuin Beheer B.V. en De Watertuin Hendrik Ido Ambacht B.V.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:5631](#) 04-09-2023

Geschil tussen bestuurders

RECHTSPRAAK

Geschil tussen bestuurders

Een bestuurder van een groep vennootschappen vordert in kort geding schorsing van zijn medebestuurder vanwege vermeende onregelmatigheden. Zijn medebestuurder meent dat ook de eisende bestuurder verwijten kunnen worden gemaakt en vordert in reconventie schorsing van de eisende bestuurder en benoeming van een (onafhankelijk) bestuurder in de vennootschappen. De voorzieningenrechter oordeelt dat schorsing een te zware maatregel zou zijn in dit geval, met een 50/50-aandelenbelang, één overblijvende bestuurder en zonder maatregelen die ervoor zorgen dat het belang van de andere bestuurder niet uit het oog wordt verloren. Daarbij weegt de voorzieningenrechter mee dat beide bestuurders een verwijt kan worden gemaakt. Alle vorderingen worden afgewezen.

Feiten

De indirect bestuurder ('Bestuurder 1') van een drietal besloten vennootschappen ('Eiser 2 BV', 'Eiser 3 BV' en 'Eiser 4 BV') ontdekt dat zijn indirecte medebestuurder van deze vennootschappen ('Gedaagde 1') ondeugdelijk heeft gehandeld. Bestuurder 1 en Gedaagde 1 zijn via 'Eiser 1 BV' respectievelijk 'Gedaagde 2 BV' bestuurder bij de betrokken vennootschappen en houden beiden (indirect) 50% van de aandelen in die vennootschappen. Behalve bij Eiser 4 BV zijn de bestuurders steeds gezamenlijk bevoegd de vennootschappen te vertegenwoordigen. Eiser 2 BV is enig aandeelhouder en bestuurder in 'Eiser 5 BV'.

Onder vermelding van de onregelmatigheden die hij heeft aangetroffen, laat Bestuurder 1 aan Gedaagde 1 weten dat hij verwacht dat Gedaagde 1 alle taken als bestuurder per omgaande neerlegt, dat hij geen gebruik meer maakt van de zakelijke bankrekeningen, dat hij de administratie van de vennootschappen aan Eiser 1 BV afgeeft en dat hij ongeoorloofd overgemaakte bedragen zal terugstorten. De onregelmatigheden betreffen onder meer een groot aantal contante opnamen door Gedaagde 1, malversaties die Gedaagde 1 zou hebben

gepleegd met verbouwingskosten, het door Gedaagde 1 drijven van ondernemingen buiten medeweten van Bestuurder 1 om, waarvoor kosten zijn betaald door de gemeenschappelijke vennootschappen, en het door Gedaagde 1 aan zichzelf ten onrechte uitbetalen van een management fee.

Eiser 1 BV t/m Eiser 5 BV ('Eiseressen') starten een procedure tegen Gedaagde 1 en Gedaagde 2 BV ('Gedaagden') en vorderen onder meer dat de voorzieningenrechter op basis van artikel 2:8 en 2:9 BW de schorsing van Gedaagden uitspreekt. Daarnaast dient volgens Eiseressen een onderzoek door een accountant te worden uitgevoerd. Eiseressen menen dat de aanwezigheid van Gedaagden zorgt voor grote onrust binnen de ondernemingen. Gezien de 50/50-verhouding is volgens Eiseressen een patstelling ontstaan. Het handelen van Gedaagde 1 is volgens Eiseressen onrechtmatig jegens Bestuurder 1.

Het verweer van Gedaagde 1 bestaat er met name uit dat ook Bestuurder 1 zich schuldig heeft gemaakt aan onregelmatigheden. Zo zou Bestuurder 1 (kas)gelden hebben onttrokken en loonbetalingen aan zijn vriendin hebben gedaan zonder dat daar werkzaamheden tegenover staan. In reconventie vorderen Gedaagden een (onafhankelijk) bestuurder te benoemen in de vennootschappen en Eiser 1 BV als bestuurder te schorsen voor een door de voorzieningenrechter te bepalen duur.

Oordeel voorzieningenrechter

De vraag die als eerste aan de orde komt, is of er voldoende grond is om Gedaagde 1 te schorsen als bestuurder. Bestuurder 1 heeft volgens de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk gemaakt dat Gedaagde 1 zich schuldig heeft gemaakt aan onregelmatigheden binnen de onderneming. Het kort geding leent zich niet voor een nader onderzoek naar de feiten, aldus de voorzieningenrechter. Echter, ook als ten aanzien van een aantal gestelde onregelmatigheden ervan uitgegaan moet worden dat het om handelingen van Gedaagde 1 gaat die niet in het belang van de onderneming zijn geweest, rechtvaardigt dit naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter geen schorsing van Gedaagde 1 in de gegeven omstandigheden. Met een 50/50-aandelenbelang, één overblijvende bestuurder en zonder maatregelen die ervoor zorgen dat het belang van Gedaagde 1 niet uit het oog wordt verloren, is de schorsing zoals verzocht niet proportioneel, aldus de voorzieningenrechter. De voorzieningenrechter weegt hierbij mee dat partijen zijn gaan samenwerken in wat aanvankelijk de onderneming van Gedaagde 1 was en dat ook Bestuurder 1 een verwijt kan worden gemaakt. Alle vorderingen van Eiseressen worden afgewezen.

Ook de reconventionele vordering van Gedaagden om een onafhankelijk bestuurder te benoemen wordt afgewezen. De voorzieningenrechter overweegt daartoe dat een dergelijke

vordering in kort geding alleen bij hoge uitzondering wordt toegewezen en dat van bijzondere omstandigheden die dat noodzakelijk maken niet is gebleken. Dat een onafhankelijk bestuurder in het belang kan zijn van de onderneming wil de voorzieningenrechter nog wel aannemen, maar anders dan de OK beschikt de voorzieningenrechter niet over een lijst van personen die als bestuurder zouden kunnen fungeren. Partijen hebben ook geen voorstel gedaan op welke wijze deze onafhankelijk bestuurder gevonden zou moeten worden. Benoeming brengt bovendien aanzienlijke kosten met zich en er bestaat onvoldoende zicht op of de onderneming die kosten kan dragen, aldus de voorzieningenrechter. Tot slot oordeelt de voorzieningenrechter dat schorsing van Eiser 1 BV (Bestuurder 1) als bestuurder niet aan de orde is om dezelfde redenen als waarom schorsing van Gedaagde 1 niet aan de orde is.

L.L. Bakker, januari 2024

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:5631

Zaaknummer: C/13/738004 / KG ZA 23-741

Rechters: M.L.S. Kalff

Advocaten: M.M. Hoving, K. Collée en B. Parmentier

Wetsartikelen: 2:9 BW en 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek tot heropening vereffening Blokdijk B.V. afgewezen

Een bv is ontbonden en na vereffening uitgeschreven uit het handelsregister terwijl een batig banksaldo nog niet is uitgekeerd. De Kamer van Koophandel werkt niet mee aan het zonder een rechterlijke beslissing opnieuw inschrijven van de vennootschap. De vereffenaar verzoekt de rechtbank daarom de vereffening te heropenen. De rechtbank oordeelt echter dat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2:23c BW, dat volgens de rechtbank een ‘nieuwe bate’ vereist, omdat het in dit geval om een zogenoemde ‘bekende bate’ gaat, nu het banksaldo al bekend was ten tijde van beëindiging van de vereffeningprocedure. In een wenk onder de uitspraak gaat Karel Boonzaaijer in op het beleid van de Kamer van Koophandel betreffende het opnieuw inschrijven van ontbonden rechtspersonen.

Blijkens de gegevens van de Kamer van Koophandel (KvK) is Blokdijk B.V. (‘Blokdijk’) per 31 december 2022 ontbonden en is de vereffening per 20 mei 2023 beëindigd, waarmee Blokdijk is opgehouden te bestaan. De vereffenaar, erfgenaam van de overleden enig aandeelhouder, verzoekt de rechtbank tot heropening van de vereffening op de voet van artikel 2:23c BW omdat Blokdijk nog een bankrekening heeft met een positief saldo van circa € 350.000 dat niet meer van de rekening kan worden gehaald. De vereffenaar was reeds bij de beëindiging van de vereffening van deze bate op de hoogte, maar in de veronderstelling dat het geld op de bankrekening pas na beëindiging van de vereffening kon worden opgenomen.

De rechtbank wijst het verzoek af. Er is geen sprake van een ‘nieuwe bate’; de vereffenaar was op het moment van beëindiging van de vereffening van het bestaan van deze bate op de hoogte. De situatie valt daarom onder het bereik van artikel 2:19 lid 5 BW – de rechtspersoon is blijven voortbestaan – en niet onder het bereik van artikel 2:23c BW. De rechtbank overweegt dat de reden voor afwijzing van het heropeningsverzoek na turboliquidatie in Hof Amsterdam

3 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3004, OR 2020-0382, ook moet gelden voor een situatie dat voorafgaand aan beëindiging wel een vereffeningprocedure heeft plaatsgevonden.

Wenk

De verzoekers stellen dat de KvK heeft aangegeven aan de hand van een uitspraak van de rechtbank te kunnen beoordelen of tot rectificatie kan worden overgegaan. Hoewel de KvK hiermee een niet-noodzakelijke voorwaarde heeft gesteld, zal de onderhavige uitspraak de KvK hopelijk voldoende bewijs bieden dat inderdaad tot rectificatie van de beëindiging kan worden overgegaan. Het is wenselijk dat de KvK haar beleid betreffende het opnieuw inschrijven van ontbonden rechtspersonen aanpast, nu een geval als het onderhavige waarin een vereffenaar op aanwijzen van de KvK onnodig en tevergeefs een gerechtelijke procedure start, vaker voorkomt (zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3858, OR 2023-0157).

K.H. Boonzaaijer, januari 2024

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 22-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:9594

Zaaknummer: C/15/341129 / HA RK 23-89

Rechters: D.D.M. Hazeu

Advocaten: L.T. van Eyck van Heslinga

Wetsartikelen: 2:23c BW en 2:19 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

Esperaza Holding B.V./Exem Energy B.V. & Exem Oil & Gas B.V.

Deze zaak rond de gefailleerde vennootschappen Exem Energy B.V. en Exem Oil & Gas B.V., betreft het cassatieberoep op een enquêteprocedure waarin door de curatoren van de gefailleerde vennootschappen om een onderzoek naar wanbeleid en om voorlopige voorzieningen – waaronder het schorsen van de bestuurders van de gefailleerde vennootschappen – is verzocht. De OK heeft het enquêteverzoek toegewezen, maar het verzoek tot schorsing afgewezen, aangezien dit in verband met de toestand van de rechtspersonen of in het belang van het onderzoek niet vereist is. Esperaza Holding B.V. – een dochter van Exem Energy B.V. – gaat in cassatieberoep tegen deze afwijzing, maar de Hoge Raad verwerpt dit beroep en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO. Dit is in lijn met de conclusie van A-G Assink, die de cassatieklachten afweegt tegen de gelaagde structuur en doelstellingen van het enquêterecht en de discretionaire bevoegdheid van de OK.

Uitspraak OK

Deze zaak – waarbij op voorhand wordt verwezen naar de uitspraak van de OK (OR 2023-0053) – betreft het cassatieberoep op een enquêteprocedure inzake de gefailleerde vennootschappen Exem Energy B.V. ('Exem Energy') en Exem Oil & Gas B.V. ('Exem Oil & Gas'). Volgens de curatoren zou er bij deze vennootschappen sprake zijn van wanbeleid. Zij vermoeden dat de vennootschappen zijn misbruikt door een echtpaar bij systematische grootschalige corruptie en verduistering van activa van de Angolese staat en Angolese staatsbedrijven. Onder meer drie aandeelhoudersbesluiten van Esperaza Holding B.V. ('Esperaza') – een dochtervennootschap van Exem Energy – zouden zijn geantedateerd,

waardoor dividend van € 52,6 miljoen onterecht is uitbetaald. De curatoren hebben de OK daarom verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij deze vennootschappen en daarnaast om diverse onmiddellijke voorzieningen te treffen, waaronder het schorsen van de bestuurders voor de duur van het geding. Esperaza heeft zich gedurende de OK-procedure gevoegd aan de zijde van de curatoren.

De OK heeft de verzoeken van de curatoren tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van deze vennootschappen toegewezen. Het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen – waaronder dus het schorsen van de bestuurders van de gefailleerde vennootschappen voor de duur van het geding – is door de OK afgewezen. De curatoren hadden om deze voorlopige voorziening verzocht omdat zij meenden dat een einde moest worden gemaakt aan de situatie dat personen die zich schuldig maken aan het plegen van strafbare feiten, deel uitmaken van het bestuur. Tevens wilden de curatoren bewerkstelligen dat de gefailleerde vennootschappen bepaalde gerechtelijke procedures zouden beëindigen.

De OK wees de voorlopige voorziening af en stelde daarbij voorop dat een dergelijk verzoek alleen kan worden toegewezen, indien dat in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek vereist is. De visie van de curatoren dat de ingreep in het bestuur van de gefailleerde vennootschappen vereist is in verband met de toestand van de vennootschappen, wordt niet door de OK gedeeld. De OK overweegt dat de vennootschappen beide in staat van faillissement verkeren. Op zichzelf tast een faillissement de handelings- en vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur van de vennootschappen niet aan, maar de bestuurders hebben ingevolge artikel 23 Fw wel van rechtswege de beschikking en het beheer verloren over het tot het faillissement behorend vermogen. Dit betekent dat het bestuur van de vennootschappen geen beheershandelingen meer kan verrichten die de boedel binden. Dit maakt dat zich in faillissement niet spoedig de situatie zal voordoen dat een wijziging in het bestuur noodzakelijk is in verband met de toestand van de rechtspersoon.

Cassatieklachten & conclusie advocaat-generaal

Esperaza gaat in cassatie tegen de OK-beschikking. De cassatieklachten richten zich op het oordeel van de OK dat geen wijziging in het bestuur van Exem en Oil & Gas noodzakelijk zou zijn. Daarbij wordt onder meer de juistheid betwist van het oordeel dat de faillissementssituatie van de vennootschappen niet voldoende noodzaak tot schorsing met zich brengt.

A-G Assink concludeert dat het cassatieberoep moet worden afgewezen. In zijn conclusie omschrijft de A-G de gelaagde structuur van het enquêterecht zoals vastgelegd in Boek 2 BW.

Deze structuur omvat twee afzonderlijke procedures: een initiële procedure voor het indienen van een enquêteverzoek en een tweede procedure voor het treffen van voorzieningen na goedkeuring van het verzoek en het voltooiën van het onderzoek (zie HR 27 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7245, NJ 2000/653 (*Gucci*)). De OK is pas bevoegd tot het treffen van voorzieningen als bedoeld in artikel 2:355 BW in zo'n tweede procedure, nadat de eerste procedure is geëindigd met het verslag van het onderzoek en voor zover uit dat verslag blijkt van wanbeleid van de rechtspersoon. De bevoegdheid van de OK om in zo'n eerste procedure een dergelijk onderzoek te bevelen, is een discretionaire bevoegdheid en een verzoek kan worden toegewezen als er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen (art. 2:350 lid 1 BW). Deze discretionaire bevoegdheid vereist een belangenafweging, gebaseerd op de specifieke omstandigheden van elk geval, met aandacht voor de doelstellingen van het enquêterecht. De doelstellingen van het enquêterecht zijn gericht op openbaarmaking en op herstel van gezonde verhoudingen binnen de onderneming.

De advocaat-generaal concludeert dat de verschillende onderdelen van het cassatieberoep stranden op een gebrek aan feitelijke grondslag door een onjuiste lezing van de bestreden beschikking.

Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwierpt het cassatieberoep nu de klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van de beschikking van de OK, en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

J.W.A. van der Salm, januari 2024

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 08-12-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:1719

Zaaknummer: 23/01610

Rechters: T.H. Tanja-van den Broek, C.E. Du Perron en K. Teuben

Advocaten: B.I. Kraaiipoel en R.L.M.M. Tan

Wetsartikelen: 81 lid 1 RO, 2:355 BW en 2:350 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Bereik B.V./De Watertuin Beheer B.V. en De Watertuin Hendrik Ido Ambacht B.V.

De partijen in deze zaak hebben een vaststellingsovereenkomst gesloten inzake een betalingsregeling tussen schuldeiser en schuldenaar, waarna de schuldeiser executoriaal beslag heeft laten leggen op de aandelen die de schuldenaar in een vennootschap houdt. De schuldeiser verzoekt de rechtbank om te bepalen dat de schuldeiser binnen twee jaar na de uitspraak mag overgaan tot de executoriale verkoop van aandelen die de schuldenaar in de vennootschap houdt. Daarnaast verzoekt de schuldeiser, onder verwijzing naar artikel 474g Rv en artikel 2:195 BW, vast te stellen dat de statutaire goedkeuringsregeling en statutaire regeling voor de prijsbepaling van de aandelen in de vennootschap niet van toepassing zijn op de executoriale verkoop van de aandelen in de vennootschap en te bepalen dat de levering van de aandelen dient plaats te vinden volgens de in artikel 474h Rv weergegeven procedure in plaats van de in de statuten voorgeschreven notariële akte. De rechtbank wijst de vorderingen toe. De rechtbank bespreekt in het vonnis op welke wijze en op grond van welke voorwaarden de in beslag genomen aandelen in de vennootschap mogen worden verkocht en overgedragen.

Het betreft hier een beschikking van de rechtbank Rotterdam in de zaak van verzoekster ('Bereik B.V.') tegen De Watertuin Beheer B.V. ('de Watertuin') als gerekwesteerde en de Watertuin Hendrik Ido Ambacht B.V. ('de Vennootschap') als belanghebbende.

Feiten

De Watertuin is enig aandeelhouder en bestuurder van de Vennootschap. De statuten van de

Vennootschap bevatten een goedkeuringsregeling voor de overdracht van aandelen. Op 13 september 2022 is ten overstaan van de kantonrechter een vaststellingsovereenkomst inzake een betalingsregeling gesloten tussen Bereik B.V. en de Watertuin. De vaststellingsovereenkomst is in een proces-verbaal neergelegd en bij exploit betekend aan de Watertuin. Bereik B.V. heeft daarna executoriaal beslag laten leggen op de aandelen die de Watertuin in de Vennootschap houdt.

Het (aangepaste) verzoek van Bereik B.V.

Bereik B.V. verzoekt de rechtbank, onder andere, om bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad te bepalen dat Bereik B.V. binnen twee jaar na de uitspraak mag overgaan tot de executoriale verkoop van aandelen die de Watertuin in de Vennootschap houdt.

Bereik B.V. verzoekt de rechter, onder verwijzing naar artikel 474g Rv en artikel 2:195 BW, vast te stellen dat de statutaire goedkeuringsregeling en statutaire regeling voor de prijsbepaling van de aandelen in de Vennootschap niet van toepassing zijn op de executoriale verkoop van de aandelen in de Vennootschap en te bepalen dat de levering van de aandelen dient plaats te vinden volgens de in artikel 474h Rv weergegeven procedure in plaats van de in de statuten voorgeschreven notariële akte. Bereik B.V. stelt dat de wettelijke bepaling in artikel 474h Rv, waarin de wetgever een regeling heeft opgenomen die specifiek ziet op levering na executoriale verkoop, voor dient te gaan op deze statutaire bepaling.

Bereik B.V. legt hieraan ten grondslag dat zij belang heeft bij de verkoop van de in beslag genomen aandelen, omdat de Watertuin nog niet heeft voldaan aan de afspraken die zijn vastgelegd in het proces-verbaal van 13 september 2022.

Het verweer van de Watertuin

De Watertuin verweert zich tegen het verzoek met een beroep op financiële problemen als gevolg van het uitblijven van NOW-regelingen en een geschil met de boekhouder, wat de verkrijging van recente financiële gegevens bemoeilijkt. Over de verschillende onderdelen van het verzoek heeft de Watertuin onder meer opgemerkt dat uit de laatste zin van artikel 747g lid 4 Rv volgt dat in de beschikking niet mag worden afgeweken van de wettelijke en statutaire bepalingen, en dat het dus onmogelijk is om af te wijken van de goedkeuringsregeling in de statuten.

De beoordeling

De rechtbank overweegt dat de beslaglegger ingevolge artikel 474g Rv binnen één maand na het exploit van beslag, op straffe van verval van het gelegde beslag, aan de rechtbank van de

plaats van vestiging van de vennootschap dient te verzoeken om bij beschikking te bepalen dat en binnen welke termijn tot verkoop en overdracht van de in beslag genomen aandelen kan worden overgegaan.

De rechtbank bepaalt op grond van artikel 474g lid 3 Rv bij beschikking op welke wijze en onder welke voorwaarden de verkoop en overdracht moet plaatsvinden. Op grond van artikel 474g lid 4 Rv moeten de wettelijke en statutaire bepalingen ter zake van vervreemding van aandelen in acht genomen worden, met dien verstande dat alle ten aanzien van de vervreemding aan de aandeelhouder toekomende rechten en op hem drukkende verplichtingen worden uitgeoefend en nagekomen door de gerechtsdeurwaarder. De beschikking van de rechtbank mag ten aanzien van deze wettelijke en statutaire bepalingen geen afwijkingen inhouden, behalve voor zover inachtneming van deze bepalingen de executoriale verkoop onmogelijk maakt.

De rechtbank overweegt dat de Watertuin enig aandeelhouder van de Vennootschap is, waardoor de goedkeuringsregeling in de statuten van de Vennootschap ervoor zorgen dat uitwinning afhankelijk wordt gesteld van goedkeuring door de schuldenaar, die de verkoop aldus kan blokkeren. Gelet op voorgaande is de rechtbank van oordeel dat Bereik B.V. belang heeft bij de door haar verzochte afwijkende regeling en wijst het verzoek om de statutaire goedkeuringsregeling buiten beschouwing te laten toe.

De rechtbank oordeelt dat de statutaire prijsbepalingsregeling voor de aandelen in de Vennootschap, welke inhoudt dat de algemene vergadering één of meer gegadigden voor de aandelen kan aanwijzen en dat indien geen overeenstemming wordt bereikt over de prijs, de prijs van de aandelen dient te worden vastgesteld door drie deskundigen, ter zijde gesteld mag worden. De rechter oordeelt dat dit proces tijdrovend is en deskundigen hierbij afhankelijk zijn van de door de Watertuin en de Vennootschap verstrekte informatie.

De rechtbank overweegt dat de wetgever voor levering van aandelen na een executoriale verkoop in artikel 474h Rv een speciale regeling heeft ontworpen die ziet op de levering van aandelen na een executoriale verkoop, en dat deze regeling moet prevaleren boven de statuten.

De beslissing

De rechtbank bepaalt dat Bereik B.V. kan overgaan tot verkoop en overdracht van de ten laste van de Watertuin in beslag genomen aandelen in de Vennootschap op de wijze en voorwaarden als door de rechtbank in het vonnis worden vermeld.

M.F. de Weerdt, januari 2024

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:9882

Zaaknummer: C/10/653984

Rechters: P. de Bruin

Advocaten: J.D. van Vlastuin en S.A.P. van den Berg

Wetsartikelen: 474h Rv, 474g Rv, 611d Rv en 2:195 BW

RECHTSPRAAK

Schuldeiser/Onderaannemer

De door een onderaannemer ingeschakelde partij, die een vordering heeft op de onderaannemer wegens onbetaald gebleven facturen, vordert hoofdelijke veroordeling van de bestuurder en aandeelhouder van de onderaannemer wegens bestuurders- respectievelijk aandeelhoudersaansprakelijkheid. Volgens de ingeschakelde partij hadden de bestuurder en aandeelhouder hem moeten waarschuwen voor de betalingsonmacht van de hoofdaannemer (en als gevolg daarvan de betalingsonmacht van de onderaannemer) en hadden zij ervoor moeten zorgen dat de ingeschakelde partij niet hoefde door te werken op het betreffende project. In geschil is of de bestuurder en aandeelhouder van de onderaannemer onrechtmatig hebben gehandeld tegenover de ingeschakelde partij. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat er ook voor aandeelhoudersaansprakelijkheid geen plaats is. Ten aanzien van het standpunt van de ingeschakelde partij dat er sprake zou zijn geweest van selectieve betaling, houdt de rechtbank iedere beslissing aan en geeft zij de bestuurder de gelegenheid een nadere toelichting te geven op de verrichte betalingen aan groepsmaatschappijen.

Feiten

Voor het uitvoeren van een overeenkomst van aanneming van werk heeft de Duitse opdrachtnemer Senvion GmbH ('Senvion') een onderaannemer ingeschakeld ('de Onderaannemer'). Gedaagde 1 ('de Aandeelhouder') is enig aandeelhouder van de Onderaannemer. Gedaagde 2 ('de Bestuurder') is statutair bestuurder van zowel de Onderaannemer als de Aandeelhouder. De Onderaannemer heeft op haar beurt de eisende

partij ('de Schuldeiser') als onderaannemer ingeschakeld voor uitvoering van (een deel van) de werkzaamheden. De Schuldeiser is een door Senvion voorgeschreven onderaannemer en Senvion deed bij andere projecten ook rechtstreeks zaken met de Schuldeiser. De Schuldeiser heeft haar werkzaamheden voor het betreffende project afgerond, en de eerste door de Schuldeiser aan de Onderaannemer gestuurde factuur wordt voldaan. De andere door de Schuldeiser gestuurde facturen blijven echter onbetaald. De facturen die de Onderaannemer in dezelfde periode aan Senvion verzendt, blijven ook grotendeels onbetaald. Over die facturen, en over diverse facturen ten aanzien van andere projecten, is in die periode gecorrespondeerd tussen de Onderaannemer en Senvion.

Senvion wordt vervolgens in Duitsland failliet verklaard, waarna de Onderaannemer haar vorderingen op Senvion indient in het faillissement. Ten tijde van dit vonnis is nog onduidelijk of, en zo ja, voor welk bedrag zij een uitkering uit het faillissement zal ontvangen.

De Onderaannemer is in een procedure voor de Luxemburgse *Tribunal d'arrondissement de Diekirch* veroordeeld tot betaling van de onbetaald gebleven facturen aan de Schuldeiser. De Onderaannemer stelt zich echter op het standpunt niet te kunnen betalen doordat zij geen betalingen meer heeft ontvangen van Senvion.

Vorderingen en verweer

In de onderhavige procedure vordert de Schuldeiser hoofdelijke veroordeling van de Bestuurder (op grond van bestuurdersaansprakelijkheid) en de Aandeelhouder (op grond van aandeelhoudersaansprakelijkheid) tot betaling van de onbetaald gebleven facturen. De Schuldeiser legt aan haar vorderingen – kort gezegd – ten grondslag dat de Bestuurder en de Aandeelhouder onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld.

De Bestuurder en de Aandeelhouder voeren verweer en concluderen tot afwijzing.

Beoordeling bestuurdersaansprakelijkheid

De rechtbank start met de vordering tegen de Bestuurder en zij oordeelt allereerst dat de Beklamel-norm niet van toepassing is, aangezien het door de Schuldeiser in rekening gebrachte meerwerk niet zag op nieuw opgedragen werkzaamheden maar op grond van een reeds tussen de Schuldeiser en de Onderaannemer bestaande overeenkomst was verricht. De toepasselijke norm is daarom frustratie van betaling en verhaal. De rechtbank is van oordeel dat de Bestuurder niet een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt voor wat betreft de informatieverstrekking over Senvion richting de Schuldeiser en ten aanzien van het feit dat de Onderaannemer de Schuldeiser heeft laten doorwerken aan het project, ondanks het feit dat Senvion haar facturen niet langer betaalde aan de Onderaannemer. Het recht biedt

– behoudens bij uitzonderlijke omstandigheden – geen steun voor een algemene plicht van een bestuurder om crediteuren te waarschuwen als het niet goed gaat met de onderneming of een opdrachtgever van de onderneming. Het was in de relevante periode, gelet op de correspondentie tussen de Onderaannemer en Senvion, voor de Bestuurder redelijkerwijs niet voorzienbaar dat Senvion failliet zou gaan en dat de Onderaannemer de facturen van de Schuldeiser niet meer zou kunnen voldoen of daar geen verhaal voor zou bieden. Daarbij is tevens relevant dat de Schuldeiser zelf ook rechtstreeks zaken deed met Senvion en voor informatie over de financiële situatie bij Senvion dus niet uitsluitend was aangewezen op de Onderaannemer, en dat ook facturen van de Schuldeiser door Senvion al geruime tijd veel te laat of helemaal niet werden betaald. Zowel de Onderaannemer als de Schuldeiser waren – aldus de rechtbank – op de hoogte van het feit dat Senvion kampte met betalingsproblemen.

Beoordeling aandeelhoudersaansprakelijkheid

Ten aanzien van de aandeelhoudersaansprakelijkheid oordeelt de rechtbank dat de door de Schuldeiser gestelde omstandigheden (met inachtneming van het hierna vermelde) niet kunnen leiden tot aandeelhoudersaansprakelijkheid. De structuur van het concern waarvan de Onderaannemer onderdeel is, inhoudende dat de activa niet in de werkmaatschappijen maar in de moedermaatschappij zijn ondergebracht, brengen niet dermate uitzonderlijke risico's met zich mee, dat de Aandeelhouder ten tijde van het aangaan van de overeenkomst met de Schuldeiser daarmee een onjuiste (te positieve) verwachting heeft gewekt omtrent de kredietwaardigheid van de Onderaannemer. Er is daarnaast voor de Aandeelhouder geen zorgplicht ontstaan die meebrengt dat zij de Schuldeiser als schuldeiser van de Onderaannemer moest waarschuwen voor de betalingsproblematiek bij Senvion. Voor wat betreft het verwijt van de Schuldeiser dat de Aandeelhouder de bedrijfsactiviteiten van de Onderaannemer heeft stopgezet, oordeelt de rechtbank dat een bestuurder (en niet de aandeelhouder) gaat over het staken van de bedrijfsactiviteiten. Daarnaast was de Aandeelhouder niet verplicht om nadere financiering te verstrekken aan de Onderaannemer, en ook bestaat er geen aanleiding om aan te nemen dat het de Aandeelhouder niet vrij stond om de aandelen van twee andere dochtervennootschappen te verkopen, terwijl bekend was dat de Onderaannemer mogelijk geen verhaal zou bieden voor de vordering van de Schuldeiser.

Beoordeling selectieve betaling

Over eventuele bestuurders- en/of aandeelhoudersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling (volgens de Schuldeiser zijn de Aandeelhouder en andere groepsvennootschappen door de Onderaannemer afgelost, terwijl er geen andere middelen beschikbaar zijn om de andere crediteuren af te lossen), houdt de rechtbank iedere beslissing aan. De Schuldeiser

heeft de onzorgvuldigheid van door de Onderaannemer betaalde rentes en aflossingen op de schuld aan groepsmaatschappijen onvoldoende onderbouwd, maar was hiertoe ook nog niet goed in staat omdat zij niet op de hoogte was van de achtergrond van deze betalingen. De Bestuurder wordt daarom in de gelegenheid gesteld om bij akte de gestelde aanleiding, aard en noodzaak van de betalingen aan groepsmaatschappijen nader toe te lichten en met stukken te onderbouwen.

I.M. Berends, januari 2024

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 18-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:5698

Zaaknummer: 417437

Rechters: M.S.T. Belt

Advocaten: N.A. Aalbers, M.A. van der Pool en R.A. van Huussen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curator kinderspeelparadijs/Bestuurder

De curator heeft de bestuurder van een failliete vennootschap die een kinderspeelparadijs met horecagelegenheid exploiteerde aangesproken tot betaling van het boedeltekort. De curator is van mening dat de bestuurder te lang is doorgegaan met de onderneming, terwijl deze al jarenlang verlies leed en er geen vooruitzichten bestonden dat de resultaten zouden verbeteren. Volgens de bestuurder is de onderneming failliet gegaan door met name (de gevolgen van) de coronacrisis. De rechtbank volgt de curator en oordeelt dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, hetgeen tot het faillissement van de onderneming heeft geleid. De bestuurder had de onderneming naar het oordeel van de rechtbank eerder moeten beëindigen.

Feiten

Gedaagde is enig bestuurder en aandeelhouder van failliet. Failliet exploiteerde een kinderspeelparadijs met horecagelegenheid. Voor het uitoefenen van zijn bedrijfsactiviteiten huurde failliet een bedrijfshal in Almelo.

In maart 2020 heeft de verhuurder X de bedrijfshal verkocht aan Y. In de schriftelijke koopovereenkomst staat onder meer vermeld dat failliet een huurachterstand heeft van tien maanden. In diezelfde periode is een pandakte opgemaakt waarin failliet de complete inventaris, voorraad en vorderingen op derden heeft verpand aan de oude verhuurder X. De bedrijfshal is bij notariële akte van 2 april 2020 door X geleverd aan Y.

Ook bij de nieuwe verhuurder Y ontstaat een grote huurachterstand, waardoor Y failliet in november 2020 dagvaardt en de achterstallige huurpenningen vordert. Ter zitting hebben partijen een minnelijke regeling bereikt. Desalniettemin wordt de onderneming bij vonnis van de rechtbank Gelderland van 21 december 2020 failliet verklaard.

Bij de curator zijn vorderingen ingediend tot een bedrag van € 922.689,31, waaronder een vordering van € 585.962,59 van de oude verhuurder X en een vordering van € 108.943,26 van de nieuwe verhuurder Y.

Vordering

De curator stelt de bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort. Volgens de curator is de bestuurder te lang doorgestaan met de onderneming, terwijl deze al jarenlang verlies leed en er geen vooruitzichten bestonden dat de resultaten zouden verbeteren. Zo kampte de onderneming met een enorme huurschuld die op zijn minst in 2011 is ontstaan en in de jaren nadien alleen maar is opgelopen. Daarbovenop komt dat de bestuurder heeft meegewerkt aan een paulianeuze rechtshandeling door de volledige activa van de onderneming te verpanden aan de oude verhuurder X.

Verweer

De bestuurder betwist dat hij de onderneming onbehoorlijk heeft bestuurd. Hij heeft na een verlies in 2018 geprobeerd om in 2019 verandering teweeg te brengen. Dit is niet gelukt waarna hij de onderneming te koop heeft gezet. De enige vorderingen van relevantie zijn de vorderingen van de oude en de nieuwe verhuurder. Deze zijn inderdaad aanzienlijk, maar de bestuurder heeft juist met deze schuldeisers afspraken gemaakt zodat de onderneming aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. De bestuurder had een concreet plan: een goede verkoop van de onderneming en het maken van afspraken met de grootste schuldeiser (lees: de verhuurder), zodat de huurachterstand kon worden ingelost. De verkoop is niet doorgestaan, omdat de nieuwe verhuurder Y – in tegenstelling tot eerdere toezeggingen – de onderneming toch niet meer wilde kopen, aldus de bestuurder. Als gevolg van de coronacrisis hadden de andere potentiële kopers ook geen interesse meer. De oorzaak van het faillissement van de onderneming is dan ook gelegen in het niet doorgaan van de verkoop van de onderneming én de gevolgen van de coronacrisis.

Oordeel

Volgens de rechtbank staat niet ter discussie dat het financieel slecht ging met de onderneming in de jaren voorafgaand aan het faillissement. Uit de jaarrekeningen over 2017, 2018 en 2019 blijkt dat de onderneming niet in staat was om aan haar financiële verplichtingen te voldoen. De financiële situatie van de onderneming was dermate ernstig dat een faillissement voorzienbaar was. Naar het oordeel van de rechtbank had de bestuurder bij deze financiële stand van zaken eerder moeten ingrijpen en de onderneming moeten beëindigen. Dat de oude verhuurder X niet moeilijk zou doen en van goede wil was – zoals de bestuurder ter zitting heeft gesteld – maakt dit niet anders. De huurschuld bleef immers bestaan en

oplopen. Het verweer van de bestuurder dat de oorzaak van het faillissement is gelegen in het niet doorgaan van de verkoop én de gevolgen van de coronacrisis, behoeft geen nadere bespreking. De bestuurder had daarvoor al moeten ingrijpen.

De conclusie is dat sprake is van financieel wanbeleid door de bestuurder. De bestuurder heeft zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld, hetgeen tot het faillissement van de onderneming heeft geleid. De bestuurder is aansprakelijk voor het boedeltekort.

B.S. Pronk, januari 2024

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 13-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:5111

Zaaknummer: C/08/291480 / HA ZA 23-46

Rechters: A.M. van Diggele

Advocaten: G.W. Weenink en A.A. Dooijeweerd

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Enquête B.V. Beleggingsmaatschappij D.I.G.

OK; enquête. Een aandeelhouder verzoekt de OK om een onderzoek te bevelen naar de gang van zaken van een vennootschap en een derde bestuurder aan te wijzen. De vennootschap houdt zich bezig met het beheer en de exploitatie van onroerend goed. De aandeelhouder meent dat de bestuurders een kernactiviteit van de vennootschap onzorgvuldig uitvoeren door geen schriftelijke afspraken te maken en slechts selectief te factureren. De OK gaat hierin mee en oordeelt dat de bestuurders bovendien een tegenstrijdig belang hebben. Er zijn gegronde redenen om te betwijfelen of de bestuurders de vereiste zorgvuldigheid en transparantie hebben betracht. De OK beveelt daarom een onderzoek en wijst een derde bestuurder aan met beslissende stem.

Feiten en verzoeken

Beleggingsmaatschappij D.I.G. B.V. ('DIG') houdt zich bezig met het beheer en de exploitatie van een onroerendgoedportefeuille. DIG heeft drie aandeelhouders: Bas Boterbloem Beheer B.V. ('BBB'), Sandstenen Projecten B.V. ('SP') en JWTM Vastgoed B.V. ('JWTM') die ieder 33,33% van de aandelen houden. SP en JWTM zijn tevens bestuurder van DIG (tezamen worden zij hierna aangeduid als 'DIG c.s.'). A is enig aandeelhouder en bestuurder van BBB, B is enig aandeelhouder en bestuurder van SP en C is enig aandeelhouder en bestuurder van JWTM. Sinds het ontslag van BBB als bestuurder zijn de onderlinge verhoudingen verstoord en wordt gezocht naar een manier van ontvlechting. Dit heeft al tot twee eerdere enquêteprocedures geleid. In de onderhavige enquêteprocedure verzoekt BBB de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van DIG en een derde persoon te benoemen als bestuurder van DIG met doorslaggevende stem.

Informatievoorziening

BBB stelt allereerst dat zij onvoldoende wordt geïnformeerd, maar de OK wijst dit af. Volgens de OK zijn de door BBB gestelde vragen behoorlijk beantwoord. Voor zover DIG niet alle vragen heeft beantwoord of niet alle onderliggende documenten heeft verstrekt, mocht zij zich redelijkerwijs op dit standpunt stellen, gezien de hoeveelheid vragen die reeds waren beantwoord en de documentatie waartoe BBB al toegang had.

Verkoopbeleid

Ook de intrekking van een besluit tot verkoop van de vastgoedportefeuille vormt geen gegronde reden om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. Het verkoopbeleid behoort tot de autonomie van het bestuur en dit beleid kan worden aangepast naar gelang de veranderende marktomstandigheden, zoals de gestegen rente en stagnatie van huizenprijzen.

Beheervergoedingen

Tot slot voert BBB aan dat schriftelijke beheersovereenkomsten ontbreken voor de activiteiten van DIG omtrent het beheer voor panden van derden, waaronder panden die direct of indirect toebehoren aan één of meer van haar aandeelhouders. Zo hebben A en B met een derde (hierna te noemen 'E') een pand in mede-eigendom en hebben slechts A en E een factuur voor de beheerskosten ontvangen. DIG c.s. voeren aan dat B en C pas facturen ontvangen nadat met A overeenstemming over de hoogte van beheersvergoedingen is bereikt. Volgens DIG c.s. leent dit geschilpunt zich niet voor een beoordeling in een enquêteprocedure omdat dit reeds is voorgelegd aan de civiele rechter en een vermogensrechtelijk geschil betreft. De OK verwerpt dit betoog en oordeelt dat het gaat om een kernactiviteit van DIG die direct het beleid en de gang van zaken van de vennootschap raakt.

De OK merkt daarnaast op dat ook geen facturen zijn verzonden aan de eigenaars van de panden ter zake van huurincasso. Gelet hierop is een substantieel aandeel van de diensten van DIG niet in rekening gebracht. Daarbij komt dat hierdoor gerede twijfel bestaat of de aangifte voor de vennootschapsbelasting correct is geschied. Deze wijze van bedrijfsvoering voedt volgens de OK twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

Tegenstrijdig belang

Bovendien speelt volgens de OK nog een tegenstrijdig belang. Een geconflieeerde bestuurder moet zich volgens artikel 2:239 lid 6 BW onthouden van beraadslaging en besluitvorming over de desbetreffende transactie. Voorts is een hogere mate van zorgvuldigheid vereist in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de transactie. B heeft een tegenstrijdig belang, omdat DIG een groot aantal objecten beheert waarin B een (indirect) belang heeft. Als

eigenaar heeft B immers belang bij een lage beheervergoeding, als bestuurder van DIG bij een hoge beheervergoeding. Daar komt bij dat B en C beheerwerkzaamheden verrichten en factureren aan de vennootschap. Hiervan is de vraag of deze werkzaamheden niet vallen onder hun reguliere bestuurstaak, waar zij al via een managementvergoeding voor vergoed worden.

Tot slot is er een tegenstrijdig belang aanwezig bij de huur van het kantoorpand van de vennootschap, die zij huurt van B en C. Hoewel de huursom marktconform is, is het nog maar de vraag of de vennootschap niet een te groot pand huurt en daarom onnodig hoge huurkosten worden gemaakt. Al met al oordeelt de OK dat er gegronde redenen zijn om aan een juiste gang van zaken te twijfel. Zij beveelt daarom een onderzoek naar de gang van zaken van DIG en benoemt een nader aan te wijzen persoon als bestuurder met een beslissende stem, zonder wie DIG niet vertegenwoordigd kan worden.

J. Bruinsma, januari 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-10-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:2289

Zaaknummer: 200.328.080/01 OK

Rechters: M.A.M. Vaessen, A.W.H. Vink, J.M. de Jongh, D.E.M. Aleman en G. van Vollenhoven-Eikelenboom

Advocaten: S.J.B. Drijber en C. Dullaart

Wetsartikelen: 2:239 lid 6 BW en 2:350 BW