

## Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 24, 2013

Nummer 24, 2013

*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:2013:BZ4096](#) 14-06-2013

A / B

#### Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3126](#) 19-03-2013

Curator BV X / BV A

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2998](#) 26-02-2013

X / Impuls Verzekeringen B.V.

#### Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2626](#) 05-06-2013

Verschillende buitenlandse vennootschappen / X

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2626](#) 05-06-2013

X en AGW Holding / Curator ESBT B.V. en ESC B.V.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3184](#) 22-05-2013

Gallerythema / Wild FM B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2987](#) 22-05-2013

Curator/A, B en C

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2767](#) 08-05-2013

Staton Bouw B.V. / gedaagden

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2961](#) 01-05-2013

X en Y / R en S

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2715](#) 24-04-2013

VEB/SDB

**Antillen**

[Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, ECLI:NL:OGHACMB:2013:CA3152](#) 29-05-2013

M&A Financial Services / TC

## RECHTSPRAAK

### A / B

***Het oordeel van het bestuur van een ontbonden rechtspersoon dat geen baten aanwezig zijn zodat de rechtspersoon is opgehouden te bestaan, is niet alleen in een procedure op grond van artikel 2:23c lid 1 BW of een faillissementsprocedure vatbaar voor toetsing door de rechter, maar ook in andere procedures waarin in geschil is of een ontbonden rechtspersoon over baten beschikt***

A was enig aandeelhouder en bestuurder van Ongo B.V. A dient, op grond van een in kort geding gewezen arrest van het Gerechtshof Arnhem als voorschot op schadevergoeding een bedrag van € 110.000 aan B te betalen. B heeft hiertoe executoriaal beslag laten leggen op de aan A toebehorende aandelen in Ongo. Nadat B beslag had laten leggen en de onderhavige procedure was gestart, heeft A in een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van Ongo besloten tot ontbinding van Ongo met ingang van diezelfde datum.

B heeft in de onderhavige procedure op de voet van artikel 474g Rv verzocht om te bepalen dat, en binnen welke termijn, zal worden overgegaan tot de verkoop van overdracht van de in beslag genomen aandelen, en op welke wijze en onder voorwaarden deze verkoop zal dienen plaats te vinden. A heeft zich tegen de vordering van B verweerd door te stellen dat Ongo op 18 januari 2011 bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders is ontbonden en wegens gebrek aan baten per die datum is opgehouden te bestaan.

De rechtbank heeft A in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat Ongo is ontbonden en dat ten tijde van de ontbinding geen baten bekend waren. De rechtbank heeft bij eindbeschikking het verzoek van B toegewezen. Tegen deze beslissing is A in hoger beroep gegaan. Het hof heeft de beschikkingen van de rechtbank bekrachtigd. Hierbij heeft het hof het standpunt van A verworpen, dat de mogelijkheid dat aandelen worden verkocht van een rechtspersoon waarvan uiteindelijk zou komen vast te staan dat die reeds niet meer bestond, in de weg moet staan aan toewijzing van het op artikel 474 Rv gebaseerde verzoek van B.

A heeft cassatie ingesteld van het arrest van het hof. In onderdeel 3 van het middel klaagt A,

kort gezegd, dat het aan het hof niet vrij stond in de onderhavige procedure het oordeel te toetsen van het bestuur van de ontbonden rechtspersoon Ongo dat ten tijde van haar ontbinding geen baten meer aanwezig waren, zodat zij had opgehouden te bestaan. A heeft zich hierbij op het standpunt gesteld dat het oordeel slechts in een afzonderlijke procedure tot heropening van de vereffening van het vermogen van de rechtspersoon op de voet van artikel 2:23c lid 1 BW moet worden getoetst. Volgens A is dit, onder verwijzing naar HR 27 januari 1995, slechts anders in het geval waarbij een schuldeiser het faillissement heeft aangevraagd van een ontbonden rechtspersoon die bij afwezigheid van onbekende baten had opgehouden te bestaan.

De Hoge Raad oordeelt dat het oordeel van het bestuur van een ontbonden rechtspersoon dat geen baten aanwezig zijn zodat de rechtspersoon is opgehouden te bestaan, vatbaar is voor toetsing door de rechter indien een schuldeiser, stellende dat de rechtspersoon nog baten heeft, diens faillissement aanvraagt. Volgens de Hoge Raad brengt het wettelijk stelsel niet mee dat de rechter het oordeel van het bestuur uitsluitend zou kunnen toetsen in het kader van een procedure tot heropening van de vereffening op de voet van artikel 2:23c BW.

De voornoemde klacht van A faalt derhalve. De Hoge Raad overweegt:

‘Anders dan zij betoogt is het hiervoor in 3.4 aangehaalde arrest van de Hoge Raad (...) niet beperkt tot de aanvragen van een faillissement. Ook in andere procedures waarin in geschil is of een ontbonden rechtspersoon over baten beschikt, kan de rechter het oordeel van het bestuur of de vereffenaar van deze rechtspersoon dat zij geen baten (meer) heeft, op juistheid onderzoeken’.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 14-06-2013

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2013:BZ4096

**Zaaknummer:** 12/03802

**Wetsartikelen:** 2:19 lid 4 en 5 BW, 2:23c lid 1 BW en 474g Rv

## RECHTSPRAAK

### **X en AGW Holding / Curator ESBT B.V. en ESC B.V.**

***Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement. De curator is opgedragen te bewijzen dat een drietal overeenkomsten door de gefailleerde is aangegaan zonder dat het ooit de bedoeling was om die overeenkomsten uit te voeren***

X en AGW Holding B.V. (hierna: AGW Holding) zijn gedaagden in deze zaak. Beide partijen worden door de curator in de faillissementen ESBT B.V. (hierna: ESBT) en ESC B.V. (hierna: ESC) op grond van bestuurdersaansprakelijkheid aansprakelijk gehouden voor geleden en nog te lijden schade in beide faillissementen. In een eerder tussen X en AGW Holding en curator gewezen tussenvonnis d.d. 28 september 2012 wordt de curator opgedragen bewijs te leveren van feiten en/of omstandigheden waaruit kan worden opgemaakt dat X en AGW Holding nimmer uitvoering hebben willen geven aan verschillende, in onderhandse akten neergelegde, overeenkomsten. De curator draagt daartoe een twaalfstal getuigen naar voren, de curator brengt daarnaast verschillende brieven en rapporten in.

De rechtbank maakt uit de verschillende getuigenverklaringen en ingebrachte stukken op dat vast is komen te staan dat Mechanical Services Benelux B.V. (hierna: MSB), een 100% dochter van AGW Holding, geen van de verplichtingen uit de onderhandse akte d.d. 7 december 2005 is nagekomen. Een deel van de activiteiten van ESTB zou door AGW Holding rond deze periode op grond van de onderhandse akte worden gekocht. De bedoeling was dat Nederlandse vakkrachten en de daarbij behorende klanten naar MSB zouden overgaan, deze verplichtingen zijn echter niet nagekomen. X en AGW Holding verklaren de niet-nakoming met een beroep op de ontbinding van de overeenkomst door MSB wegens toerekenbare tekortkoming van ESBT in de nakoming van haar verplichtingen en de onmogelijkheid om die verplichtingen nog na te komen.

Uit dezelfde verklaringen en ingebrachte stukken volgt dat de redengeving voor de ontbinding door MSB van de overeenkomst niet valide is geweest en een voorwendsel was voor het niet-nakomen van de in de brief van 7 december 2007 neergelegde overeenkomst. In combinatie met het achterhouden van een brief voor de bank en de adviseurs van ESBT en ESC, het feit

dat Mechanical Services Benelux B.V. direct forse omzetten behaalde en geen van de in die brief vermelde verplichtingen is nagekomen, kan worden opgemaakt dat X en AGW Holding nimmer uitvoering hebben willen geven aan die overeenkomst. De curator is derhalve in zijn opgedragen bewijslast geslaagd. Hiermee is komen vast te staan dat zowel X als AGW Holding ieder voor zich onrechtmatig hebben gehandeld zoals is overwogen in het eerder gewezen tussenvonnis. De rechtbank verklaart voor recht dat X en AGW Holding toerekenbaar onrechtmatig jegens de curator in het faillissement ESBT B.V. hebben gehandeld, alsmede dat X toerekenbaar onrechtmatig jegens de curator in het faillissement van ESC B.V. heeft gehandeld. Daarnaast veroordeelt de rechtbank X en AGW Holding hoofdelijk om aan de curator in beide faillissementen de schade te vergoeden die deze heeft geleden en nog zal lijden.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 05-06-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:CA2626

**Zaaknummer:** 74510 / HA ZA 08-2160

**Wetsartikelen:** 2:9 BW en 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **Verschillende buitenlandse vennootschappen / X**

#### ***Bestuurdersaansprakelijkheid naar Engels recht (common law) en het recht van St. Vincent en Grenadines. Tort of negligence; Caparo-test; aan het proximity-vereiste is niet voldaan***

Tussen partijen zijn tussenvonnissen d.d. 21 maart 2012 en 11 juli 2012 gewezen. In deze vonnissen is de rechtbank tot de conclusie gekomen dat de vorderingen van eiseressen tegen gedaagde beoordeeld moeten worden naar het recht van Saint Vincent and the Grenadines. De vorderingen van de verschillende buitenlandse ondernemingen, eiseressen in deze zaak, zijn gegrond op onrechtmatig gedrag van X als bestuurder van X B.V. De buitenlandse vennootschappen stellen schade als gevolg van dit gedrag te hebben geleden. Als verantwoordelijk bestuurder voor het onderhoud van schip 1 zou X hebben nagelaten zorg te dragen voor het feit dat het schip in behoorlijke, zeewaardige staat verkeerde toen het schip voor het vervoer van rijst werd ingezet. Daarnaast zou X hebben meegewerkt aan de overdracht van de schepen 2 en 3 voor elk US\$ 1. Met deze transactie zou X opzettelijk hebben bewerkstelligd dat X B.V. geen verhaal meer kon bieden voor de geleden schade van de buitenlandse vennootschappen.

De rechtbank stelt allereerst vast dat het burgerlijk recht in Saint Vincent and the Grenadines is gegrond op het Engelse common law-stelsel. De grondslag van common law die in aanmerking komt om op basis van de gestelde feiten de vordering van eiseressen te dragen is de tort of negligence. Eiseressen vorderen schadevergoeding die naar common law als pure economic loss wordt aangemerkt. Voor aansprakelijkheid van een persoon voor pure economic loss op grond van de tort of negligence dient aan de zogenaamde 'Caparo-test' te zijn voldaan: (i) the harm [of de pure economic loss] must be reasonably foreseeable, (ii) there has to be proximity between the wrongdoer and the party suffering the loss en (iii) imposing a duty of care has to be fair, just and reasonable. Gesteld noch gebleken is dat tussen (een of meer van de) buitenlandse vennootschappen en gedaagde vóór het sluiten van de litigieuze vervoerovereenkomst betreffende de partijen rijst met schip 1 enige proximity of relatie bestond. Het zou dan ook te ver voeren om op X vóór het sluiten van die vervoerovereenkomst een duty of care te doen rusten. Gesteld noch gebleken is dat X persoonlijk betrokken was bij

de totstandkoming van die vervoerovereenkomst, dan wel bij de toetreding daartoe door (een of meer van de) buitenlandse vennootschappen of de uitvoering daarvan door X B.V. Ook op zodanige momenten bestond derhalve geen proximity of relatie tussen X en (een of meer van de) buitenlandse vennootschappen. Daarop stuit het betoog van de buitenlandse vennootschappen af dat X jegens hen aansprakelijk is geworden door zijn verantwoordelijkheden als bestuurder van X B.V. voor de staat en onderhoud van schip 1 niet behoorlijk na te komen. Ten aanzien van de tweede grondslag, het opzettelijk onttrekken van de schepen voor een veel te laag bedrag, oordeelt de rechtbank dat ook hier geen sprake is van proximity, een relatie tussen de buitenlandse vennootschappen als schadelijgende partijen en X als schadeveroorzakend persoon. Daarom kan niet de conclusie getrokken worden dat gedaagde wegens breach of a duty of care ten opzichte van eiseressen aansprakelijk is geworden. De rechtbank wijst de vorderingen af.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 05-06-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:CA2626

**Zaaknummer:** 74510 / HA ZA 08-2160

**Wetsartikelen:** 2:9 BW en 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **M&A Financial Services / TC**

#### ***Enquêteverzoek. Benoeming tijdelijk bestuurder***

Taxand Curaçao (hierna: TC) is een besloten vennootschap naar het recht van Curaçao. In de akte van oprichting werden Muller (enig directeur van M&A) en Brewster (enig directeur van B&B) aangesteld als directeuren van TC. Brewster hield zich bezig met het beheer van de financiën van TC. Vervolgens heeft Muller dit van Brewster overgenomen. Muller heeft in juni 2012 ontslag genomen als directeur. Brewster heeft dit gedaan in augustus 2012. Op de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van augustus 2012 is Bakhuis benoemd tot directeur. Hij heeft ontslag genomen in oktober 2012. Er zijn daarna geen nieuwe bestuurders benoemd. In de akte van oprichting werden Vos en Candal aangesteld als commissarissen. Vos en Candal hebben in oktober 2012 ontslag genomen als commissaris. Er zijn daarna geen nieuwe commissarissen benoemd. TC heeft thans geen bedrijfsactiviteiten meer. M&A heeft per juni 2012 de samenwerking met TC verbroken en haar bedrijfsactiviteiten weer ondergebracht in M&A, terwijl B&B haar bedrijfsactiviteiten heeft ondergebracht in DCTS. Enig directeur van DCTS is Brewster. M&A heeft het Hof een verzoek tot enquête bij TC gedaan, om het wanbeleid van de bestuurder Brewster en de commissarissen Vos en Candal te onderzoeken. M&A heeft vervolgens verzocht als voorlopige voorziening een tijdelijk bestuurder te benoemen.

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie overweegt als volgt.

Zoals het Hof eerder heeft overwogen (Hof 29 juni 2012, LJN BXo42o), stelt het Hof bij de beoordeling van het verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen voorop dat in dit stadium van het geding (voordat op het verzoek tot het doen instellen van een onderzoek is beslist) van deze, in artikel 2:276 BW aan het Hof gegeven bevoegdheid slechts met de nodige terughoudendheid gebruik kan worden gemaakt, indien daartoe – in verband met de toestand van de rechtspersoon (of in het belang van het eventuele onderzoek) – voldoende zwaarwegende redenen bestaan. In de eerste plaats moet daarbij zijn komen vast te staan dat, in dit geval, het belang van M&A en/of het belang van TC vereist dat de desbetreffende voorlopige voorziening(en) wordt of worden getroffen, terwijl tevens voorlopig moet zijn gebleken van gegronde redenen om aan een juist beleid van TC te twijfelen. Voorts zal het Hof

voldoende rekening moeten houden met, en een billijke afweging moeten maken van, de belangen van alle (ook de andere) betrokken partijen.

Het verzoek van M&A om als voorlopige voorziening een tijdelijk bestuurder voor TC aan te stellen is niet op verzet gestuit bij de andere betrokken partijen. Brewster heeft geen bezwaar gemaakt tegen aanstelling van een tijdelijk bestuurder bij TC, met dien verstande dat haar voorkeur uitgaat naar een mediator/vereffenaar. De voormalige commissarissen Vos en Candal zijn van oordeel dat zij buiten het onderhavige verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening staan.

Bij de hiervoor beschreven stand van zaken is naar het voorlopig oordeel van het Hof sprake van gegronde redenen om aan een juist beleid bij TC te twijfelen. De gronden die M&A ten grondslag heeft gelegd aan het verzoek om een tijdelijk bestuurder voor TC aan te stellen, zoals aanwezig geacht, leveren voldoende zwaarwegende redenen op om een voorlopige voorziening te treffen. In het belang van TC en van M&A als minderheidsaandeelhouder acht het Hof aanstelling van een tijdelijk bestuurder geboden. Rekening houdend met het feit dat het onderhavige verzoek van M&A niet op verzet bij de andere betrokken partijen is gestuit, leidt een belangenafweging niet tot een andere uitkomst.

Het Hof merkt nog het volgende op over de taak van de aan te stellen tijdelijk bestuurder. Voorop staat dat in overwegende mate de taak van de tijdelijk bestuurder inhoudt dat hij, op basis van zijn (voorlopige) waardering van de stand van zaken bij TC, besluiten neemt en maatregelen treft gericht op het belang van TC en de met haar verbonden onderneming, dat hem daarbij een ruime beoordelingsmarge toekomt en dat hem daartoe voorts alle in de wet en in de statuten van TC aan een bestuurder toegekende bevoegdheden ter beschikking staan. In de gegeven omstandigheden mag de tijdelijk bestuurder het ook tot zijn taak rekenen om een financiële afwikkeling van het door M&A en B&B aangegane samenwerkingsverband te bewerkstelligen, daaronder begrepen het optreden als vereffenaar van TC.

De slotsom is dat het verzoek van M&A zal worden toegewezen.

---

**Instantie:** Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

**Datum uitspraak:** 29-05-2013

**ECLI:** ECLI:NL:OGHACMB:2013:CA3152

**Zaaknummer:** EJ 62019/2013

**Wetsartikelen:** 3:276 CBW

## RECHTSPRAAK

### **Curator/A, B en C**

#### ***Bestuursaansprakelijkheid in faillissement. Feitelijk mede-beleidsbepaler. Peeters qq/Gatzen-vordering***

De curator vordert hoofdelijke veroordeling van A, B en C tot betaling van het tekort in het faillissement van bedrijf D. Aan zijn vordering legt de curator o.a. ten grondslag dat de bestuurders – zijnde A als (formeel) statutair bestuurder en voorts B en C (vanaf eind 2009) als degenen die het beleid van de vennootschap feitelijk hebben bepaald of mede hebben bepaald als ware zij bestuurders –

hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 2:248 BW. Dit kennelijk onbehoorlijk bestuur is volgens de curator de oorzaak van het faillissement. Ter toelichting hierop voert de curator aan dat jaarrekeningen niet zijn gedeponereerd (hetgeen in strijd is met art. 2:394 BW) en voorts dat de administratie niet voldeed aan de normen van artikel 2:10 BW.

De rechtbank overweegt dat de jaarrekening 2008 uiterlijk 31 januari 2010 gedeponereerd had moeten zijn, hetgeen niet is geschied, zodat aldus sprake is van schending van artikel 2:394 BW. De jaarrekening 2009 had uiterlijk moeten zijn gedeponereerd op 31 januari 2011. Wat betreft de administratieplicht op grond van artikel 2:10 BW geldt dat de curator gemotiveerd heeft aangevoerd dat de papieren administratie niet compleet was. Dit is door A niet dan wel onvoldoende betwist. Aldus heeft A als bestuurder van bedrijf D niet voldaan aan zijn verplichtingen op grond van artikelen 2:394 en 2:10 BW. Als er geen administratie aan de curator kan worden overhandigd, mag de curator er immers van uitgaan dat deze er niet is en deze dus niet behoorlijk is gevoerd in de zin van artikel 2:10 BW, tenzij sprake is van overmacht waarvan niet is gebleken. Naar het oordeel van de rechtbank heeft A niet althans onvoldoende gemotiveerd aangevoerd dat van een onbelangrijk verzuim in de zin van artikel 2:248 lid 2 sprake was. Al het overwogene leidt ertoe dat de vordering ten aanzien van A in principe toewijsbaar is, nu vaststaat dat hij als statutair bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en hij niet het vermoeden heeft kunnen weerleggen dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Hij kan zich niet beroepen op de disculpatiemogelijkheid van artikel 2:248 lid 3 BW. A is derhalve hoofdelijk aansprakelijk voor

het tekort in het faillissement.

De omstandigheden, gezien in onderlinge samenhang, rechtvaardigen de conclusie dat B ingevolge artikel 2:248 lid 7 BW als feitelijk bestuurder moet worden aangemerkt en derhalve gelijkgesteld wordt met de statutair bestuurder. Hetgeen de rechtbank heeft overwogen ten aanzien van het onbehoorlijk bestuur vanwege het niet-deponeren van de jaarrekeningen en voorts schending van de boekhoudplicht, geldt ook voor B (HR 23 november 2001, NJ 2002, 95). Dat betekent dat wordt beslist dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, inclusief B als mede-beleidsbepaler. Al het vorenoverwogene leidt ertoe dat de vordering ten aanzien van B toewijsbaar is, nu vaststaat dat hij als mede-beleidsbepaler zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en door hem niet het vermoeden is weerlegd dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. B is derhalve hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement.

De vordering van de curator ten aanzien van C is eveneens gestoeld op het bepaalde in artikel 2:248 lid 7 BW. De periode van december 2009 tot 30 maart 2010 (datum faillietverklaring) acht de rechtbank te kort om te kunnen oordelen dat sprake is mede-beleidsbepalerschap van C. De vorderingen van de curator tegen C, voor zover gebaseerd op artikel 2:248 BW, worden dus afgewezen.

De curator formuleert meer subsidiair een vordering uit onrechtmatige daad tegen C (HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597). De rechtbank acht de handelwijze van C onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers van bedrijf D die door de curator worden vertegenwoordigd. Haar handelwijze voor 30 maart 2010 en die van daarna, gezamenlijk beschouwd, heeft erin geresulteerd dat zij belangrijke delen van het bedrijfsdebiet van bedrijf D om niet ten behoeve van bedrijf E heeft verkregen terwijl de curator met lege handen achterbleef, hetgeen voor haar kenbaar was waardoor ook kenbaar was, althans had behoren te zijn, dat hierdoor schade zou worden ondervonden door de schuldeisers in het faillissement van bedrijf D. De schade die de boedel hierdoor heeft ondervonden is niet gelijk aan het totale boedeltekort maar is gelijk aan de waarde die de curator zou hebben kunnen realiseren indien C voormeld onrechtmatig handelen achterwege had gelaten. Aldus dient zo goed als mogelijk te worden vastgesteld om welk bedrag het gaat.

Ten aanzien van A en B zal de vordering van de curator tot betaling van het boedeltekort worden toegewezen. Ten aanzien van C geldt hetzelfde maar dan voor wat betreft de schade bestaande uit de door de curator gederfde verkoopopbrengst.

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 22-05-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:CA2987

**Zaaknummer:** C/10/397747 / HA ZA 12-249

**Wetsartikelen:** 2:248 BW, 2:10 BW, 2:394 BW en 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **Gallerythema / Wild FM B.V.**

***Een financieringsconstructie die voor 1 augustus 2012 op grond van artikel 2:207c (oud) BW nietig was, maar ten aanzien waarvan geen geldig beroep op die nietigheid is gedaan, blijft na 1 augustus 2012 geldig***

Gallerythema B.V. (Gallerythema) heeft haar aandelen in Wild FM B.V. (Wild FM) verkocht aan B.V. Amsterdamse Kranten Producties (AKP). In de 'Overeenkomst van Koop en Verkoop inzake de aandelen in Wild FM B.V.' van 18 augustus 2011 is Gallerythema aangeduid als Verkoper, AKP als Koper en Wild FM als de Vennootschap.

Gallerythema heeft daarnaast een aantal vorderingen aan AKP verkocht, welke ook in de voornoemde overeenkomst is vastgelegd.

De koopprijs van de aandelen en de vorderingen bedraagt in totaal € 185.001, waarbij de koopprijs van de aandelen € 1 bedraagt en de koopprijs voor de voornoemde vorderingen € 185.000. Van de koopprijs van de voornoemde vorderingen moest AKP een bedrag van € 35.000 ineens betalen. Voor het overige diende Wild FM 36 gelijke maandelijkse betalingen van € 4.166,67 te verrichten.

Gallerythema heeft het bedrag ineens van € 35.000 ontvangen van AKP. Van Wild F.M. heeft Gallerythema ten minste twee betalingen van € 4.166,67 ontvangen.

Gallerythema heeft AKP hierop diverse keren gesommeerd om het restant van de maandelijkse termijnen van de koopprijs te voldoen. Op 7 augustus 2012 is AKP in staat van faillissement verklaard, waarna Gallerythema Wild FM op 26 maart 2013 heeft gesommeerd tot betaling van het openstaande deel van de koopprijs. Vervolgens heeft Gallerythema conservatoir derdenbeslag ten laste van Wild FM gelegd.

In het onderhavige kort geding vordert Gallerythema van Wild FM betaling van het restant van de koopsom. Subsidiair voert Wild FM het verweer dat de financieringsconstructie op grond van artikel 2:207c BW (oud) nietig was en dat Gallerythema zich in het onderhavige kort

geding niet op het standpunt kan stellen dat de financieringsconstructie alsnog geldig is geworden.

De Voorzieningenrechter overweegt het volgende.

Tussen partijen is niet in geschil dat de in de overeenkomst opgenomen financieringsconstructie voor wat betreft de daaruit voortvloeiende betalingsverplichting voor Wild FM strijdig is met artikel 2:207c BW, zoals dit artikel gold tot 1 augustus 2012. Van belang is voorts dat in artikel 3:50 lid 1 BW het volgende is bepaald: een buitengerechtelijke verklaring die een rechtshandeling vernietigt, wordt door hem in wiens belang de vernietigingsgrond bestaat, gericht tot hen die partij bij de rechtshandeling zijn. In dit geval heeft Gallerythema zich in de procedure, die ze heeft aangespannen tegen de bestuurders van AKP beroepen op de vernietigbaarheid van de financieringsconstructie (...). Gallerythema heeft zich jegens Wild FM nimmer op die vernietigbaarheid beroepen. Integendeel, in dit kort geding stelt Gallerythema dat de desbetreffende bepaling inmiddels geldig is (...). Het toepasselijke overgangsrecht met betrekking tot het buiten werking stellen van artikel 2:207c BW dient voorshands zo te worden uitgelegd dat als vóór 1 augustus 2012 beroep op de nietigheid is gedaan de rechtshandeling ongeldig blijft, ook na 1 augustus 2012. Is vóór 1 augustus 2012 geen beroep op de nietigheid gedaan, dan is de rechtshandeling na die datum geldig.

De Voorzieningenrechter overweegt voorts dat hier sprake is van een drie partijenovereenkomst. Uit artikel 3:50 BW volgt dat een slechts tot één partij gerichte vernietiging niet het bedoelde rechtsgevolg kan hebben. Dat brengt met zich mee dat de vernietiging niet geldig is ingeroepen. Omdat de vernietiging niet rechtsgeldig is ingeroepen, moet de rechtshandeling ook volgens het voornoemde overgangsrecht als geldig worden gekwalificeerd.

Het verweer van Wild FM wordt op grond van het voorgaande gepasseerd en Wild FM wordt veroordeeld tot betaling van het restant van de koopsom.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 22-05-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3184

**Zaaknummer:** C/13/540525 / KG ZA 13-500 HJ/MV

**Wetsartikelen:** 2:207c (oud) BW, 81 lid 1 Overgangswet NBW en 3:50 lid 1 BW

## RECHTSPRAAK

### **Staton Bouw B.V. / gedaagden**

#### ***Beoordeling of de overdracht van een geldleningovereenkomst van een v.o.f. naar een B.V. geldig is verlopen***

Op 31 mei 2011 werd de besloten vennootschap Staton Bouw B.V. ('Staton') opgericht. Vennootschap onder firma Staton Bedrijfsruimtebouw ('de v.o.f.'), bedrijf 1 (een van de voormalige beherend vennoten van de v.o.f.) en Staton zijn daarbij ervan uit gegaan dat op dat moment alle activa van de vennootschap onder firma werden ingebracht in de besloten vennootschap, waaronder de overeenkomst van een gesloten geldleningovereenkomst. In het tussenvonnis heeft de rechtbank onder andere geoordeeld dat de vordering van de v.o.f. uit hoofde van de geldlening (nog) niet rechtsgeldig is overgedragen aan Staton vanwege het ontbreken van een leveringsakte. De rechtbank heeft Staton in de gelegenheid gesteld alsnog een leveringsakte in het geding te brengen.

#### Rechtbank

X heeft aangevoerd dat bedrijf 1, een van de voormalige beherend vennoten van de v.o.f., onjuist is vertegenwoordigd en dat daarom de cessieakte niet rechtsgeldig is. Daartoe heeft hij, met verwijzing naar een overgelegd uittreksel uit het register van de Kamer van Koophandel, gesteld dat niet A de vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder van bedrijf 1 is, zoals in de cessieakte is vermeld, maar bedrijf 2. X heeft in zoverre gelijk dat, volgens de letterlijke tekst van de cessieakte, laatstgenoemde vennootschap niet juist is vertegenwoordigd. Niet die letterlijke tekst is echter beslissend, maar de vraag wat partijen hebben bedoeld en redelijkerwijs uit elkaars verklaringen konden afleiden. Het gaat daarbij in een geval als het onderhavige primair om de verhouding tussen de partijen bij de cessieakte. X is ten aanzien van die cessie een derde, zij het een derde met wiens belangen bij de uitleg van de cessieakte rekening gehouden moet worden, nu hij immers (mogelijk) de schuldenaar is onder de geldleningovereenkomst die voorwerp is van de cessie. Bij dat laatste past dan wel de kanttekening dat het hier niet gaat om eventuele onduidelijkheid omtrent wat precies is gecedeerd, maar (slechts) om de vraag of de cederende partij correct is vertegenwoordigd. Tegen deze achtergrond en gelet op de stukken van het geding is de rechtbank van oordeel dat er redelijkerwijs geen misverstand over kan bestaan dat de in de cessieakte genoemde A in het

kader van de cessie heeft opgetreden als middellijk bestuurder van bedrijf 1, namelijk als bestuurder van bedrijf 2 die weer bestuurder is van bedrijf 1. Deze verhouding tussen A, bedrijf 2 en bedrijf 1 blijkt uit de door Staton overgelegde notariële akte waarbij zij is opgericht. X heeft niet gesteld dat die verhouding in werkelijkheid anders is, en evenmin heeft hij feiten gesteld die zouden kunnen leiden tot de conclusie dat dit voor hem redelijkerwijs onduidelijk heeft kunnen zijn.

X heeft verder aangevoerd dat de voormalige beherende vennoten slechts dan als vereffenaars van een ontbonden v.o.f. kunnen optreden als in de v.o.f.-overeenkomst niet anders is bepaald (art. 32 WvK). Nu Staton die overeenkomst niet heeft overgelegd, betwist X dat Ablas Aannemingsbedrijf en Bouwteam Variant bevoegd waren als vereffenaars op te treden. X heeft in zoverre gelijk dat op grond van genoemde bepaling in beginsel de v.o.f.-overeenkomst bepalend is voor wat betreft de vraag wie bevoegd is of zijn als vereffenaar op te treden. Gelet op de betwisting door X zal de rechtbank Staton gelegenheid geven bewijs te leveren van haar (impliciete) stelling dat genoemde B.V.'s als vereffenaars van de v.o.f. kunnen optreden.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 08-05-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:CA2767

**Zaaknummer:** 401083 / HA ZA 12-403

**Wetsartikelen:** 32 WvK

## RECHTSPRAAK

### **X en Y / R en S**

#### ***Aansprakelijkheid van het beleggingsadviesbureau en zijn bestuurder***

Tussen X en R is een 'Overeenkomst tot vermogensadvies' tot stand gekomen ('de Overeenkomst'). A, statutair bestuurder van X en echtgenoot van Y, is daarna overleden. X en Y verwijten R en S (bestuurder van R) dat R en S bewust hebben gehandeld in strijd met het risicoprofiel en dat sprake is van belangenverstrengeling in zin van artikel 7 van de Overeenkomst maar in elk geval in de zin van de wet (art. 7:416 - 418 BW). R heeft X en het echtpaar A en Y ('het echtpaar') geadviseerd over een geldlening, obligaties en aandelen. De obligaties zijn gekocht bij het besloten fonds van C (bedrijf F), waar R tevens voor handelde.

De rechtbank overweegt als volgt.

Wat betreft het verwijt van belangenverstrengeling overweegt de rechtbank het volgende. Uit voormeld prospectus blijkt dat R als emissiekantoor voor F optreedt. Uit de e-mailwisseling met R blijkt ook dat dit voor X duidelijk was, evenals dat R voor haar werkzaamheden een vergoeding van bedrijf F zou ontvangen. Gesteld noch gebleken is dat hierdoor enige norm is geschonden. De contractuele norm is niet geschonden omdat die er op ziet dat R X van een mogelijke belangenverstrengeling direct in kennis zal stellen, hetgeen dus feitelijk is gebeurd door lezing van het prospectus. De wettelijke normen van artikel 7:417 en artikel 7:418 BW zijn evenmin geschonden, gelet op de aldus vaststaande kennis van X over de rol van R als emissiekantoor.

Een en ander kan anders liggen indien R een garantieverplichting jegens bedrijf F had (zoals X en Y betogen) en X hier niet van op de hoogte is gesteld.

Door X en Y is een vonnis van de rechtbank Den Haag (LJN BJ3251) in het geding gebracht. Dit vonnis ziet op een aandeelhoudersgeschil waarin R was verwikkeld. In het vonnis staat onder meer dat: 'de aandeelhouders R en bedrijf 6 zich ieder voor een gelijk deel garant hebben gesteld voor afname van de na een termijn van zes weken na het gereed komen van de daarbij behorende prospectus nog niet geplaatste participaties in de uitgifte van een obligatielening met de naam bedrijf F 2007-2010 ....'.

Ten aanzien van dit vonnis ontwikkelt R geen stellingen. Een en ander betekent dan ook dat de rechtbank oordeelt dat door R onvoldoende is betwist dat zij wel een garantie met bedrijf F is overeengekomen. De rechtbank oordeelt dat er sprake is van een garantie, dat het bestaan daarvan niet is medegedeeld aan X en dat aldus sprake is van belangenverstrengeling in de zin van (de geest van) artikel 7 van de Overeenkomst en artikel 7:418 lid 1 BW.

Op S rustte een zelfstandige verplichting om X te informeren over deze belangenverstrengeling, gelet op de contractuele en de wettelijke norm. Het gaat er immers om dat de cliënten van R alle relevante informatie krijgen zodat zij adequaat een afweging kunnen maken een bepaalde belegging al dan niet te doen. Indien hun beleggingsadviseur daarbij een eigen belang heeft, is dat een omstandigheid die een rol kan spelen. S had dit als directeur van R en als feitelijke beleggingsadviseur van X dienen te bewaken.

Nu de rechtbank niet heeft hoeven beoordelen of het gegeven beleggingsadvies fout was, draait het om de vraag of, als de garantie wel was medegedeeld, X al dan niet deze door R en S geadviseerde belegging had gedaan. Ten aanzien van het causaal verband stelt de rechtbank partijen in de gelegenheid om bij gelegenheid van een comparitie van partijen de rechtbank nader te informeren

Wat betreft de aandelen en de geldlening: de rechtbank wil ten aanzien van deze belegging met partijen van gedachten wisselen. De rechtbank bepaalt een comparitie van partijen.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 01-05-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:CA2961

**Zaaknummer:** 403688 / HA ZA 12-528

**Wetsartikelen:** 6:162 BW, 7:416 BW en 7:418 BW

## RECHTSPRAAK

### **VEB/SDB**

#### ***Collectieve actie van vereniging van effectenbezitters VEB. Geen aansprakelijkheid van de vereffenaar tegenover ex-aandeelhouders van beursgenoteerde vennootschap. De VEB had in casu geen beslagbevoegdheid***

De rechtbank moet vaststellen of SDB Liquidator als vereffenaar van SDB onrechtmatig heeft gehandeld jegens de VEB en de ex-aandeelhouders. Op grond van artikel 2:23a lid 1 BW heeft een vereffenaar, tenzij de statuten anders bepalen, dezelfde bevoegdheden, plichten en aansprakelijkheden als een bestuurder, voor zover deze verenigbaar zijn met zijn taak als vereffenaar. Wat betreft de externe aansprakelijkheid (tegenover schuldeisers van de vennootschap in vereffening) geldt dat de vereffenaar uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk kan zijn als door zijn handelen of nalaten een schuldeiser schade lijdt en hem hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt (Hof Den Bosch 22 november 2005, JOR 2006/118).

De rechtbank constateert dat de verwijten van de VEB in de kern genomen zien op de volgende drie aspecten: 1. ondanks toezeggingen van SDB Liquidator is toch uitvoering gegeven aan het Liquidatieplan door uitkeringen te doen zonder dat de schuldeisers de mogelijkheid van verzet hadden, terwijl deze uitkeringen enkel hadden mogen plaatsvinden met machtiging van de rechter omdat het Liquidatieplan reeds was ingediend, 2. de ex-werknemers van SDB en de ex-aandeelhouders dienen op grond van de paritas creditorum gelijk te worden behandeld en daarom had de uitkering aan de ex-werknemers niet mogen plaatsvinden, 3. de vrijwaring van Jumbo biedt onvoldoende zekerheid voor de ex-aandeelhouders.

De rechtbank overweegt het volgende. De regeling omtrent de vereffening in artikel 2:23 e.v. BW komt in hoofdlijnen op het volgende neer. De vereffenaar dient de baten te incasseren en de schuldeisers te betalen. Overtreffen de schulden de baten dan dient hij het faillissement aan te vragen (art. 2:23a lid 4 BW). Indien er een overschot resteert, dan moet dit krachtens de regeling van artikel 2:23b BW worden uitgekeerd aan de statutair gerechtigden of de

aandeelhouders. Het liquidatieplan ziet enkel op dit overschot. Op grond van lid 6 van artikel 2:23b BW kan de vereffenaar een voorschot op het overschot uitkeren aan deze gerechtigden (telkens) als de stand van het vermogen daartoe aanleiding geeft, tenzij er verzet is ingesteld tegen het Liquidatieplan; in dat geval kan alleen een voorschot worden uitgekeerd met machtiging van de rechter. Als na voltooiing van de vereffening blijkt dat er nog een bate of een niet betaalde schuldeiser is, dan kan de vereffening worden heropend. In dat geval is de vereffenaar bevoegd ten behoeve van die schuldeiser terug te vorderen wat uit het hiervoor bedoelde overschot is ontvangen (zie art. 2:23c BW). Als er geld overschiet, wordt dit alsnog aan de statutair gerechtigden of aan de aandeelhouders uitgekeerd.

In deze zaak zijn drie groepen crediteuren in de vereffening te onderscheiden: 1. de crediteuren van SDB, met name bestaande uit ex-werknemers, 2. de aandeelhouders van SDB die per aandeel een uitkering van € 4,82 hebben ontvangen, 3. de gedupeerde aandeelhouders, wier belangen door de VEB worden behartigd. De rechtbank heeft vastgesteld dat de betalingen aan de ex-werknemers niet in strijd zijn met artikelen 2:23a tot en met 2:23c BW, terwijl er evenmin is gehandeld in strijd met de toezegging in de brief van SDB Liquidator d.d. 16 augustus 2010. De overige argumentatie van de VEB heeft niet geleid tot een aanpassing van de gevorderde verklaringen voor recht en de rechtbank acht zich niet vrij deze zelf te wijzigen. Nu de vorderingen niet kunnen worden toegewezen, betekent dit dat de rechtbank niet toekomt aan de overige vorderingen van de VEB tegen SDB Liquidator, B en C. De rechtbank wijst de vorderingen in conventie van de VEB af.

In reconventie overweegt de rechtbank dat de VEB onrechtmatig heeft gehandeld jegens SDB Liquidator, B en C omdat haar geen beslagbevoegdheid toekomt. De rechtbank zal de beslagen opheffen en de vordering tot schadevergoeding is eveneens toewijsbaar, nu SDB Liquidator, B en C erop hebben gewezen dat zij schade hebben ondervonden door de beslaglegging, bestaande uit administratiekosten en managementtijd. Ten aanzien van de stelling dat de VEB onrechtmatig heeft gehandeld door de conventionele vorderingen jegens B en C in te stellen en de vordering tot vergoeding van de hierdoor ondervonden schade oordeelt de rechtbank dat B en C volstrekt niet aannemelijk maken dat zij door de gedragingen van de VEB, bestaande uit het instellen van beide vorderingen, schade hebben ondervonden.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 24-04-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:CA2715

**Zaaknummer:** C/10/388439 / HA ZA 11-1991

**Wetsartikelen:** 2:23a BW, 2:23b BW en 2:23c BW

## RECHTSPRAAK

### **Curator BV X / BV A**

#### ***Hervatting rechtsgeding in de stand waarin het zich ten tijde van de schorsing bevond. Voortbestaan vennootschap voor zover dat nodig is voor de vereffening van de boedel***

BV A gaat failliet, waarna het faillissement wordt opgeheven wegens een gebrek aan baten (overigens zonder een verificatievergadering). Omdat de curator van BV X (hierna: de curator) beweert dat er toch nog baten zijn, te weten een bankgarantie van BV A ten gunste van BV X, vordert de curator voortzetting van het geding en betaling van de openstaande vorderingen waarvoor de bankgarantie werd uitgegeven.

Het hof overweegt als volgt.

De strekking van het betoog van de curator is kennelijk – en dat is in hoger beroep niet weersproken – dat wanneer in de onderhavige procedure de door hem tegen BV A ingestelde vorderingen geheel of gedeeltelijk worden toegewezen de genoemde bankgarantie daartoe door hem zal kunnen worden uitgewonnen. Aldus doet zich naar het oordeel van het hof de situatie voor dat in dit geding moet worden aangenomen dat na opheffing van het faillissement van BV A wegens gebrek aan baten het onderhavige rechtsgeding kan worden voortgezet tussen de oorspronkelijke partijen – te weten de curator en BV A – en dat de als gevolg van de opheffing van het faillissement ingetreden ontbinding van BV A als rechtspersoon daaraan niet in de weg staat, omdat tevens moet worden aangenomen dat BV A ondanks die ontbinding nog voortbestaat voor zover dat voor de vereffening van haar vermogen nodig is, welke door de curator gestelde noodzaak in dit geding niet is weersproken. Een en ander betekent dat het rechtsgeding tussen de curator en BV A wordt hervat in de stand waarin het zich ten tijde van de schorsing bevond.

De vordering tot betaling van de nog openstaande bedragen, die aldus door de curator genoegzaam nader is toegelicht en die in hoger beroep onweersproken is gebleven, is toewijsbaar. Dat brengt mee dat het vonnis waarvan beroep, voor zover tussen de curator en BV A gewezen, met gegrondbevinding van de grieven in zoverre, dient te worden vernietigd. Het hof veroordeelt BV A om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan appellant te betalen.

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 19-03-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3126

**Zaaknummer:** 200.002.439

**Wetsartikelen:** 2:19 BW, 16 Fw en 29 Fw

RECHTSPRAAK

**X / Impuls Verzekeringen B.V.**

***Bestuurder wordt door vennootschap aansprakelijk gehouden vanwege onrechtmatige concurrentie. Onrechtmatige concurrentie gepleegd door de uit de aard der zaak vertrouwelijke bedrijfsgegevens van vennootschap te gebruiken en vervolgens haar klanten voor zijn eigen gewin te benaderen en over te halen met hem in zee te gaan voor het moment dat hij af zou treden. In hoger beroep klaagt bestuurder onder meer dat in de periode dat hij was uitgeschreven uit het handelsregister hij niet als bestuurder heeft gefungeerd. De grieven slagen niet***

X is bestuurder van Impuls Verzekeringen B.V. (hierna: Impuls). Impuls houdt X in eerste aanleg aansprakelijk vanwege onrechtmatige concurrentie. De rechtbank oordeelt dat X onrechtmatige concurrentie heeft gepleegd door de uit de aard der zaak vertrouwelijke bedrijfsgegevens van Impuls te gebruiken en vervolgens haar klanten voor zijn eigen gewin te benaderen en over te halen met hem in zee te gaan voor het moment dat hij uit Impuls zou treden. De rechtbank is van oordeel dat X bestuurder is geweest tot het moment dat zijn arbeidsovereenkomst vanwege ontslag op staande voet werd geëindigd en dat hij in die periode onrechtmatige concurrentie heeft gepleegd. In hoger beroep klaagt X onder meer dat, omdat hij op enig moment niet stond ingeschreven in het handelsregister, hij in die periode ook niet als bestuurder heeft gefungeerd.

Het gerechtshof oordeelt als volgt. Uitschrijving uit het handelsregister maakt op zichzelf geen einde aan de hoedanigheid van bestuurder en inschrijving van een ander als bestuurder evenmin. In het algemeen kan een bestuurder wel als zodanig aftreden en wordt een dergelijk aftreden geëffectueerd indien een bericht van die strekking de vennootschap bereikt. Van dit laatste is geen sprake. De grief slaagt niet.

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 26-02-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2998

**Zaaknummer:** 200.005.461/03

**Wetsartikelen:** 134 Rv