

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 8, 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:2024:429](#) 15-03-2024

Vesteda c.s./Rabobank & curator Megahome

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2024:208](#) 09-02-2024

Rookie B.V./ABC Hekwerk Participatie B.V. c.s.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2024:1816](#) 12-03-2024

Stromanconstructie waardoor inkomsten aan de boedel van de gefailleerde zijn onttrokken?

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2024:339](#) 06-02-2024

Geschil tussen certificaathouder en bestuurders stak

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:198](#) 23-01-2024

Alychlo B.V./SnowWorld N.V. en overige aandeelhouders

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:3507](#) 06-12-2023

Enquête FM1 Invest Germany B.V. (II)

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2024:1739](#) 19-03-2024

Geturboliquideerde vennootschap wordt niet failliet verklaard omdat onvoldoende is gebleken van een potentiële bate

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2024:1594](#) 11-03-2024

Voormalig manager van failliete apotheek kwalificeert als statutair bestuurder noch als feitelijk beleidsbepaler

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2024:1139](#) 06-03-2024

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW bij selectieve betalingen

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2024:1678](#) 28-02-2024

Curator van Totalsolution B.V. en Totalsolution Elektro Techniek B.V./Bestuurders -
Civielrechtelijk bestuursverbod

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:21197](#) 13-12-2023

Curator slaagt niet in bewijs dat iemand feitelijk beleidsbepaler was van een
vennootschap

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW bij selectieve betalingen

Eiser in deze zaak vordert schadevergoeding wegens selectieve betalingen door de bestuurder van haar contractspartij aan zustervennootschappen, terwijl duidelijk was dat de vennootschap over onvoldoende middelen beschikte om haar crediteuren te voldoen. De bestuurder voert aan dat deze betalingen gegrond waren gezien de verstrekte leningen en betaling van kosten. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld door selectieve betalingen te laten doen en verplicht is de schade aan eiser te vergoeden.

Uitspraak van rechtbank Gelderland inzake de Luxemburgse rechtspersoon MD Wind S.a.r.l. ('Wind') (eiser) tegen gedaagde ('de Bestuurder'), bestuurder en tevens aandeelhouder van gefailleerde vennootschap 1 ('Bedrijf 1'), een zustervennootschap van vennootschap 2 ('Bedrijf 2').

Verloop van het geding

Wind vordert schadevergoeding van de Bestuurder op grond van artikel 6:162 BW vanwege het onbetaald blijven van haar vordering jegens Bedrijf 1 en de door de Bestuurder verrichtte selectieve betalingen aan Bedrijf 2, terwijl voorzienbaar was dat Bedrijf 1 onvoldoende middelen zou hebben om haar crediteuren te voldoen en haar activiteiten zou staken.

Feiten

Bedrijf 2 heeft een lening verstrekt aan Bedrijf 1 en daarover rente in rekening gebracht bij Bedrijf 1. Ook heeft zij kosten voor Bedrijf 1 voorgeschoten. Daarnaast heeft Bedrijf 1 betalingen van haar klanten doorgestort aan Bedrijf 2 en verschillende groepsmaatschappijen afbetaald terwijl zij al voornemens was haar activiteiten te beëindigen. Door deze omstandigheden is de vordering van Wind onbetaald gebleven.

Gronden van de beslissing

De Bestuurder betwist dat hij aansprakelijk is voor de gevolgen van de aflossingen c.q. betalingen door Bedrijf 1 aan groepsmaatschappijen. Hij stelt onder andere dat de van klanten ontvangen bedragen nooit tot het vermogen van Bedrijf 1 hebben behoord, en dat daarom aan de bestuurder van Bedrijf 1 geen verwijt kan worden gemaakt van het doorbetalen van dit bedrag aan Bedrijf 2. Bedrijf 2 heeft daarnaast ook haar vorderingen op Bedrijf 1 afgeschreven en niet verder doorbelast. Bedrijf 2 heeft dus zelf verlies geleden, en als zij dat niet had gedaan, was de schuldpositie van Bedrijf 1 juist toegenomen.

Wind blijft bij haar standpunt dat de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van de betalingen aan groepsmaatschappijen. Zij stelt dat het bedrag dat Bedrijf 1 ontving van haar grootste klant wel degelijk behoorde tot het vermogen van Bedrijf 1 en dat vrijwel dit gehele bedrag zonder contractuele rechtvaardiging of verplichting aan Bedrijf 2 is overgemaakt. Met deze uitkering aan een vennootschap in haar eigen groep heeft de Bestuurder als bestuurder van Bedrijf 1 een selectieve betaling verricht en daarvan kan de Bestuurder een ernstig verwijt worden gemaakt. Nu Bedrijf 1 op dat moment immers al had besloten al haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikte om al haar schuldeisers te voldoen, kwam de Bestuurder geen vrijheid meer toe om uitkeringen aan willekeurige schuldeiser te doen.

De beslissing

Ten aanzien van de rente en door Bedrijf 1 voorgeschoten kosten stelt de rechtbank vast dat geen sprake is geweest van een betaling, laat staan van een selectieve betaling. Ook ziet de rechtbank onvoldoende aanleiding om de Bestuurder persoonlijk aansprakelijk te houden voor het laten oplopen van de rekening-courantschuld jegens Bedrijf 2.

De rechtbank stelt vast dat Wind niets heeft ontvangen van de in 2020 nog door Bedrijf 1 ontvangen gelden. Niet ter discussie staat dat Bedrijf 1 in 2019 heeft besloten haar activiteiten te beëindigen. Ten tijde van de betaling aan Bedrijf 2 was tevens duidelijk dat Bedrijf 1 niet over voldoende middelen beschikte om alle schuldeisers te voldoen. De vrijheid van de Bestuurder/Bedrijf 1 om in 2020 nog op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers zouden worden voldaan, was derhalve beperkter. Er was in beginsel geen vrijheid meer om gelieerde vennootschappen selectief te betalen, tenzij die betaling door bijzondere omstandigheden werd gerechtvaardigd.

De rechtbank is van oordeel dat de betalingen in kwestie niet door bijzondere omstandigheden werden gerechtvaardigd. Niet valt in te zien waarom het van de klant ontvangen bedrag niet tot het vermogen van Bedrijf 1 behoorde, nu gesteld noch gebleken is

dat Bedrijf 1 het bedrag namens een derde heeft geïnd. Ook valt niet in te zien dat Wind gebaat is geweest bij de betaling aan Bedrijf 2 tegenover het afboeken van een deel van de vordering van Bedrijf 2 en dat daarin een rechtvaardiging is te vinden voor de selectieve betaling.

Uit het voorgaande volgt dat de betalingen van Bedrijf 1 selectief en onrechtmatig zijn. De Bestuurder kan als bestuurder van Bedrijf 1 een ernstig verwijt worden gemaakt doordat hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Bedrijf 1 haar betalingsverplichting tegenover Wind niet is nagekomen. Ook is een persoonlijk belang van de Bestuurder bij de selectieve betaling aan Bedrijf 2 aannemelijk. Ten tijde van de betaling was immers bekend dat de activiteiten van Bedrijf 1 zouden worden beëindigd maar dat die van de financieel gezonde zuster vennootschap Bedrijf 2 werden gecontinueerd.

De rechtbank concludeert dat de Bestuurder jegens Wind onrechtmatig heeft gehandeld door Bedrijf 1 selectieve betalingen te laten doen. De Bestuurder is op grond van artikel 6:162 BW verplicht om de daardoor geleden schade aan Wind te vergoeden.

I.L. Fokkema, april 2024

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 06-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2024:1139

Zaaknummer: 417437

Rechters: M.S.T. Belt

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

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Rookie B.V./ABC Hekwerk Participatie B.V. c.s.

In deze procedure gaat het kort gezegd om een (buitengerechtelijk) vernietigde (ver)koopovereenkomst van aandelen wegens dwaling. Centraal staat de vraag wat de gevolgen van een geslaagd beroep op dwaling ex artikel 3:53 lid 2 BW zijn. De Hoge Raad overweegt dat de enkele omstandigheid dat de aandelen zijn overgedragen, nog niet maakt dat de reeds ingetreden gevolgen van de aandelen(ver)koopovereenkomst bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Verder overweegt de Hoge Raad dat een partij als gevolg van het ontzeggen van de werking aan de vernietiging onbillijk kan worden beoordeeld en dat een zodanige beoordeling (voldoende) kenbaar aan het oordeel van de rechtsprekende instantie ten grondslag moet worden gelegd.

Feiten

Rookie B.V. ('Rookie') was enig aandeelhouder en bestuurder van Euro Barrier B.V. ('Euro Barrier'), een bedrijf dat onder meer slagbomen maakte. Euro Barrier was een leverancier van Promis Security Systems B.V. ('PSS'), een bedrijf van ABC Hekwerk Participatie B.V. ('ABC Hekwerk').

Rookie en ABC Hekwerk hebben in 2012 een *letter of intent* ondertekend voor de overname van de aandelen in PSS door Rookie en in datzelfde jaar hebben zij een koopovereenkomst gesloten en zijn de aandelen in PSS geleverd door ABC Hekwerk aan Rookie. De koopovereenkomst bevat onder meer een balansgarantie, waarvan de strekking is dat de overnamebalans getrouw en stelselmatig de grootte en samenstelling van het vermogen en het resultaat weergeeft.

Op enig moment ontstaat onmin tussen Rookie en ABC Hekwerk. Zo sprak de accountant van Rookie ABC Hekwerk bijvoorbeeld aan op een aantal mogelijke onregelmatigheden in de

cijfers met betrekking tot de post onderhanden projecten. Uiteindelijk wordt PSS, en ook Euro Barrier, in staat van faillissement verklaard en wordt een doorstart van deze bedrijven mogelijk gemaakt door B&G Hekwerk B.V., een belangrijke concurrent van ABC Hekwerk.

Vorderingen

Rookie vordert in deze procedure:

- primair een verklaring voor recht over dwaling bij het aangaan van de koopovereenkomst en over de vernietiging van de koopovereenkomst, en veroordeling van ABC Hekwerk tot terugbetaling van de koopprijs; en
- subsidiair voor recht te verklaren dat ABC Hekwerk is tekortgeschoten als gevolg van de schending van de balansgarantie en ABC Hekwerk en haar bestuurder ('ABC Hekwerk c.s.') hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding van de schade.

Oordeel rechtbank en hof

De rechtbank heeft de vordering van Rookie tot vernietiging van de koopovereenkomst afgewezen. Zij heeft voor recht verklaard dat ABC Hekwerk toerekenbaar is tekortgeschoten door schending van de bij de verkoop van de aandelen PSS gegeven balansgarantie en uit dien hoofde ABC Hekwerk c.s. hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een schadevergoedingsbedrag.

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank gedeeltelijk vernietigd en voor recht verklaard dat Rookie de koopovereenkomst buitengerechtelijk heeft vernietigd op grond van dwaling. Het hof heeft ABC Hekwerk verder veroordeeld om een bepaald schadebedrag te betalen en voor recht verklaard dat Rookie uit hoofde van de koopovereenkomst niets meer aan ABC Hekwerk is verschuldigd.

In een tussenarrest van het hof heeft het over de gevolgen van het geslaagde beroep op dwaling onder meer overwogen dat (i) de vernietiging van de koopovereenkomst in beginsel meebrengt dat ABC Hekwerk de koopprijs moet teruggeven aan Rookie en dat Rookie de aandelen in PSS moet teruggeven aan ABC Hekwerk en dat (ii) Rookie de aandelen nog wel heeft, maar Rookie deze aandelen niet materieel in exact dezelfde staat kan teruggeven, nu de transactie jaren geleden plaatsvond, PSS in staat van faillissement is verklaard en de curator de onderneming van PSS heeft verkocht aan een doorstarter. Het hof concludeerde in het tussenarrest dat de aandelenoverdracht – een reeds ingetreden gevolg van de vernietigde rechtshandeling – derhalve bezwaarlijk ongedaan kan worden gemaakt. Tegen deze overwegingen richt zich het eerste cassatiemiddel dat hierna wordt besproken.

Het hof heeft verder met zoveel woorden in het tussen- en eindarrest overwogen dat een beroep van ABC Hekwerk op artikel 3:53 lid 2 BW (vergoeding ter voorkoming van onbillijke bevoordeling) als verweer tegen de door Rookie gevorderde terugbetaling van de koopprijs toewijsbaar is tot een bedrag gelijk aan een kwart van de koopprijs, nadat de koopprijs is verminderd met de correctie in verband met de dwaling. Het hof heeft hiermee tot uitdrukking gebracht dat de verkoper ABC Hekwerk verantwoordelijk is voor de dwaling, de onjuiste inlichtingen en in zeer belangrijke mate voor het stroeve verloop van de samenwerking met Rookie, maar ook dat Rookie zelf enige rol heeft gespeeld in de deconfiture van PSS. Het tweede cassatiemiddel dat hierna wordt besproken richt zich tegen deze overwegingen.

Oordeel Hoge Raad

Een cassatiemiddel klaagt onder meer dat het oordeel dat de aandelenoverdracht bezwaarlijk ongedaan kan worden gemaakt, onjuist of onbegrijpelijk is. Deze klachten slagen en de Hoge Raad overweegt in dat kader dat:

- indien als gevolg van de vernietiging van een overeenkomst van koop van aandelen de titel aan de overdracht komt te ontvallen, die aandelen het vermogen van de verkoper niet hebben verlaten;
- de rechter in zo'n geval op grond van de eerste zinsnede van artikel 3:53 lid 2 BW desgevraagd aan de vernietiging geheel of ten dele haar werking kan ontfeggen, indien de reeds ingetreden gevolgen van de overeenkomst van koop van aandelen bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden; en
- de enkele omstandigheid dat de aandelen zijn overgedragen, nog niet de hiervoor bedoelde bezwaarlijkheid meebrengt (en indien het hof dit heeft miskend, geeft zijn oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting en indien het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel dat de aandelenoverdracht bezwaarlijk ongedaan kan worden gemaakt zonder nadere, door het hof niet gegeven, toelichting niet begrijpelijk, aldus de Hoge Raad).

Verder wordt als cassatiemiddel aangevoerd dat het oordeel dat benadeling aan de zijde van ABC Hekwerk c.s. een grond kan zijn voor een geslaagd beroep op artikel 3:53 lid 2 BW, onjuist en onbegrijpelijk is. De hierop gerichte klachten slagen eveneens. De Hoge Raad overweegt daartoe dat de laatste zinsnede van artikel 3:53 lid 2 BW kan worden toegepast als de rechter wegens het bezwaarlijk ongedaan kunnen maken van de gevolgen van een rechtshandeling aan de vernietiging van die rechtshandeling geheel of ten dele haar werking ontfeggt, en een partij als gevolg van het ontfeggen van de werking aan de vernietiging onbillijk wordt beoordeeld. Het hof heeft echter zodanige bevoordeling van Rookie niet (kenbaar) aan zijn

bedoelde oordeel ten grondslag gelegd. Aldus heeft het hof hetzij blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd.

De Hoge Raad vernietigt de arresten van het hof en verwijst het geding naar het hof Arnhem-Leeuwarden voor de verdere behandeling en beslissing.

M.J. van de Graaf, april 2024

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-02-2024

ECLI: ECLI:NL:HR:2024:208

Zaaknummer: 22/03868

Rechters: M.J. Kroeze, T.H. Tanja-van den Broek, C.H. Sieburgh, A.E.B. ter Heide en F.R. Salomons

Advocaten: N.E. Groeneveld-Tijssens en D.M. de Knijff

Wetsartikelen: 3:53 BW

RECHTSPRAAK

Enquête FM1 Invest Germany B.V. (II)

De OK weigert een OK-bestuurder te ontslaan en eerdere voorzieningen ongedaan te maken, na een dienovereenkomstig verzoek van een aandeelhouder. De hoge drempel die geldt voor ontslag van een OK-bestuurder wordt bij lange na niet gehaald. In plaats daarvan treft de OK voorzieningen die ervoor moeten zorgen dat voornoemde aandeelhouder niet langer het werk van de OK-bestuurder en een (indirect) door haar benoemde functionaris binnen de (buitenlandse) groep kan frustreren. Onder de gewraakte handelswijze valt ook de handelswijze van een aan de aandeelhouder gelieerde bestuurder van buitenlandse dochtermaatschappijen.

De partijen

FM1 Invest Germany B.V. ('FM 1') staat aan het hoofd van een groep Duitse (personen)vennootschappen die zich bezighouden met het beleggen in en het beheren van onroerend goed in Duitsland. FM1 is een joint venture tussen [A] en M.H.R. 1 Investments Management Ltd ('MHR1'). [C] is bestuurder van MHR1 en zijn broer, [B], is bestuurder van diverse Duitse dochtermaatschappijen van FM1 (MHR1 en [B] tezamen: 'MHR1 c.s.').

De achtergrond van het geschil

Tussen partijen is een patstelling ontstaan door onder meer (verdenkingen) van onregelmatigheden richting [A] en diverse (daarmee verband houdende) procedures in Duitsland. De OK heeft op verzoek van [A] bij beschikking van 20 juli 2023 (zie OR 2023-0202) een onderzoek bevolen naar het beleid en gang van zaken van FM1. Daarbij is bovendien een onafhankelijk bestuurder (de 'OK-bestuurder') benoemd en zijn de aandelen van [A] én MHR1 ten titel van beheer overgedragen aan een beheerder van aandelen (de 'OK-beheerder'). Het onderzoek is aangehouden.

Feitelijke gang van zaken

FM1 en de Duitse groepsmaatschappijen verkeren in financiële problemen en de groep is onder leiding van de OK-bestuurder doende (een deel van) haar vastgoedportefeuille te liquideren. De OK-bestuurder heeft door gebruikmaking van de aandeelhoudersbevoegdheden van FM1 ervoor gezorgd dat het bestuur van de (indirecte) Duitse dochtermaatschappijen van FM1 bestaat uit [A] en [B], die ieder slechts tot vertegenwoordiging bevoegd zijn samen met een nieuwe bestuurder, [E]. Daartegen verzet MHR1 c.s. zich hevig. Zij start diverse (kort geding) procedures in Duitsland en maakt bezwaren tegen de benoeming bij het handelsregister in Duitsland en de banken. Het handelsregister houdt inschrijving van [E] aan totdat daarover in een Duitse bodemprocedure is beslist. De banken accepteren enkel betalingen op verzoek van alle bestuurders. Hierdoor kunnen de OK-bestuurder en [E] niet worden betaald. [E] dreigt op te stappen. MHR1 uit ook kritiek op de OK-bestuurder dat hij [A] niet ontslaat, ondanks de onregelmatigheden die volgens FM1 hebben plaatsgevonden, en dat hij MHR1 niet tijdig informeert.

Verzoeken

MHR1 verzoekt de OK (i) om de OK-bestuurder te ontslaan en [B] samen met een nieuwe onafhankelijke bestuurder te benoemen als bestuurders van FM1 en (ii) diverse besluiten rondom benoeming van [E] en inperking van bevoegdheden van [B] bij de Duitse dochtermaatschappijen te vernietigen. FM1 en de OK-bestuurder vragen de OK diverse geboden en verboden op te leggen jegens MHR1 c.s. en [C] in verband met hun pogingen (in de ogen van FM1 en de OK-bestuurder) het werk van de OK-bestuurder en [E] te frustreren.

Beslissing OK

Ten aanzien van de verzoeken van MHR1 stelt de OK voorop dat (i) aan de benoeming van de tijdelijke bestuurder een billijke afweging van belangen ten grondslag heeft gelegen, (ii) de noodzaak van die benoeming voldoende is gebleken, en (iii) het niet aan de OK maar aan de benoemde tijdelijke bestuurder is om zijn functie binnen de grenzen van zijn taken en bevoegdheden te vervullen. Voor toewijzing van het verzoek is veelal slechts plaats als de door de OK benoemde tijdelijke bestuurder kennelijk onredelijk heeft gehandeld of, naar redelijkerwijs valt te verwachten, kennelijk onredelijk zal handelen. Bij de beoordeling van het handelen speelt een rol dat inherent aan de benoeming van een tijdelijke bestuurder is dat de omstandigheden waaronder die zijn/haar taken moet vervullen, conflictueus zijn.

Bovenstaande hoge drempel wordt volgens de OK bij lange na niet gehaald. Benoeming van E wordt alleszins begrijpelijk geacht, ondanks de bezwaren van MHR1. De beslissing om [A] niet te ontslaan, gelet op zijn kennis van de te liquideren vermogensbestanddelen, wordt eveneens begrijpelijk geacht. Ook de overige verzoeken van MHR1 worden afgewezen.

Gelet op de handelswijze van MHR1 c.s. en [C], treft de OK enkele aanvullende voorzieningen zoals verzocht door FM1 en de OK|bestuurder. De grondslag hiervoor is dat de handelswijze van MHR1 c.s. en [C] in strijd is met artikel 2:8 lid 1 BW (vgl. HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283 (*Funda*), r.o. 3.7). Daaronder valt volgens de OK ook het handelen van [B] in zijn hoedanigheid als bestuurder van Duitse dochtermaatschappijen, omdat zijn rol niet los kan worden gezien van de rol van MHR1 als joint venture partner en de plicht van MHR1 in overeenstemming te handelen met artikel 2:8 lid 1 BW. De gewraakte handelingen maken het effectief optreden van de OK-bestuurder en OK-beheerder onmogelijk. Gelet daarop bepaalt de OK dat MHR1 c.s. en [C] geen contractuele wederpartijen van de Duitse groepsmaatschappijen (waaronder de banken) mogen benaderen en aan de reeds benaderde partijen een rectificatie moeten sturen. Verder moet [B] het Duitse handelsregister verzoeken [E] in te schrijven als bestuurder en mogen MHR1 c.s. en [C] de bevoegdheden van de OK-bestuurder niet (meer) in twijfel trekken. Een en ander op straffe van het verbeuren van aanzienlijke dwangsommen bij overtreding respectievelijk niet voldoen.

B.J. Hermans, april 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 06-12-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:3507

Zaaknummer: 200.327.158/02 OK

Rechters: A.P. Wessels, C.C. Meijer, M.A.M. Vaessen, P.G. Bouwmeester en G. Boon

Advocaten: B.C. Elion, M.W.E. Evers, D.L.M. van Leeuwen, E.J. Bijleveld, H.J. ter Meulen, M. van Riet, M.A.L.M. Willems, M.A. van der Hoeven en W.J.T. Ursem

Wetsartikelen: 2:8 BW en 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Curator slaagt niet in bewijs dat iemand feitelijk beleidsbepaler was van een vennootschap

De curator is in een eerder tussenvonnis in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat gedaagde feitelijk beleidsbepaler was van een failliete vennootschap. Op basis van diverse schriftelijke en mondelinge verklaringen en op basis van in het geding gebrachte stukken oordeelt de rechtbank in dit eindvonnis dat de curator niet is geslaagd in het leveren van dit bewijs.

In deze procedure is een natuurlijk persoon op grond van artikel 2:248 BW als feitelijke beleidsbepaler aansprakelijk gesteld door de curator van een failliete vennootschap. In een tussenvonnis (OR 2023-0100) heeft de rechtbank de curator toegelaten nader bewijs te leveren dat Gedaagde kan worden gekwalificeerd als feitelijke beleidsbepaler. Hiervoor achtte de rechtbank met name van belang (i) of de vennootschap in de relevante periode al dan niet activiteiten in de handel met groenten en fruit heeft ontplooid, (ii) of de arbeidsovereenkomst die is gesloten met Gedaagde gefingeerd is in de zin dat het nimmer de bedoeling is geweest dat Gedaagde tegen het overeengekomen loon daadwerkelijk arbeid zou gaan verrichten en dat Gedaagde in werkelijkheid dan ook geen noemenswaardige arbeidsprestatie heeft geleverd en (iii) of Gedaagde het economisch beleid van de vennootschap heeft bepaald en daartoe kon beschikken over de bankrekeningen van de vennootschap.

De vraag is of Gedaagde aan de touwtjes trok bij de failliete vennootschap, danwel ene 'Naam 1', die sinds 7 augustus 2018 enig aandeelhouder en bestuurder was van de vennootschap. Naam 1 heeft onder meer verklaard dat de vennootschap vanaf 7 augustus 2018 geen groente en fruit heeft verhandeld. Ook zou hij geen controle hebben gehad over het doen en laten van de vennootschap. De stellingen van Naam 1 zijn in strijd met een aantal schriftelijke verklaringen en een mondelinge verklaring waaruit volgt dat Naam 1 wel degelijk zou hebben gehandeld in groente en fruit. Hij zou kramen exploiteren op de markt in Den Haag en Gedaagde zou zijn werknemer zijn. Gedaagde heeft onder meer facturen van de vennootschap en e-mails die Naam 1 namens de vennootschap zou hebben gestuurd in het

geding gebracht. Naam 1 zou met name contant betalen en betaald worden.

De curator heeft Gedaagde ook verweten dat hij op kosten van de vennootschap zijn woning heeft laten verbouwen. Ook hiertegen zijn verklaringen ingebracht. Volgens deze verklaringen zou Naam 1 voor diverse personen verbouwwerkzaamheden verrichten en gereedschappen te koop hebben aangeboden. Iemand, die Gedaagde kende als werknemer van Naam 1, heeft verklaard dat hij had gezien dat Gedaagde contant betaalde aan Naam 1 voor de werkzaamheden die werden verricht aan het huis van Gedaagde.

De curator heeft voorts schermafdrucken in het geding gebracht waarop WhatsApp of sms-gesprekken tussen Naam 1 en Gedaagde zouden staan. Gedaagde heeft betwist dat hij deelnemer was aan deze gesprekken. Het telefoonnummer dat aan hem werd toegeschreven, zou van Naam 1 zijn geweest. In het geding zijn verklaringen en schermafbeeldingen overgelegd waaruit zou volgen dat het telefoonnummer inderdaad van Naam 1 zou zijn.

De rechtbank oordeelt dat de curator niet is geslaagd in het leveren van bewijs dat Gedaagde feitelijk beleidsbepaler was van de vennootschap. Weliswaar is niet ondenkbaar dat ingebrachte stukken zijn vervalst, maar dat dit daadwerkelijk is gebeurd heeft de curator onvoldoende aannemelijk gemaakt. Een mondelinge verklaring die is afgelegd door een getuige is in strijd met de door hem afgelegde schriftelijke verklaring, maar daarmee staan de stellingen van de curator nog niet vast. De rechtbank erkent verder dat het erg makkelijk is om de naam van een contactpersoon in een telefoon te wijzigen, maar het manipuleren van gesprekken die zouden hebben plaatsgevonden via WhatsApp of sms is ook mogelijk. Al met al is niet goed te achterhalen of de stellingen van Gedaagde juist zijn, maar op de curator rust het bewijs van haar stellingen. Omdat zij hierin niet is geslaagd, worden de door haar ingestelde vorderingen afgewezen.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 13-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:21197

Zaaknummer: C-09-612756 - HAZA 21-504

Rechters: M.A. van de Laarschot

Advocaten: S.M.M. Hasham en N. Claassen

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

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

Een indirect bestuurder is eerder door de rechtbank veroordeeld tot betaling van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. Op vordering van de curator wordt in deze uitspraak daarnaast een civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd voor de duur van vijf jaar.

Een curator heeft de (indirect) bestuurder ('de bestuurder') van twee failliete vennootschappen aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW en een bestuursverbod gevorderd voor de duur van vijf jaar op grond van artikel 106a Fw. In een tussenvonnis (OR 2023-0225) heeft de rechtbank geoordeeld dat de bestuurder aansprakelijk is voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. De rechtbank heeft de curator opgedragen haar te informeren over de vraag of de bestuurder ook van andere rechtspersonen bestuurder of commissaris is.

De curator heeft bij akte gesteld dat de bestuurder alleen nog bestuurder is van de mede in rechte betrokken directe bestuurder van de failliete vennootschappen en van Totaaloplossing B.V. Deze laatste bv was failliet en het faillissement bevindt zich in de eindfase. De rechtbank heeft door raadpleging van het centraal insolventieregister geconstateerd dat het faillissement van Totaaloplossing B.V. inmiddels is opgeheven bij gebrek aan baten. Deze vennootschap bestaat daarom niet meer, zodat het geven van een zienswijze door deze vennootschap niet aan de orde is.

De rechtbank legt een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar, omdat is voldaan aan de voorwaarde van artikel 106a lid 1 aanhef en onder a Fw. De rechtbank overweegt dat het op de weg van de curator ligt om de rechtbank op de hoogte te stellen als het vonnis onherroepelijk is geworden, zodat de griffier de uitspraak kan aanbieden aan de Kamer van Koophandel ter uitschrijving van de bestuurder uit het handelsregister en ter registratie van het bestuursverbod (art. 106b lid 3 Fw). Tegen de gevorderde dwangsom (art. 106b lid 5 BW) is geen verweer gevoerd, zodat deze wordt toegewezen.

Vanwege de toestand van de boedel wordt het vonnis op verzoek van de bestuurder ten aanzien van de veroordeling tot betaling van (een voorschot op) het boedeltekort niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

H.J. de Kloe, maart 2024

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-02-2024

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2024:1678

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

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

Advocaten: J. Smael en A.C. Hansen

Wetsartikelen: 2:248 BW, 106a Fw en 106b Fw

RECHTSPRAAK

Voormalig manager van failliete apotheek kwalificeert als statutair bestuurder noch als feitelijk beleidsbepaler

In een vrijwaringszaak wil een bestuurder van een failliete apotheek, die in een eerdere uitspraak aansprakelijk is gehouden voor het boedeltekort, de voormalig manager mede hoofdelijk aansprakelijk stellen. De voormalig manager kan volgens de rechtbank echter niet worden gekwalificeerd als statutair bestuurder op grond van artikel 2:242 BW en heeft geen werkzaamheden verricht die buiten de verantwoordelijkheden van zijn functie vielen. Zijn handelingen zijn daarnaast ook niet als onrechtmatig aan te merken.

Inleiding

Deze procedure is een vrijwaringszaak en hangt samen met ECLI:NL:RBMNE:2023:6245, OR 2023-0251. In deze uitspraak oordeelde de rechtbank dat de (rechtspersoon-bestuurder en zijn) bestuurder van failliet, die tevens feitelijk beleidsbepaler was ('eiser'), zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, waardoor hij op grond van artikel 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk is voor het deels door hem veroorzaakte faillissement.

In deze procedure wil de eiser de voormalig manager (in de uitspraak de 'beherend apotheker' genoemd) mede hoofdelijk aansprakelijk stellen voor het faillissementstekort. Volgens eiser was de manager statutair bestuurder en/of feitelijk beleidsbepaler. Hiernaast zou de manager ook onrechtmatig hebben gehandeld tegenover eiser en de apotheek. De rechtbank wijst de vorderingen af.

Statutair bestuurder?

Volgens eiser was de manager statutair bestuurder, omdat hij in die hoedanigheid was ingeschreven bij de Kamer van Koophandel. De rechtbank oordeelt echter anders. De manager is nooit door de algemene vergadering benoemd tot statutair directeur, wat op grond van artikel 2:242 BW wel is vereist. Volgens de manager was de reden van zijn inschrijving dat hij

anders geen toegang had tot een online portaal dat nodig was voor de uitvoering van zijn taken. Bovendien had eiser eerder in een brief gesteld dat de manager nooit statutair bestuurder van de apotheek is geweest.

Feitelijk beleidsbepaler?

De manager kan ook niet worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler, aldus de rechtbank. Om als feitelijk beleidsbepaler gekwalificeerd te worden, dient diegene zich ten minste een deel van de bevoegdheden van het bestuur te hebben toegeëigend op zo'n manier dat de feitelijk beleidsbepaler het beleid van de vennootschap op bepaalde punten (mede) heeft bepaald. De door eiser opgesomde werkzaamheden vielen onder de werkzaamheden en verantwoordelijkheden van de manager, als omschreven in zijn arbeidsovereenkomst en het Professioneel Statuut dat daarbij hoorde. De manager heeft er juist op gelet dat hij zijn bevoegdheden niet overschreed, door bijvoorbeeld de jaarstukken van de apotheek niet te publiceren.

Hiernaast heeft de manager ruim € 200.000 aan privégeld betaald aan de medicijnleverancier van de apotheek, wat hij volgens eiser niet had mogen doen. Volgens de manager was dit om de continuïteit van de apotheek te waarborgen, wat wordt betwist door de eiser omdat hij een betalingsregeling zou hebben met de leverancier en zekerheden zou hebben verstrekt. De rechtbank oordeelt echter dat de manager deze betaling heeft mogen doen, omdat het niet voor de hand zou liggen dat de manager privégeld in de apotheek zou stoppen als dat niet strikt noodzakelijk was om de apotheek in leven te houden. Bovendien zijn de zekerheden pas anderhalf jaar na de betaling verstrekt aan de leverancier.

Ten slotte zou de manager volgens eiser moeten kwalificeren als feitelijk beleidsbepaler omdat de manager namens de apotheek een kwijtscheldingsovereenkomst heeft ondertekenend. Ook dit argument slaagt niet. Dit ging om het kwijtschelden van een vordering op eiser. Volgens de manager is dit gebeurd met het oog op een potentiële overname van de apotheek door de manager, om te voorkomen dat eiser met een grote schuld zou achterblijven. Daarnaast heeft eiser deze overeenkomst zelf ondertekend als statutair bestuurder van de apotheek. Daarmee heeft hij zelf deze handeling onderschreven.

Onrechtmatige daad?

Eiser stelt ook dat de manager onrechtmatig heeft gehandeld tegenover hem en de apotheek. De rechtbank verwerpt dat de bovenstaande handelingen onrechtmatig zijn. Daarnaast verwijt eiser de manager dat deze onrechtmatig heeft gehandeld door de administratie van de apotheek uit te besteden aan een aan hem gelieerd extern bedrijf ('het bedrijf'). Het is echter niet gebleken dat het bedrijf de administratie onvoldoende heeft bijgehouden. In het geval dat

dit wel zo zou zijn, is het bedrijf primair aansprakelijk en niet de manager.

Alle vorderingen worden dus afgewezen. De conclusie is dat de manager niet kan worden aangemerkt als statutair bestuurder en/of feitelijk beleidsbepaler en dat hij niet onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de eiser en de apotheek.

A.L.M. van Rooij, april 2024

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:1594

Zaaknummer: C/16/542073 / HA ZA 22-402

Rechters: A.A.T. van Rens, G. Konings en J.R. Hurenkamp

Advocaten: J. Duijzings

Wetsartikelen: 2:248 BW, 6:162 BW en 2:242 BW

RECHTSPRAAK

Geturboliquideerde vennootschap wordt niet failliet verklaard omdat onvoldoende is gebleken van een potentiële bate

Een schuldeiser verzoekt om de faillietverklaring van een geturboliquideerde vennootschap. De vennootschap heeft in de faillissementsprocedure duidelijk gemaakt hoe haar actief te gelde is gemaakt en hoe de opbrengst is verdeeld. Ook heeft zij de aanvrager van het faillissement inzage gegeven in de administratie. Desondanks heeft verzoekster haar stellingen dat de vennootschap een bate heeft uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid, niet nader onderbouwd. De rechtbank wijst daarom het faillissementsverzoek af.

Een schuldeiser verzoekt om de faillietverklaring van een geturboliquideerde vennootschap. Naar de mening van verzoekster zijn de jaarrekeningen over 2018 tot en met 2022 te laat gedeponneerd en is de administratieplicht geschonden, zodat sprake is van een bate uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Ook zou sprake zijn van selectieve betalingen. Uit de eindbalans van 31 december 2022 volgt dat er activa zijn ter hoogte van € 132.216, terwijl de activa op 31 augustus 2023 nihil zijn.

De vennootschap stelt dat zij in de problemen is gekomen door de coronapandemie. De vennootschap heeft geprobeerd een buitengerechtelijk akkoord te sluiten met haar schuldeisers, maar dat is haar niet gelukt. Daarom heeft zij haar activa verkocht en de opbrengst uitgekeerd aan haar adviseurs en haar preferente schuldeisers, de Belastingdienst en een werknemer. Daarna is de vennootschap ontbonden.

De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af, omdat niet aannemelijk is geworden dat de vennootschap nog baten heeft. Uit aangeleverde stukken blijkt hoe de activa te gelde zijn gemaakt en hoe de opbrengst is verdeeld. Het verschil in actief op 31 december 2022 en 31 augustus 2023 is te verklaren door een verschil tussen de boekwaarde en de liquidatiewaarde. Tijdens de faillissementsprocedure heeft verzoekster inzage gekregen in de

boekhouding van de vennootschap. Desondanks heeft verzoekster haar standpunt dat selectief zou zijn betaald niet nader onderbouwd. Ook de stelling dat de administratieplicht en deponeringsplicht zijn geschonden, is niet nader onderbouwd. Daardoor is onvoldoende van een potentiële bate gebleken.

H.J. de Kloe, april 2024

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-03-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:1739

Zaaknummer: C/16/567854 / FT RK 23/1147

Rechters: G. Konings

Advocaten: V.T. Acar en E.R.P. von Hegedus

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Stromanconstructie waardoor inkomsten aan de boedel van de gefailleerde zijn onttrokken?

Een curator stelt de werkgever van een gefailleerde natuurlijk persoon aansprakelijk omdat de werkgever als stroman zou hebben gefungeerd door een bv op te richten waarmee gefailleerde inkomsten zou hebben gegenereerd die buiten de faillissementsboedel zouden zijn gebleven. Voor de aansprakelijkheid van de werkgever zijn twee grondslagen: aansprakelijkheid als bestuurder van de bv die formeel werkgever is en/of aansprakelijkheid in privéhoedanigheid. In onderhavig geval kan geen van beide door het hof worden vastgesteld. De vorderingen van de curator worden afgewezen.

Feiten en vorderingen

Deze uitspraak betreft een geschil tussen de curator van een natuurlijk persoon en de werkgever van de gefailleerde. Na de faillietverklaring is gefailleerde voor 10 uur per week (met medeweten van de curator) in loondienst gaan werken bij werkgever.

De gefailleerde is een natuurlijk persoon die handelde in paarden. De curator stelt dat de werkgever als stroman heeft gefungeerd door een bv op te richten en gefailleerde daarmee in dienst te nemen. Op die manier zou de werkgever hebben gefaciliteerd dat gefailleerde door kon gaan met zijn werk in de paardenhandel, zonder de opbrengst af te dragen aan de boedel.

Voor de aansprakelijkheid van de werkgever zijn twee grondslagen aangevoerd: aansprakelijkheid als bestuurder van de bv die formeel werkgever is en/of aansprakelijkheid in privéhoedanigheid.

Oordeel

Het hof oordeelt dat de curator te weinig heeft aangevoerd om te kunnen concluderen dat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Hij heeft niets aangevoerd over de verzwaarde

maatstaf voor aansprakelijkheid als bestuurder en ook de gestelde feiten en omstandigheden zijn onvoldoende om op basis daarvan bestuurdersaansprakelijkheid aan te nemen. Die feiten en omstandigheden zijn ook onvoldoende om privéaansprakelijkheid (waarvoor de zwaardere maatstaf niet geldt) van de werkgever aan te nemen.

Niet is gebleken dat gefailleerde feitelijk leiding gaf aan de bv van de werkgever. Weliswaar speelde gefailleerde vanwege zijn kennis en ervaring een belangrijke rol bij de voorbereiding van transacties, maar het is niet bewezen dat gefailleerde de uiteindelijke beslissing tot aan- en verkoop van de paarden nam. Evenmin is gebleken dat gefailleerde feitelijk veel meer uren werkte dan hij betaald kreeg. Bovendien zijn de argumenten die de curator heeft aangevoerd innerlijk tegenstrijdig. Enerzijds stelt de curator dat gefailleerde (via de bv) voor eigen rekening en risico de paardenhandel zou hebben voortgezet en aldus ook de inkomsten daarvan zou hebben genoten, maar anderzijds stelt de curator dat de koopsom voor het als voorbeeld genomen paard bij de werkgever is terechtgekomen. Dit lijkt elkaar uit te sluiten. Gebleken is dat de opbrengst van het desbetreffende paard is betaald aan de bv en niet aan gefailleerde. Gefailleerde kon niet zelf over de bankrekeningen van de bv beschikken; daarvoor is hij afhankelijk van de werkgever. Hoewel aan het voorgaande niet afdoet dat gefailleerde 'stevige' bedragen meekreeg voor schimmige transacties, en het hof begrijpt dat de curator daarin aanwijzingen ziet die zijn wantrouwen jegens gefailleerde versterken, volgt daaruit niet dat de werkgever daarbij betrokken was of daarin als stroman een rol heeft gespeeld.

De vorderingen van de curator worden afgewezen.

K.C.S. Meekes, april 2024

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-03-2024

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2024:1816

Zaaknummer: 200.326.388

Rechters: S.M. Evers, J. Sap en G.P. Oosterhoff

Advocaten: F. Kolkman en C.G. Mensink

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Vesteda c.s./Rabobank & curator Megahome

Deze zaak betreft de Megahome-faillissementen. De Hoge Raad oordeelt over drie kwesties. Ten eerste ligt de vraag voor of voor de toepassing van artikel 2:334t lid 2 BW een verbintenis door een partijafpraak ondeelbaar kan worden gemaakt. De Hoge Raad oordeelt van niet: contractuele uitbreiding van het begrip ondeelbare verbintenissen, als bedoeld in artikel 2:334t lid 2 BW, is niet mogelijk. Ten tweede oordeelt de Hoge Raad dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting als het hof bij beoordeling van een beroep op strijd met de redelijkheid en billijkheid, ten aanzien van de verdeling van een executieopbrengst tussen twee schuldeisers, alleen omstandigheden meeweegt die zien op de verhouding tussen een van de schuldeisers en de schuldenaar. Voor de derde kwestie verwijst de Hoge Raad het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch teneinde te onderzoeken of artikel 49 Fw eraan in de weg staat dat een schuldeiser, niet zijnde curator, een paulianavordering instelt tegen de failliet.

Aanleiding

Deze zaak betreft de cassatieprocedure tussen Vesteda c.s. en Rabobank, alsmede de curator in de Megahome-faillissementen. De curator is in cassatie niet verschenen. Zowel Vesteda c.s. als Rabobank hebben financiering verstrekt aan verschillende van de Megahome-vennootschappen. In 2001 sloten Megahome c.s. daartoe een overeenkomst met Vesteda en in 2007 deden zij dat (voor het eerst) met Rabobank. In 2010 is de financiering met Rabobank op initiatief van de bank herzien. Voorafgaand aan de herfinanciering hadden er verschillende juridische fusies en splitsingen plaatsgevonden binnen het Megahome-concern. In de jaren daarna gaat het bergafwaarts met de Megahome-vennootschappen. Rabobank en Vesteda c.s. nemen verhaal op onroerende zaken van Megahome c.s. De executieopbrengst wordt in depot

gestort bij een notaris. De Megahome-vennootschappen failleren uiteindelijk in 2016.

Al in 2012 hebben Vesteda c.s. een dagvaarding uitgebracht waarin op drie onderdelen de vernietiging van de 'nieuwe' financiering van Rabobank aan Megahome c.s. wordt gevorderd op grond van artikel 3:45 BW. Het gaat om (i) de vestiging van nieuwe hypotheekrechten ten gunste van Rabobank, (ii) de aanvaarding van het financieringsaanbod door Megahome c.s. en (iii) een nieuwe leningsovereenkomst, voor zover die ziet op het opnemen van een extra schuldenaar (binnen het Megahome-concern) en op een beding over aanvullende vertragingsrente (bovenop de al geldende rente). Rabobank heeft onder meer betoogd dat Vesteda c.s. vanwege het bepaalde in artikel 49 Fw niet-ontvankelijk zijn. Een vordering op grond van de pauliana zou, vanwege het faillissement, tegen Megahome c.s. slechts kunnen worden ingesteld door de curator, aldus de bank.

Oordeel in eerste en tweede aanleg

De rechtbank heeft de paulianavorderingen van Vesteda c.s. gedeeltelijk toegewezen (zie rb. Overijssel 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3753). Het gerechtshof heeft de vorderingen integraal afgewezen, omdat volgens het hof Megahome c.s. verplicht waren – vanwege de toepasselijke (algemene) bank- en financieringsvoorwaarden – om voldoende zekerheid te stellen en dat die verplichting door de bank ondeelbaar is gemaakt (in de zin van art. 6:6 lid 2 BW) door middel van die voorwaarden. Als gevolg van de splitsingen (en een fusie) waren de betrokken Megahome-vennootschappen voor het geheel aansprakelijk, ex artikel 2:334t lid 2 BW. Daarnaast was volgens het hof geen sprake van verhaalsbenadeling door de herfinanciering. Tot slot oordeelt het hof dat een beroep van Rabobank op de aanvullende rente niet in strijd is met (onder meer) de redelijkheid en billijkheid. Zie hof Arnhem-Leeuwarden 10 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3670 voor het arrest van het hof.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt dit oordeel van het gerechtshof omdat, ten eerste, de regeling van artikel 2:334t lid 2 BW van dwingend recht is, zodat contractuele uitbreiding van het begrip ondeelbare verbintenissen (als bedoeld in art. 2:334t lid 2 BW) niet mogelijk is. Voor de beslissing of een prestatie deelbaar of ondeelbaar is, is uitsluitend de aard van de verbintenis beslissend. Ten tweede oordeelt de Hoge Raad dat de beoordeling, of Rabobank vanwege strijd met de redelijkheid en billijkheid geen beroep toekomt op de aanvullende rente, niet alleen kan worden gebaseerd op omstandigheden die zien op de rechtsverhouding tussen Rabobank en Megahome c.s. (ten tijde van het aangaan van de financiering). Dat had het gerechtshof wel gedaan. Bij de verdeling van de onder de notaris gestorte executieopbrengst is ook de verhouding tussen Rabobank en Vesteda c.s. relevant. Tot slot merkt de Hoge Raad op

dat in cassatie niet kan worden onderzocht of Vesteda c.s. op grond van artikel 49 Fw niet-ontvankelijk zijn in hun paulianavorderingen vanwege het faillissement van Megahome c.s. De Hoge Raad verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch.

R.J.H. Berghuis, april 2024

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 15-03-2024

ECLI: ECLI:NL:HR:2024:429

Zaaknummer: 22/03139

Rechters: M.V. Polak, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en S.J. Schaafsma

Advocaten: R.P. Streng en R.J. van Galen

Wetsartikelen: 49 Fw, 2:334t lid 2 BW, 6:6 BW, 6:2 BW, 3:45 BW en 49 Fw

RECHTSPRAAK

Geschil tussen certificaathouder en bestuurders stak

Eiseres vordert decertificering van alle certificaten door het bestuur van de stak. Partijen zijn verdeeld over de vraag of het bestuur van de stak in de gegeven omstandigheden een discretionaire bevoegdheid had om het verzoek tot decertificering af te wijzen. In navolging van de rechtbank geeft het hof hierop een bevestigend antwoord en komt tot de conclusie dat het bestuur decertificering mocht weigeren. De vorderingen van eiseres worden afgewezen.

Feiten

In 2012 zijn alle aandelen in een holding ter certificering geleverd aan de daartoe opgerichte stak. Na verloop van tijd is eiseres enig houdster geworden van alle certificaten van aandelen in de holding. Daarnaast zijn eiseres en drie anderen toegetreden tot het bestuur van de stak.

De administratievoorwaarden van de stak bepalen ten aanzien van decertificering van de aandelen: *‘Slechts het bestuur van de stichting kan tot gehele of gedeeltelijke decertificering van de aandelen besluiten. Certificaathouders kunnen geen decertificering van de aandelen verlangen, tenzij alle certificaten van aandelen worden gehouden door één persoon (...).’*

Tijdens een bestuursvergadering van de stak heeft eiseres een besluit tot decertificering van de aandelen ter stemming gebracht. De drie andere bestuursleden hebben tegen dit voorstel gestemd. Hierover krijgen eiseres en de andere bestuursleden van de stak een geschil. Kort na de bestuursvergadering heeft de voorzieningenrechter een vordering van eiseres tot meewerken aan decertificering afgewezen.

Eerste aanleg

In eerste aanleg vordert eiseres de bewerkstelling van decertificering van de aandelen. Kort gezegd legt eiseres primair ten grondslag aan haar vordering dat de administratievoorwaarden haar de bevoegdheid geven om decertificering te verlangen en dat het bestuur van de stak gehouden is om daaraan medewerking te verlenen.

De eiseres onderbouwt haar standpunt door te stellen dat het bestuur slechts de formele toets mag uitvoeren of de voorwaarden voor decertificering in vervulling zijn gegaan en dat er geen ruimte is voor een discretionaire bevoegdheid. Het woord '*kan*' in de administratievoorwaarden doet hieraan geen afbreuk, omdat dit woord alleen aangeeft dat het bestuur eenzijdig kan overgaan tot royerling van de certificaten, aldus eiseres. Bovendien spreken de administratievoorwaarden van '*verlangen*' en niet van '*vragen*'.

In het geval er wel een discretionaire bevoegdheid zou bestaan voor het bestuur van de stak, stelt eiseres zich op het subsidiaire standpunt dat de stak haar verzoek alsnog niet kan weigeren omdat de stak – gelet op haar doelstelling – slechts de belangen van de certificaathoudster behoort te dienen.

De rechtbank gaat niet mee in de redenatie van eiseres. Onder verwijzing naar ECLI:NL:GHAMS:2021:2588 oordeelt de rechtbank dat de stak zich, naast haar eigen belang en het belang van de certificaathouder, ook moet vergewissen van andere belangen zoals de continuïteit van de onderliggende onderneming. Hierbij heeft het bestuur een zekere beoordelingsruimte. Een andersluidend oordeel volgt volgens de rechtbank niet uit de tekst van de statuten van de stak.

Hoger beroep

Eiseres gaat in hoger beroep en ageert tegen het oordeel dat het bestuur van de stak niet verplicht is om op verzoek van eiseres tot decertificering over te gaan. Het hof maakt echter korte metten met de grieven en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Daarbij verenigt het hof zich met hetgeen de rechtbank geoordeeld heeft op grond van ECLI:NL:GHAMS:2021:2588, en voegt daaraan het oordeel in ECLI:NL:GHAMS:2018:2640 toe.

Anders dan de rechtbank verwijst het hof expliciet naar het woord '*kan*' in de administratievoorwaarden. Hieruit blijkt volgens het hof dat sprake is van een discretionaire bevoegdheid voor het bestuur van de stak. En waar de rechtbank in het midden liet wat moet worden verstaan onder '*verlangen*', oordeelt het hof dat dit naar algemeen spraakgebruik niet betekent dat ergens aan moet worden voldaan.

Tot slot gaat het hof dieper in op de grenzen van de discretionaire bevoegdheid in de concrete omstandigheden. Hierbij slaat het hof een piketpaaltje door te overwegen dat het bestuur geen *onbegrensde* bevoegdheid toekomt om over te gaan tot decertificering. Het feit dat eiseres houdster is van *alle* certificaten is namelijk in beginsel een belangrijke reden om tot decertificering over te gaan. Sterker, het hof overweegt dat slechts twee redenen bestaan die het bestuur vanuit zijn discretionaire bevoegdheid kan aanwenden om de decertificering af te wijzen:

- indien het motief van de certificering is geweest om zeggenschap van de aandeelhouders ook uit te sluiten als slechts een aandeelhouder alle aandelen houdt; of
- indien decertificering niet verantwoord is in het licht van de continuïteit van de onderneming.

Volgens het hof heeft het bestuur ruimschoots aannemelijk gemaakt dat het belang van de onderneming geschaad zou worden als decertificering zou plaatsvinden.

R.G.J. van den Nieuwenhuijsen, april 2024

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-02-2024

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2024:339

Zaaknummer: 200.319.566/01

Rechters: O.G.H. Milar, E. Loesberg en G.M. Menon

Advocaten: D.M. Lamers en J.J.M.C. Huppertz

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Alychlo B.V./SnowWorld N.V. en overige aandeelhouders

Deze zaak betreft een arrest van de OK inzake de vordering van een meerderheidsaandeelhouder om gedaagden te veroordelen het onbezwaarde recht op de door hen gehouden aandelen in SnowWorld aan de meerderheidsaandeelhouder over te dragen overeenkomstig artikel 2:92a BW. Eiseres vordert primair om de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen op € 10,50 per aandeel en verwijst ter onderbouwing naar een opgesteld waarderingsrapport. Eiseres vordert subsidiair om de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen in euro's op een door de OK te bepalen peildatum, en om eiseres te veroordelen de vastgestelde prijs te betalen aan de gedaagden tegen levering van het onbezwaarde recht op de aandelen. De OK oordeelt dat de vordering van eiseres tot overdracht van de aandelen kan worden toegewezen en dat de prijs voor de over te dragen aandelen vastgesteld moet worden. De OK oordeelt dat het opgestelde waarderingsrapport daarvoor niet toereikend is en dat een deskundigenbericht van één deskundige over de waarde van de over te dragen aandelen vereist is.

Arrest van de OK inzake de Belgische rechtspersoon Alychlo N.V. (eiseres) ('Alychlo') tegen SnowWorld N.V. ('SnowWorld'), [A], [B] ([A] en [B] hierna gezamenlijk: 'C c.s.') en gezamenlijke, niet bij naam bekende, overige houders van aandelen in het geplaatste kapitaal van SnowWorld (hierna gezamenlijk: 'Gedaagden').

Het verloop van het geding

Alychlo heeft C c.s. en Gedaagden gedagvaard en onder meer gevorderd hen bij arrest te veroordelen het onbezwaarde recht op de door hen gehouden aandelen in SnowWorld aan Alychlo over te dragen overeenkomstig artikel 2:92a BW. Primair heeft Alychlo gevorderd om

de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen op € 10,50 per aandeel, en subsidiair om de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen in euro's op een door de OK te bepalen peildatum en om Alychlo te veroordelen de vastgestelde prijs te betalen aan de Gedaagden tegen levering van het onbezwaarde recht op de aandelen.

SnowWorld heeft zich bij conclusie van antwoord gerefereerd aan het oordeel van de OK.

C c.s., twee minderheidsaandeelhouders van SnowWorld, hebben bij conclusie van antwoord geconcludeerd dat de primaire vordering van Alychlo afgewezen moet worden en voor wat betreft de subsidiaire vordering dat de prijs per aandeel ambtshalve, met behulp van één of drie deskundigen, moet worden vastgesteld, en gevorderd Alychlo te veroordelen in de kosten van de procedure.

De vaststaande feiten

Alychlo is sinds februari 2017 aandeelhouder van SnowWorld. De aandelen in het geplaatste kapitaal van SnowWorld waren tot 1 september 2023 genoteerd aan de effectenbeurs Euronext Amsterdam N.V. In maart 2023 heeft Alychlo haar intentie om een uitkoopprocedure te starten aan het bestuur en de raad van commissarissen van SnowWorld bekend gemaakt. Tijdens de mondelinge behandeling in december 2023 hield Alychlo circa 97,2% van de aandelen in SnowWorld.

De gronden van de beslissing

De OK onderzoekt en oordeelt op grond van artikel 2:92a lid 3 BW ambtshalve dat (i) Alychlo als aandeelhouder voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van SnowWorld houdt en (ii) dat de vordering van Alychlo is ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders. De OK oordeelt dat een afwijzingsgrond op grond van artikel 2:92a lid 4 BW zich niet voordoet. De OK oordeelt dat de vordering van Alychlo tot overdracht van de aandelen kan worden toegewezen en dat de prijs voor de over te dragen aandelen vastgesteld moet worden.

Alychlo vordert primair dat de OK de prijs vaststelt op € 10,50 per aandeel en verwijst ter onderbouwing van deze prijs naar een in haar opdracht door AXECO Corporate Finance B.V ('Axeco') opgesteld waarderingsrapport ('het Waarderingsrapport'). In het Waarderingsrapport concludeert Axeco dat de door Alychlo geboden uitkoopprijs van € 10,50 per aandeel aan de bovenkant ligt van de door haar berekende waarderingsrange. Bij het opstellen van het Waarderingsrapport is uitsluitend gebruik gemaakt van openbare informatie. Later heeft Axeco ook toegang gekregen tot SnowWorlds management en een addendum bij het Waarderingsrapport opgesteld ('het Addendum'). In het Addendum

handhaaft Axeco haar conclusie.

C c.s. stellen dat het Waarderingsrapport onvoldoende grondslag biedt om te kunnen vaststellen dat een prijs van € 10,50 per aandeel een billijke prijs is en verwijzen naar een rapport opgesteld door Match Plan Corporate Finance B.V. ('Match Plan'). Match Plan stelt dat de mate van detaillering en de onderliggende assumpties van de waarderingsanalyse ontoereikend zijn en dat het Waarderingsrapport mogelijk berekeningsfouten, dubbelstellingen en inconsistenties bevat. Match Plan concludeert op basis daarvan dat het Waarderingsrapport onvoldoende grondslag biedt om de prijs van de aandelen in SnowWorld op basis van *fair market value* te kunnen vaststellen en dat de waardering veel hoger had moeten uitvallen dan een uitkoopprijs van € 10,50.

De OK overweegt dat de wetgever in artikel 2:92a BW een regeling heeft getroffen die het een grootaandeelhouder mogelijk maakt in een eenvoudige procedure de andere aandeelhouder(s) uit te kopen en daardoor de overige aandelen te verwerven. Artikel 2:92a lid 5 BW bepaalt dat de rechter de prijs vaststelt die de over te dragen aandelen op een door hem te bepalen dag (de peildatum) hebben. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever ervan is uitgegaan dat aan de uitgekochte aandeelhouder een reële en redelijke vergoeding wordt toegekend. Dit strookt ermee dat op grond van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM de vastgestelde prijs van de over te dragen aandelen gerelateerd aan hun waarde ten minste redelijk moet zijn oftewel '*reasonably related to its value*' (HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1745, rechtsoverweging 3.2).

Op grond van artikel 2:92a lid 5 BW stelt de OK de prijs van de over te dragen aandelen vast en kan zij daartoe zo nodig één of drie deskundigen benoemen. Om te kunnen beoordelen of aan de uitgekochte aandeelhouder een reële en redelijke vergoeding voor zijn aandelen wordt toegekend, verlangt de OK voor de vaststelling van de prijs van de over te dragen aandelen op de peildatum een beredeneerde verklaring van een onafhankelijke waarderingsdeskundige over de waarde van de aandelen per een zo recent mogelijke datum. De OK oordeelt dat het Waarderingsrapport en het Addendum, mede gezien in het licht van de in het rapport van Match Plan genoemde mogelijke tekortkomingen, daarvoor niet toereikend zijn.

De OK concludeert dat een deskundigenbericht van één deskundige over de waarde van de over te dragen aandelen vereist is.

De beslissing

De OK beveelt een onderzoek naar de waarde van de over te dragen aandelen in het geplaatste kapitaal van SnowWorld en verwijst de zaak naar de terechtzitting van de Eerste Enkelvoudige Kamer voor de Behandeling van Burgerlijke Zaken voor indiening van het plan van aanpak en

de begroting door de deskundige.

M.F. de Weerd, april 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-01-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:198

Zaaknummer: 200.327.963/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, W.A.H. Melissen, A.P. Wessels, W. Wind en G.A.J. Dubbeld

Advocaten: J.W. de Groot, R.G.J. de Haan, D.H. Tilanus, T.G.G. Raijmakers, A.R.T. Kroon en J.M. van der Kooij

Wetsartikelen: 2:92a BW