

## Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 22, 2015

Nummer 22, 2015

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

### INHOUDSOPGAVE

#### Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:5300](#) 14-07-2015

Appellante/Ontvanger

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:5271](#) 14-07-2015

Bosenduin c.s./X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:5306](#) 14-07-2015

X/Y c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:2779](#) 08-07-2015

VEB c.s./SNS Reaal, SNS Bank en Propertize

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:4803](#) 30-06-2015

MBSH/Attitude Group

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:2216](#) 09-06-2015

Robiniahoutplantages

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:2674](#) 04-06-2015

Suncycle

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:2660](#) 03-06-2015

Zorgbelang en PAR/SMK

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:1218](#) 31-03-2015

Kennisbeheer/Solane

#### Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:4662](#) 01-07-2015

Barclays/bestuurder buitenlandse vennootschap

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:3364](#) 24-06-2015

Kasrondje

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:5172](#) 10-06-2015

Vereenzelviging

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:4381](#) 13-05-2015

Upper Brook Companies, LIA/Palint

RECHTSPRAAK

## **Bosenduin c.s./X**

***Conflict tussen aandeelhouders over de uitleg en reikwijdte van de geheimhoudingsverplichting met boetebeding. Aan de orde komen een aantal situaties waarin de geheimhoudingsverplichting over en weer zou zijn geschonden. Naar het oordeel van het hof valt niet iedere buitenstaander redelijkerwijs onder het begrip ‘derde’ als bedoeld in het geheimhoudingsbeding. Een redelijke uitleg van het beding brengt mee dat een aandeelhouder, die overweegt haar aandelen te koop aan te bieden aan de overige aandeelhouders, ter bepaling van haar gedachten daarover advies kan vragen aan een accountant zonder dat daarmee sprake is van een schending van het geheimhoudingsbeding. Op de accountant als accountant rust op grond van haar beroepsregels een geheimhoudingsplicht, zodat geen sprake is van een serieus te nemen risico voor het weglekken van bedrijfsgevoelige informatie naar concurrenten of andere relaties. Geïntimeerde heeft echter wel in strijd met het geheimhoudingsbeding het bestaan van de aandeelhoudersovereenkomst en het daarin opgenomen geheimhoudingsbeding met anderen besproken en om die reden een boete verbeurd. Het matigingsverweer van geïntimeerde op grond van artikel 6:94 BW faalt.***

De partijen zijn allen aandeelhouder (geweest) in de besloten vennootschap BrandM. De aandeelhoudersovereenkomst die zij op 20 december 2007 met elkaar hebben gesloten, bevat een geheimhoudingsbeding met boeteclausule. Tussen drie aandeelhouders enerzijds en A anderzijds is in de loop van 2011 een conflict ontstaan, dat heeft geleid tot het ontslag, in juli 2011, van geïntimeerde als bestuurder van BrandM en van A ‘als werknemer’ van BrandM. In deze procedure hebben Bosenduin c.s., kort samengevat, een boete ad € 30.000 van geïntimeerde gevorderd op grond van drie gestelde overtredingen van het

geheimhoudingsbeding, terwijl geïntimeerde van ieder van Bosenduin c.s. een boete van € 10.000 heeft gevorderd wegens overtreding van het geheimhoudingsbeding doordat Bosenduin c.s. via een verzoekschrift tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor vertrouwelijke informatie hebben bekendgemaakt aan Atkins en een ander. De vordering van Bosenduin c.s. is door de rechtbank tot een bedrag van € 10.000 toegewezen; de vordering van A is geheel toegewezen.

Met hun derde grief in het principaal hoger beroep richten Bosenduin c.s. zich tegen het oordeel van de rechtbank dat toepassing van het geheimhoudingsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof overweegt dat de letterlijke tekst van het beding zodanig ruim is dat vrijwel alle informatie betreffende BrandM, die op welke wijze aan welke derde dan ook bekend zou worden, daaronder zou vallen. Het komt bij de uitleg van dit beding echter niet aan op de letterlijke tekst, maar op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De strekking van een geheimhoudingsbeding als het onderhavige is in het algemeen het beschermen van de vennootschap en de daarbij behorende belanghebbenden tegen het weglekken van vertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie, vanwege de daaraan verbonden zakelijke risico's. Uit de verklaringen van de partijen ter comparitie in eerste aanleg blijkt dat dit ook in het onderhavige geval de strekking van het geheimhoudingsbeding is.

Hieruit blijkt al dat niet alle informatie die op enigerlei wijze betrekking heeft op BrandM onder het geheimhoudingsbeding valt. Daar komt bij dat naar het oordeel van het hof niet iedere buitenstaander redelijkerwijs valt onder het begrip 'derde' als bedoeld in het geheimhoudingsbeding. Een redelijke uitleg van het beding brengt mee dat een aandeelhouder, die overweegt haar aandelen te koop aan te bieden aan de overige aandeelhouders, ter bepaling van haar gedachten daarover advies kan vragen aan een accountant zonder dat daarmee sprake is van een schending van het geheimhoudingsbeding. Op de accountant als accountant rust op grond van haar beroepsregels een geheimhoudingsplicht, zodat geen sprake is van een serieus te nemen risico voor het weglekken van bedrijfsgevoelige informatie naar concurrenten of andere relaties. Dat betekent dat geïntimeerde het geheimhoudingsbeding in zijn correspondentie met de accountant niet heeft overtreden en dat de door Bosenduin c.s. op die grond gevorderde boete moet worden afgewezen. De derde grief in het principaal hoger beroep wordt verworpen.

Bosenduin c.s. hebben aangevoerd dat A in strijd met het geheimhoudingsbeding het bestaan van de aandeelhoudersovereenkomst en het daarin opgenomen geheimhoudingsbeding met anderen heeft besproken. Dit blijkt uit het aanvullende rapport van SBV Forensics van 8 mei 2013. Uit deze gegevens blijkt dat A de aandeelhoudersovereenkomst en de inhoud daarvan

heeft besproken met een ander. Dat was hem ingevolge het geheimhoudingsbeding verboden. Op die grond heeft hij de gevorderde boete van (in hoogte beperkt tot) € 10.000 inzake de kwestie Atkins verbeurd. De overige gronden waarop de boete in de kwestie Atkins zou zijn verbeurd, kunnen daarom onbesproken blijven. Deze grief – grief IV in het principaal hoger beroep – slaagt. Het hof is van oordeel dat onder de omstandigheden van het geval geen reden is voor matiging van de bedongen boete.

Met hun vijfde grief in het principaal hoger beroep richten Bosenduin c.s. zich tegen de toewijzing, jegens ieder van hen, van de vordering tot betaling van de boete ad € 10.000. Zij betogen allereerst dat de rechtbank heeft miskend dat niet zij, maar BrandM, het verzoek hebben ingediend en dat (dus) sprake is van een overtreding van BrandM en niet van Bosenduin c.s. Dit verweer wordt verworpen. In de aandeelhoudersovereenkomst is opgenomen dat de aandeelhouders ervoor instaan dat de geheimhoudingsverplichting eveneens door alle gebruikers van informatie zal worden nagekomen als hadden zij zich daartoe jegens de andere aandeelhouders verbonden. Als een dergelijke gebruiker van informatie moet ook de vennootschap zelf worden beschouwd. Een andere uitleg van het geheimhoudingsbeding zou erop neerkomen dat het vrijgeven van vertrouwelijke informatie door de bestuurders van de vennootschap in de uitoefening van hun functie, dus als bestuurder, niet onder het geheimhoudingsbeding zou vallen. Een dergelijke beperking kan uit het geheimhoudingsbeding echter niet worden afgeleid en zou ook overigens een dergelijk beding in een situatie als de onderhavige zinledig maken.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 14-07-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2015:5271

**Zaaknummer:** 200.124.545

**Rechters:** E.B. Knottnerus, M.F.J.N. van Osch en A.E.B. ter Heide

**Advocaten:** F.A.M. Knuppe en G.J. Bilderbeek

**Wetsartikelen:** 6:94 BW

RECHTSPRAAK

## **Appellante/Ontvanger**

***Vordering van de bestuurder van een failliete vennootschap om de Ontvanger te bevelen aan de curator mee te delen dat de fiscale vordering, die onderdeel vormt van het faillissementstekort waarvoor de curator de bestuurder op de voet van artikel 2:248 BW wil aanspreken, niet op de bestuurder mag worden verhaald omdat volgens de bestuurder de onderliggende belastingaanslagen in materieel opzicht niet verschuldigd zijn. Het hof leidt uit de rechtspraak van de Hoge Raad af dat een door de curator op de voet van artikel 2:248 BW aangesproken bestuurder, die stelt dat de fiscale schuld in het faillissement, als onderdeel van het faillissementstekort waarvoor hij wordt aangesproken, niet juist is, de gelegenheid moet hebben om zich in de aansprakelijkheidsprocedure tegen deze schuld te verweren. Anders dan appellante betoogt, volgt uit het vorenstaande echter niet dat de bestuurder ook buiten het kader van een aansprakelijkheidsprocedure, zonder verdere grondslag, het oordeel van de civiele rechter over de juistheid van de aan de vennootschap opgelegde aanslagen kan inroepen.***

Appellante was in de periode van 9 juni 2008 tot 15 mei 2009 bestuurder van de vennootschap. De vennootschap is op 30 maart 2010 failliet verklaard. De FIOD heeft onderzoek gedaan naar de aanvaardbaarheid van de door de vennootschap gedane aangiftes omzetbelasting ('OB') in de jaren 2008 en 2009. De Inspecteur heeft op grond van de resultaten van het FIOD-onderzoek op 14 juni 2011 een naheffingsaanslag OB opgelegd over het tijdvak 1 januari 2008 tot en met 31 december 2009 van € 741.031. Bij beschikking van 12 september 2011 heeft de Ontvanger appellante op grond van artikel 36 Invorderingswet ('Iw') aansprakelijk gesteld voor deze naheffingsaanleg en voor een naheffingsaanslag OB over de periode januari 2009 ter hoogte van € 203.610 met rente en boete. Appellante heeft daartegen

bezwaar gemaakt en beroep ingesteld. De rechtbank heeft bij uitspraak van 31 januari 2013 het beroep ongegrond verklaard. Het hof heeft het daartegen door appellante ingestelde hoger beroep verworpen. Appellante heeft cassatieberoep tegen deze uitspraak ingesteld. De cassatieprocedure loopt nog.

Daarnaast heeft de Inspecteur op 28 juli 2009 aan de vennootschap een naheffingsaanslag OB opgelegd over het tijdvak mei 2009 ter hoogte van € 218.336. Daartegen is geen bezwaar ingediend. Voorts heeft de Inspecteur op 3 december 2011 een ambtshalve aanslag vennootschapsbelasting ('Vpb') over het jaar 2008 ter hoogte van € 1.105.488 opgelegd. Laatstgenoemde aanslag is gebaseerd op een schatting van de belastbare winst op basis van de gegevens uit het FIOD-onderzoek. De curator in het faillissement van de vennootschap heeft een bezwaarschrift tegen deze aanslag ingediend. Dit bezwaar is overgenomen door appellante, die de bezwaarprocedure namens de vennootschap heeft voortgezet. Bij uitspraak van 31 mei 2012 heeft de Inspecteur het bezwaar vanwege het ontbreken van gronden niet-ontvankelijk verklaard. De Inspecteur heeft daarbij opgemerkt dat, ook als een inhoudelijke beoordeling aan de orde zou komen, de aanslag in stand kan blijven omdat in het bezwaarschrift niet of onvoldoende is aangetoond dat de opgelegde ambtshalve aanslag onjuist is. Tegen deze uitspraak is geen beroep ingesteld. Zowel de aanslag OB over het tijdvak mei 2009 als de aanslag Vpb over het jaar 2008 staat daarmee thans onherroepelijk vast.

Bij brief van 20 maart 2013 heeft mr. Beune de Ontvanger namens appellante verzocht de naheffingsaanslag OB over mei 2009 en de aanslag Vpb over 2008 marginaal te toetsen. Bij brief van 8 april 2013 heeft de Ontvanger geantwoord dat beide aanslagen terecht zijn opgelegd. Op 6 januari 2015 heeft ONS Belastingadviseurs B.V., met toestemming van de curator, alsnog een aangifte Vpb 2008 voor de vennootschap ingediend. Daarin wordt de belastbare winst van de vennootschap over dat jaar berekend op - € 369.355 (negatief). De Inspecteur heeft te kennen gegeven dat deze aangifte niet in behandeling wordt genomen.

Blijkens het achtste openbaar verslag van de curator heeft de Belastingdienst thans een vordering van € 1.388.875 in het faillissement van de vennootschap ingediend. De curator heeft deze vordering erkend. Voorts heeft de curator appellante aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement. Inmiddels heeft de curator appellante in verband hiermee gedagvaard voor de rechtbank. De zaak is geïntroduceerd op de rol van 10 juni 2015.

In de onderhavige procedure vordert appellante dat de Ontvanger wordt veroordeeld om aan de curator van de vennootschap mee te delen dat de fiscale vordering met betrekking tot de vennootschapsbelasting 2008 en omzetbelasting mei 2009 niet verhaald mag worden op de bestuurders van de vennootschap, dan wel, als de curator daaraan geen gehoor wenst te geven, dat de Ontvanger eerdergenoemde belastingschuld intrekt in het faillissement van de

vennootschap. Bij het vonnis van 9 april 2014 heeft de rechtbank deze vorderingen afgewezen, met veroordeling van appellante in de proceskosten. Hiertegen komt appellante op in dit hoger beroep.

Volgens het hof richt appellante zich met haar grieven allereerst tegen de overweging van de rechtbank dat voor toewijzing van de primaire vordering geen grondslag bestaat, gezien de wettelijke systematiek zoals die geldt ten aanzien van fiscale vorderingen in faillissement en daarnaast de mogelijkheden die de wet de curator biedt om bestuurders aansprakelijk te stellen voor een boedeltekort. Volgens appellante miskent de rechtbank namelijk dat appellante niet de indiening van de vordering in het faillissement bestrijdt of de mogelijkheid van de curator om bestuurders aansprakelijk te stellen, maar ter beoordeling voorlegt de wijze van afdoening van het verzoek aan de Ontvanger om de aanslagen marginaal te toetsen en of de uitkomst van die toetsing juist is. Appellante beroept zich daarbij op de artikelen 1.1.4 en 1.1.5 van de Leidraad Invordering 2008 en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zij betoogt, onder verwijzing naar de arresten van de Hoge Raad van 3 februari 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AU3253) en 8 juli 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BP8686), dat zij als aangesproken derde de gelegenheid moet hebben om de materiële verschuldigdheid van de aanslagen te laten toetsen. Volgens appellante kan zij die vraag ook zelf voorleggen aan de civiele rechter. Appellante bestrijdt dat de Ontvanger met de brief van 8 april 2013 aan haar verplichting tot marginale toetsing heeft voldaan. Volgens appellante heeft zij met een schrijven van een accountantskantoor aannemelijk gemaakt dat er gegronde twijfels zijn bij de verschuldigdheid van de onherroepelijk geworden aanslagen. In haar visie is de Ontvanger daarom gehouden om aan de hand van de thans bekende gegevens te beoordelen of de opgelegde aanslagen materieel verschuldigd zijn. Naar zij stelt, blijkt uit de brief van 8 april 2013 op geen enkele wijze hoe de Ontvanger de hoogte van de aanslagen heeft getoetst. Volgens appellante is de aanslag Vpb onjuist, omdat slechts rekening is gehouden met omzet en niet met de kosten die de vennootschap heeft gemaakt. Ten aanzien van de omzetbelasting wijst appellante erop dat de naheffingsaanslag OB over het tijdvak mei 2009 niet in de aansprakelijkstelling is opgenomen omdat appellante geen bestuurder meer was. Wat de gegrondheid van deze aanslag betreft, geldt volgens haar verder hetzelfde als voor de aanslag Vpb.

Het hof overweegt hierover als volgt. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 3 februari 2006 heeft overwogen, laten de eisen van een doeltreffende rechtsbescherming van de burger tegen de overheid niet toe, ook niet met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, dat de formele rechtskracht van een besluit evenzeer zou gelden indien de bestuursrechter weliswaar reeds over de rechtmatigheid van het besluit heeft geoordeeld, maar dit is gebeurd in een procedure waaraan de betrokken partij bij gebreke van het rechtens vereiste belang niet heeft kunnen deelnemen. Het nochtans ten nadele van die partij aannemen van formele



rechtskracht van het besluit in een dergelijk geval zou tot het niet aanvaardbare gevolg leiden dat de genoemde partij zelf de grondslag van haar vordering noch door de bestuursrechter noch door de burgerlijke rechter zou kunnen laten beoordelen. In het arrest van 8 juli 2011 heeft de Hoge Raad, in een zaak waarin het ging om een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering van de Ontvanger op een derde die het verhaal van een belastingschuld illusoir zou hebben gemaakt, overwogen dat niet kan worden aanvaard dat de omvang van de door de aangesproken derde te vergoeden schade zonder meer zou worden bepaald door de aanslag waarvan hij niet langs bestuursrechtelijke weg de rechtmatigheid heeft kunnen doen vaststellen. Het in de aansprakelijkheidsregelingen van de Invorderingswet 1990 (Iw) opgenomen uitgangspunt dat de aansprakelijk gestelde de onderliggende aanslagen moet (hebben) kunnen betwisten, is in overeenstemming met de rechtspraak die de formele rechtskracht van een besluit in haar werking beperkt tot de belanghebbenden voor wie een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan. Dat geldt ook in het geval dat de Ontvanger de derde aanspreekt op de grond dat deze de invordering van de belastingschuld op onrechtmatige wijze heeft gefrustreerd, aldus de Hoge Raad. Het hof leidt uit deze rechtspraak af dat ook een door de curator op de voet van artikel 2:248 BW aangesproken bestuurder, die stelt dat de fiscale schuld in het faillissement, als onderdeel van het faillissementstekort waarvoor hij wordt aangesproken, niet juist is, de gelegenheid moet hebben om zich in de aansprakelijkheidsprocedure tegen deze schuld te verweren. Het hof gaat er daarbij van uit dat de bestuurder, anders dan de belastingschuldige rechtspersoon, geen belanghebbende is geweest waarvoor een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang tegen de aanslagen heeft opengestaan. De formele rechtskracht van de aanslagen, waarop de schuld berust, kan hem in dat geval dus niet worden tegengeworpen.

Anders dan appellante betoogt, volgt uit het vorenstaande echter niet dat de bestuurder ook buiten het kader van een aansprakelijkheidsprocedure, zonder verdere grondslag, het oordeel van de civiele rechter over de juistheid van de aan de vennootschap opgelegde aanslagen kan inroepen. Een dergelijke mogelijkheid zou zich niet verhouden met het wettelijke stelsel van rechtsbescherming tegen fiscale besluiten en aansprakelijkstellingen. Artikel 26 Awr bepaalt dat tegen een ingevolge de belastingwet genomen besluit slechts beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld, indien het betreft een belastingaanslag of een voor bezwaar vatbare beschikking. Volgens artikel 26a lid 1 Awr kan het beroep slechts worden ingesteld door de belanghebbende aan wie de belastingaanslag is opgelegd, de belanghebbende die de belasting op aangifte heeft voldaan of afgedragen of van wie de belasting is ingehouden, of degene tot wie de voor bezwaar vatbare beschikking zich richt. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat het beroep mede kan worden ingesteld door degene van wie inkomens- of vermogensbestanddelen zijn begrepen in het voorwerp van de belasting waarop de

belastingaanslag of de voor bezwaar vatbare beschikking betrekking heeft. In de wet is dus specifiek geregeld tegen welke fiscale besluiten beroep kan worden ingesteld en wie als belanghebbende wordt aangemerkt, voor wie de beroepsgang openstaat. Artikel 49 Iw bepaalt dat de aansprakelijkstelling voor belastingschulden op grond van deze wet geschiedt bij voor bezwaar vatbare beschikking. Op het bezwaar en beroep inzake deze beschikking is hoofdstuk V Awr van overeenkomstige toepassing. Ook voor de aansprakelijkstelling regelt de wet dus specifiek de mogelijkheid om daartegen bij de bestuursrechter op te komen (in dit geval voor degene tegen wie de beschikking zich richt). Daarmee strookt niet dat voor belanghebbenden daarnaast ook nog de algemene rechtsingang bij de civiele rechter zou openstaan om een oordeel over de juistheid van deze besluiten te verkrijgen.

Naar het oordeel van het hof levert het bepaalde in artikel 1.1.4 en 1.1.5 van de Leidraad Invordering 2008 ook geen grondslag voor de vorderingen van appellante op. Uit artikel 1.1.4 volgt dat bij de invordering met betrekking tot aansprakelijkgestelden en andere derden de bepalingen over de invordering bij belastingschuldigen in beginsel op overeenkomstige wijze moeten worden toegepast. Dit betekent dat de regel van artikel 1.1.5, dat als de belastingschuldige aannemelijk maakt dat er gegronde twijfels over de verschuldigdheid van een onherroepelijk geworden belastingaanslag bestaan, de Ontvanger op zijn verzoek de belastingaanslag marginaal toetst ook geldt voor een aansprakelijkgestelde of andere derde tegen wie de invordering zich richt.

Daarvan is in dit geval echter geen sprake: de Ontvanger heeft geen invorderingsmaatregelen genomen tegen appellante in verband met de aan de vennootschap opgelegde aanslag Vpb 2008 en de naheffingsaanslag OB over mei 2009, maar heeft volstaan met indiening van de fiscale vordering in het faillissement van de vennootschap. Het is aan de curator om te bepalen of hij appellante op de voet van artikel 2:248 BW aansprakelijk stelt voor het boedeltekort dat vanwege de belastingschuld bestaat. Zoals hierboven overwogen, kan appellante zich in het kader van deze aansprakelijkstelling tegen de uit de onherroepelijk geworden belastingaanslagen voortvloeiende schuld verweren.

Gelet op het voorgaande deelt het hof het oordeel van de rechtbank dat de in deze zaak ingestelde vorderingen van appellante niet toewijsbaar zijn. Aan beoordeling van de vraag of de Ontvanger de marginale toetsing al dan niet juist heeft uitgevoerd en of de aanslagen in materiële zin verschuldigd zijn, komt het hof niet toe. Hetgeen appellante daarover heeft aangevoerd, behoeft daarom verder geen bespreking. Appellante heeft geen feiten gesteld die, indien bewezen, tot een andere uitkomst kunnen leiden. Aan haar bewijsaanbod gaat het hof daarom voorbij. De grieven falen, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. Gelet hierop is de restitutievordering van appellante ook niet toewijsbaar. Appellante zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 14-07-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2015:5300

**Zaaknummer:** 200.156.649

**Rechters:** H.L. Wattel, Ch.E. Bethlem en A.J. Kromhout

**Advocaten:** R.B.H. Beune

**Wetsartikelen:** 2:248 BW en 36 lw

RECHTSPRAAK

**X/Y c.s.**

***Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling in zicht van faillissement? Het hof wijst de vordering af. Het feit dat de financiële vooruitzichten van de vennootschap niet goed waren en er verliezen werden geleden, is onvoldoende om aan te nemen dat de vennootschap geen nieuwe verplichtingen meer had mogen aangaan, zonder dat dit achteraf aan haar of haar bestuurders zou kunnen worden verweten. De stelling dat geïntimeerden onrechtmatig gehandeld hebben omdat de vennootschap op haar eigen naam aanneemovereenkomsten afsloot maar daarbij bedong dat betalingen aan de moeder werden gedaan, met als gevolg dat de vennootschap geen enkel verhaal bood voor haar crediteuren, is volgens het hof onterecht, aangezien geïntimeerden hebben toegelicht dat de kosten van de activiteiten van de vennootschap die door de moeder werden gedragen de opbrengsten uit de aan de moeder betaalde facturen voor door de vennootschap verrichte activiteiten fors overtroffen.***

Appellant heeft gesteld dat A en B gezamenlijk en hoofdelijk als (indirect) bestuurders van de op 5 december 2012 failliet verklaarde de vennootschap ('de vennootschap') aansprakelijk zijn voor schade die hij heeft geleden tot een bedrag van € 10.879 en heeft dit bedrag, vermeerderd met rente en kosten gevorderd. Appellant heeft aangevoerd dat hij in opdracht van de vennootschap in augustus 2012 werkzaamheden heeft verricht, waarna de vennootschap twee van de door hem wegens deze werkzaamheden gezonden facturen (voor het gevorderde bedrag) onbetaald heeft gelaten. A en B wisten reeds eind juli 2012 dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, maar hebben desalniettemin appellant opdracht gegeven tot de werkzaamheden. A heeft vervolgens de aanneemsom van de opdrachtgever geïncasseerd en de vennootschap laten failleren. Voorts is sprake van selectieve betaling van crediteuren door de vennootschap dan wel A, aangezien appellant als nagenoeg

enige crediteur van de vennootschap onbetaald is gelaten. Een en ander levert onrechtmatig handelen op jegens appellants van A en B als haar bestuurder, aldus appellants.

De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Appellants komt op tegen dit vonnis.

Allereerst wordt de kantonrechter verweten een onjuist criterium te hebben aangelegd om de gestelde bestuurdersaansprakelijkheid te beoordelen. De kantonrechter heeft echter met juistheid HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*) geciteerd en de daarin neergelegde norm toegepast, die nog steeds van toepassing is in gevallen als deze. Appellants stelt dat dit arrest is achterhaald door HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829 (*Eisers/Curatoren Air Holland*), maar daarvan is naar het oordeel van het hof geen sprake. In het arrest uit 2014 verwijst de Hoge Raad zelfs expliciet naar de in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* aanvaarde norm en bevestigt dat deze norm nog altijd geldt in gevallen als ook in de onderhavige zaak aan de orde.

Appellants heeft nog verwezen naar rechtspraak waaruit kan worden afgeleid dat ook een moedervennootschap onder omstandigheden onrechtmatig kan handelen jegens een schuldeiser van de dochtervennootschap. In zijn arrest HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204 (*Eiser/Maas q.q.*) heeft de Hoge Raad in het geval van een bestuurder van een moedermaatschappij, die volgens de curator in die zaak meewerkte aan benadeling van schuldeisers van de dochter, aansluiting gezocht bij het arrest *Ontvanger/Roelofsen* en de daar genoemde norm ook op dergelijke gevallen van toepassing verklaard. In die zin leidt de – op zich juiste – verwijzing van appellants derhalve in deze zaak niet tot toepassing van een andere norm dan de kantonrechter in het bestreden vonnis heeft toegepast.

De kern van het (primaire) verwijt dat appellants aan A en B maakt is dat zij namens de vennootschap aan appellants opdrachten hebben verstrekt, terwijl zij op dat moment wisten of redelijkerwijze behoorden te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de daardoor ontstane schade.

Geïntimeerden hebben gesteld dat B in 2009, naast zijn werkzaamheden in loondienst, een onderneming is gestart en daartoe een al bestaand bouwbedrijf (een eenmanszaak) uit faillissement heeft overgenomen voor € 30.000. Door de crisis in de bouw werd het bedrijf verlieslatend en zag B zich gedwongen aanvullend ruim € 120.000 aan eigen geld te investeren in de onderneming. Dit geld werd door A uitgekeerd aan de vennootschap. In 2012 is aan de vennootschap op die manier meer dan € 40.000 beschikbaar gesteld, waarvan bijna € 15.000 gestort is na 1 augustus 2012. Ook werd geprobeerd kosten te besparen door personeel niet langer vast in dienst te houden, maar op flexibele basis in te huren. Dit leek uitzicht te bieden op een rendabele bedrijfsvoering. Pas in november 2012 bleek dat het personeel hier niet aan

mee wilde werken en had B geen andere keuze dan het zelf aanvragen van het faillissement van zijn bedrijf. Tegen deze feiten heeft appellant geen grieven aangevoerd.

De kantonrechter heeft voorts vastgesteld dat de opdrachten voor de onbetaald gebleven werkzaamheden in juni 2012 mondeling zijn verstrekt aan appellant en dat nadien nog facturen van appellant betaald zijn. Appellant heeft erkend in augustus 2012 nog bedragen tot een totaal van € 3.600 te hebben ontvangen.

Tegenover het feitenrelaas van geïntimeerden heeft appellant onvoldoende aangevoerd om te kunnen concluderen dat A en B al in juni 2012 (op het moment dat de opdrachten aan appellant werden verleend) wisten of redelijkerwijze behoorden te begrijpen dat de vennootschap de voor die opdrachten door appellant te verzenden facturen niet zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de daardoor ontstane schade.

Dat de financiële vooruitzichten van de vennootschap in 2012 niet goed waren en er verliezen werden geleden, is onvoldoende om aan te nemen dat de vennootschap in juni 2012 geen nieuwe verplichtingen meer had mogen aangaan, zonder dat dit achteraf aan haar of haar bestuurders zou kunnen worden verweten. Op zichzelf is het begrijpelijk en aanvaardbaar dat B als bestuurder van een vennootschap die in financiële problemen is geraakt er alles aan doet een oplossing voor die problemen te vinden. Het precieze kantelmoment waarop hij daarmee moet stoppen, zich moet richten op het staken van de onderneming en dus in beginsel geen nieuwe verplichtingen meer moet aangaan is moeilijk te bepalen, zonder alleen wijsheid achteraf toe te passen en de in beginsel bestaande ondernemingsvrijheid op onaanvaardbare wijze te beperken.

Vast staat dat B tot en met november 2012 heeft geprobeerd het tij te keren door het fourneren van kapitaal en kostenreductie. Dat deze maatregelen geen kans van slagen hadden en dat B, gelet op het magere werkaanbod in de eerste helft van 2012, eerder had moeten voorzien dat het werkaanbod na de zomervakantie nog verder zou opdrogen is onvoldoende onderbouwd door appellant.

Appellant heeft voorts aan haar stelling dat A en B onrechtmatig gehandeld hebben ten grondslag gelegd dat de vennootschap op haar eigen naam aanneemovereenkomsten afsloot maar daarbij bedong dat betalingen aan A werden gedaan, met als gevolg dat de vennootschap geen enkel verhaal bood voor haar crediteuren. Geïntimeerden hebben de geschetste gang van zaken erkend, maar hebben daarbij toegelicht dat de kosten van de activiteiten van de vennootschap (waaronder lonen, huur, belastingen en premies) die door A werden gedragen de opbrengsten uit de aan A betaalde facturen voor door de vennootschap verrichte activiteiten fors overtroffen, waardoor liquiditeitsproblemen bij A en de vennootschap

ontstonden en uiteindelijk het faillissement van de vennootschap werd veroorzaakt. De stelling van appellant dat er door enkele opdrachtgevers van de vennootschap in 2012 aanzienlijke betalingen zijn gedaan die door A zijn ontvangen vormt geen (voldoende gemotiveerde) betwisting van de stellingen van geïntimeerden. Dit wil immers nog niet zeggen dat de opbrengsten van de activiteiten van de vennootschap in totaal de daarmee gepaard gaande kosten overtroffen.

Daarmee is niet komen vast te staan dat de gewraakte constructie heeft bijgedragen tot het faillissement en dus tot de schade van appellant. De conclusie luidt dat niet is komen vast te staan dat A en B wisten of redelijkerwijze behoorden te begrijpen dat de vennootschap door de gewraakte handelwijze de facturen van appellant niet zou kunnen voldoen of geen verhaal zou bieden.

Appellant heeft ten slotte nog het volgende aangevoerd. Nu de onderneming van de vennootschap door A werd gedreven en de opdrachtgevers van de vennootschap werden verzocht aan A te betalen, had A ook alle facturen van appellant dienen te betalen. Er is van onrechtmatige selectieve betaling sprake, nu andere schulden van de vennootschap wel betaald zijn. A heeft haar rekening-courantvorderingen op de vennootschap voortdurend verrekend met de door de opdrachtgevers van de vennootschap aan haar betaalde bedragen. Het zich op een dergelijke manier bevoordelen door een moedermaatschappij ten nadele van crediteuren van haar nadien gefailleerde dochtermaatschappij is jegens de crediteuren, waaronder appellant, onrechtmatig.

Het hof overweegt dat selectieve betaling in beginsel niet onrechtmatig is en herhaalt de norm gegeven in HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669 (*Coral/Stalt*), waarin ook een moedermaatschappij werd aangesproken door de crediteur van de dochtermaatschappij. Het door appellant aangehaalde arrest HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1981 (*Pfennings/Niederer q.q.*) ziet op een geheel andere context, namelijk aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW van een bestuurder jegens de boedel, en is dus niet van toepassing.

Zoals hierboven reeds is overwogen is volgens het hof komen vast te staan dat A door kapitaalinjecties de vennootschap overeind heeft gehouden en dat de crediteuren (waaronder vier facturen van appellant) betaald zijn totdat in november 2012 ieder perspectief op redding van het bedrijf was verdwenen. Appellant heeft daarmee onvoldoende gesteld om aan te nemen dat van voorkeursbehandeling of selectieve betaling van bepaalde crediteuren of van A zelf sprake was, zodat aan toetsing van de hierboven genoemde norm niet wordt toegekomen. Dat de vorderingen van A op de vennootschap niet voorkomen op de lijst van concurrente crediteuren betekent voorts niet per definitie dat aan de betaling van A voorrang is gegeven en A geheel voldaan is; A heeft dit betwist. Ook heeft de kantonrechter vastgesteld dat nog andere

crediteuren van de vennootschap onbetaald zijn gebleven zodat ook in zoverre niet van selectieve betaling gesproken kan worden; appellant heeft dit erkend.

Uit het voorgaande volgt dat alle grieven falen, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 14-07-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2015:5306

**Zaaknummer:** 200.159.956

**Rechters:** S.M. Evers, van den M Beekhoven Boezem en C.G. ter Veer

**Advocaten:** E.C.M. Amory en I.M.C.A. Reinders Folmer

**Wetsartikelen:** 6:162 BW



RECHTSPRAAK

## **VEB c.s./SNS Reaal, SNS Bank en Propertize**

***De OK acht VEB c.s. en Stichting Beheer bevoegd tot het verzoeken van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal. VEB c.s. en Stichting Beheer zijn weliswaar onteigend en zij zijn daardoor geen aandeelhouder meer, maar de OK overweegt daaromtrent als volgt. Doel en strekking van het enquêterecht brengen mee dat aandeelhouders die niet langer voldoen aan de kapitaaleis van artikel 2:346 lid 1 aanhef en sub c BW ten gevolge van een gebeurtenis, waaromtrent zij stellen dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan het beleid en de gang van zaken van de betrokken vennootschap en waarop hun enquêteverzoek mede betrekking heeft, in gevallen als het onderhavige bevoegd kunnen zijn tot het indienen van zodanig verzoek.***

Op 6 november 2014 hebben VEB c.s. de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal, SNS Bank en Propertize. Op 22 januari 2015 heeft Stichting Beheer SNS Reaal (hierna: 'Stichting Beheer') de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal.

SNS Reaal en SNS Bank hebben de bevoegdheid van VEB c.s. en die van Stichting Beheer betwist, en betoogd dat VEB c.s. en Stichting Beheer niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in hun onderscheiden verzoeken.

De OK roept allereerst in herinnering dat de bevoegdheid om een verzoek als bedoeld in artikel 2:345 lid 1 BW in te dienen door de wetgever – limitatief – is toegekend aan (rechts)personen die voldoen aan een van de in de artikelen 2:346 en 2:347 BW opgesomde criteria. Vast staat dat VEB c.s. op 6 november 2014, toen zij hun verzoek indienden, en Stichting Beheer op 22 januari 2015, toen zij haar in haar verweerschrift vervatte verzoek deed, (als gevolg van de onteigening door de minister van Financiën op 1 februari 2013) geen aandelen meer hielden in SNS Reaal, noch in SNS Bank of Propertize. De OK overweegt het

volgende. Doel en strekking van het enquêterecht brengen mee dat aandeelhouders die niet langer voldoen aan de kapitaaleis van artikel 2:346 lid 1 aanhef en sub c BW ten gevolge van een gebeurtenis, waaromtrent zij stellen dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan het beleid en de gang van zaken van de betrokken vennootschap en waarop hun enquêteverzoek mede betrekking heeft, in gevallen als het onderhavige bevoegd kunnen zijn tot het indienen van zodanig verzoek. De OK neemt voorts in aanmerking dat het enquêterecht mede strekt ter bescherming van aandeelhouders tegen onjuist beleid dat hun (rechts)positie zodanig ondermijnt, dat een door hen ongewenst verlies van hun hoedanigheid van aandeelhouder het gevolg is. Dat is niet anders nu dat verlies – anders dan in gevallen waarin het verlies van aandeelhouderschap het gevolg is van besluitvorming die kan worden teruggedraaid – ten gevolge van de onteigening onomkeerbaar is. Dit leidt tot het oordeel dat in het onderhavige geval aan VEB c.s. in beginsel de bevoegdheid tot het doen van enquêteverzoek toekomt. De door VEB c.s. aan hun verzoek ten grondslag gelegde redenen voor twijfel aan een juist beleid van SNS Reaal, SNS Bank en Propertize hebben immers in belangrijke mate betrekking op de oorzaken van de onteigening, in het bijzonder het beleid en de gang van zaken rond de onteigening en de betrokkenheid van SNS Reaal, haar bestuur en haar raad van commissarissen daarbij. Hetzelfde geldt voor Stichting Beheer.

Volgens SNS Reaal c.s. is met de Interventiewet (op grond waarvan de minister van Financiën tot onteigening is overgegaan) onverenigbaar dat VEB c.s. na de onteigening nog enquêtebevoegd zouden zijn. De OK neemt tot uitgangspunt dat met de Interventiewet niet wordt beoogd meer rechten en bevoegdheden aan te tasten of aan onteigende aandeelhouders te ontnemen dan strikt noodzakelijk is voor het doel waartoe in de Interventiewet de mogelijkheid tot onteigening is gegeven. Met betrekking tot het doel van de Interventiewet hebben SNS Reaal c.s. betoogd dat de minister, teneinde een ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel te neutraliseren, de financiële onderneming dient te stabiliseren en te reorganiseren. Daarmee is onverenigbaar dat onteigende aandeelhouders de enquêtebevoegdheid zouden behouden, aldus SNS Reaal c.s. De OK volgt SNS Reaal c.s. daarin niet. Niet valt immers in te zien dat de (uitoefening van de) bevoegdheid van onteigende aandeelhouders om een enquête te verzoeken de minister, in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van SNS Reaal of anderszins, in zijn streven de onderneming te stabiliseren en te reorganiseren zou belemmeren, althans zo ernstig zou belemmeren, dat het zou opwegen tegen het recht om een enquête te verzoeken. De vraag of een daadwerkelijke enquête een zodanige belemmering zou opleveren staat daar los van; die vraag dient – bij gebleken gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen – te worden betrokken in de afweging die aan toe- of afwijzing van een enquêteverzoek voorafgaat.

De OK komt tot de slotsom dat VEB c.s. en Stichting Beheer bevoegd zijn tot het verzoeken van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal. Zij zijn in zoverre ontvankelijk in hun verzoeken.

Het enquêteverzoek van VEB c.s. beperkte zich evenwel niet tot SNS Reaal, maar zag daarentegen ook op SNS Bank en Propertize (een 'concernenquête'). VEB c.s. hebben erop gewezen dat SNS Reaal alle aandelen in SNS Bank houdt, dat SNS Bank tot 31 december 2013 de aandelen in Propertize hield, en gesteld dat in de door hen beoogde onderzoeksperiode SNS Reaal, SNS Bank en Propertize een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden. De OK concludeert evenwel dat onvoldoende is gebleken dat is voldaan aan de vereisten voor het instellen van een concernenquête ten aanzien van Propertize. Naar het oordeel van de OK kan niet worden aangenomen dat het bestuursbeleid van Propertize niet zelfstandig werd bepaald en gevoerd ten opzichte van SNS Reaal (en van SNS Bank). Afwezigheid van een zodanig zelfstandig beleid kan niet worden afgeleid uit de enkele omstandigheid dat in de raad van commissarissen en het centrale risicocomité van Propertize, naast andere leden, één of meer bestuurders van SNS Reaal zaten. VEB c.s. worden derhalve niet-ontvankelijk verklaard voor zover hun verzoek strekt tot het instellen van een enquête bij Propertize.

Het debat over de vraag of ten aanzien van SNS Bank is voldaan aan de vereisten voor het gelasten van een concernenquête acht de OK niet voltooid. De beslissing over ontvankelijkheid van VEB c.s. ten aanzien van SNS Bank zal daarom worden aangehouden.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 08-07-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2015:2779

**Zaaknummer:** 200.159.002/01 OK

**Rechters:** P. Ingelse, A.C. Faber en A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar

**Advocaten:** P.J. van der Korst, J. van Bekkum, H.J. de Kluiver, T. Bird, P.W.A. Goes, M.B. Krestin, R.G.J. de Haan, S. Perrick, I. Spinath en A.R.J. van Croiset Uchelen

**Wetsartikelen:** 2:346 lid 1 aanhef en sub c BW

RECHTSPRAAK

## **Barclays/bestuurder buitenlandse vennootschap**

***X, indirect aandeelhouder van een buitenlandse vennootschap ('A'), stelt zich garant voor een lening van deze vennootschap. Deze garantie is ondertekend door X en zijn echtgenote. De vennootschap gaat failliet en wanneer de bank X aanspreekt uit hoofde van de garantie roept de echtgenote van X nietigheid van die overeenkomst tot garantie in. Zij stelt dat de handtekening niet van haar is. De vraag is of artikel 1:88 lid 5 BW geldt voor feitelijk bestuurders van buitenlandse vennootschappen. Omdat een bestuursbesluit van A ondertekend is door X oordeelt de rechtbank dat X in elk geval feitelijke zeggenschap had over het financiële beleid van A. Ook oordeelt zij dat X zo nauw verbonden is met A dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden. De toestemming van de echtgenote was niet vereist. Mocht toestemming wel vereist geweest zijn, dan was X volgens de rechtbank aansprakelijk geweest uit onrechtmatige daad wegens valsheid in geschrifte.***

Op 30 maart 2007 heeft Barclays met bedrijf A een overeenkomst van geldlening gesloten op basis waarvan Barclays aan bedrijf 1 een bedrag van € 1.500.000 heeft geleend ter financiering van een schip. Op de overeenkomst is Engels recht van toepassing en de overeenkomst is getekend door de toenmalig bestuurders van A. Gedaagde ('X') heeft zich naar Engels recht garant gesteld voor de voldoening van de verplichtingen die bedrijf A op zich heeft genomen door ondertekening van een 'Limited Guarantee'. Onder deze verplichtingen vallen de rente, vergoedingen en andere lasten. Deze garantie, waarop Engels recht van toepassing is, is ondertekend door X en zijn echtgenote. Barclays heeft haar vordering op A uit de overeenkomst verzekerd door het vestigen van een recht van hypotheek op het schip. Deze is door een bestuursbesluit van A, welke X ondertekend heeft, goedgekeurd. A is haar verplichtingen niet nagekomen en medio maart 2011 ontbonden. Barclays heeft eind januari

2014 X aangesproken uit hoofde van de garantie en betaling gevorderd van € 1.400.000. De echtgenote van X heeft nietigheid ingeroepen van de garantie ex artikel 1:88 jo. 1:89 lid 1 BW stellende dat zij nooit toestemming heeft gegeven voor de borgstelling.

A is een *private company limited by shares* volgens het recht van *the Isle of Man*. Ten tijde van het afsluiten van de garantie was X enig aandeelhouder van de houdstermaatschappij van A.

De kern van het geschil is of de echtgenote van X de garantie rechtsgeldig vernietigd heeft. Barclays heeft bestreden dat de handtekening van de echtgenote vals is en voert aan dat toestemming van de echtgenote gezien artikel 1:88 lid 5 BW niet vereist was. X handelde als bestuurder van een met een BV vergelijkbare vennootschap ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. Subsidiair beroept Barclays zich op onrechtmatig handelen, bedrog en bevordering van dwaling door X. De rechtbank stelt vast dat eerst beantwoord dient te worden of artikel 1:88 lid 5 BW van toepassing is.

De rechtbank stelt voorop dat dit artikel van toepassing is voor een buitenlandse rechtspersoon wanneer deze in genoegzame mate met een Nederlandse vennootschap kan worden gelijkgesteld, wat niet voldoende weersproken is. De rechtbank stelt vast dat X kan worden aangemerkt als bestuurder van A. Er is onweersproken door Barclays gesteld dat het gebruikelijk is dat de '*nominee*'-bestuurders een bestuur vormen, maar dat zij alles doen wat de feitelijk bestuurder – in dit geval X – hen opdraagt. De handtekening onder het bestuursbesluit van A ziet de rechtbank als bewijs dat X als bestuurder van de houdstermaatschappij van A in elk geval feitelijke zeggenschap had over het financiële beleid van A.

De vraag is of artikel 1:88 lid 5 BW geldt voor een rechtshandeling verricht door een niet statutair benoemde feitelijk bestuurder. Naar uitspraak van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2010:BN1402) is van belang of in voorkomend geval X zo nauw verbonden is met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden. Hiervan is volgens de rechtbank sprake. X heeft zeggenschap over A en heeft financieel belang bij de bedrijfsresultaten. Zou de constructie van A niet onder de reikwijdte van artikel 1:88 lid 5 BW vallen, dan zou dit vergaande consequenties kunnen hebben voor het internationale handelsverkeer. In dit geval is de borgtocht specifiek verschaft voor de financiering van het schip, waarvan de uitbating de enige ondernemingsactiviteit van A was. De financiering zou niet rond te krijgen zijn zonder de borgtocht. Aan het criterium uit artikel 1:88 lid 5 BW is volgens de rechtbank dus voldaan.

De rechtbank overweegt ten overvloede dat X ook uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk zou zijn geweest. De handtekening van de echtgenote is vervalst en dit levert

valsheid in geschrifte op. De vordering van Barclays tot betaling van de garantie en bijkomende kosten ligt in beginsel voor toewijzing gereed. In afwachting van een reactie van X op een *legal opinion* of Barclays aan zijn *duty of care* heeft voldaan, verwijst de rechtbank de zaak naar een volgende rolzitting en houdt zij iedere verdere beslissing aan.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 01-07-2015

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2015:4662

**Zaaknummer:** C-16-364715 - HA ZA 14-223

**Rechters:** L. Jongen

**Advocaten:** M.C. Franken-Schoenmaker en J.J.F. van de Voort

**Wetsartikelen:** 1:88 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

## **MBSH/Attitude Group**

***In onderhavige procedure gaat het om de vraag of (voormalig) bestuurder en medeaandeelhouder AG onrechtmatig heeft gehandeld jegens de vennootschap en jegens MBSH als aandeelhouder in verband met het innen van facturen van de vennootschap op een rekeningnummer van AG, betalingen van de vennootschap aan AC en de verkoop van een bedrijfsonderdeel. Het hof oordeelt dat AG aansprakelijk is op grond van artikel 2:9 jo. 2:11 BW. MBSH heeft wel onvoldoende gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat AG een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens MBSH als aandeelhouder heeft geschonden. Het hof stelt tevens vast dat AG een ernstig verwijt kan worden gemaakt van haar handelen, te weten dat zij zonder statutair vereiste toestemming van de ava een bedrijfsonderdeel heeft verkocht. Hierom is eveneens sprake van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:9 BW.***

Attitude Consultancy B.V. ('AC'), een 100% dochter van AG, en MBS B.V., een 100% dochter van MBSH, richten samen de besloten vennootschap met de naam Attitude Products B.V. ('AP') op. Bepaald is onder meer dat beslissingen boven een bedrag van FL 5.000 in gezamenlijk overleg genomen worden. AP heeft zich onder meer gericht op het verkopen van licenties van de softwareprogramma's Word4You en Smart Decision. De intellectuele-eigendomsrechten van Word4You zijn altijd bij MBSH c.s. gebleven.

Tussen de aandeelhouders van AP - AG en MBSH en hun (indirecte) bestuurders – zijn diverse conflicten ontstaan. In onderhavige procedure gaat het, sterk samengevat, om de vraag of AG onrechtmatig heeft gehandeld jegens MBSH in verband met het innen van facturen van AP op een rekeningnummer van AG, betalingen van AP aan AC en de verkoop van Smart Decision en daarbij horende *Service Level Agreements* ('SLA's') aan Carthago ICT B.V. ('Carthago').

De rechtbank heeft voor recht verklaard dat AG toerekenbaar tekort is geschoten jegens AP in een behoorlijke vervulling van haar bestuurstaak en jegens AP onrechtmatig heeft gehandeld. De rechtbank heeft voorts AG hoofdelijk veroordeeld tot vergoeding van de schade die AP heeft geleden als gevolg van het voormelde onbehoorlijk bestuur voor zover dit ziet op het zonder rechtsgrond innen van facturen van AP waarop het rekeningnummer van AG stond vermeld en het verkopen en leveren van de IE-rechten van Smart Decision en van de SLA's ondanks dat het onderliggend besluit daartoe nietig is verklaard door de Rechtbank Utrecht bij vonnis van 13 april 2011, wegens strijd met de statuten. Zowel MBSH als AG keren zich in hun hoger beroep tegen het vonnis van 28 november 2012 in conventie.

AG stelt onder meer dat de rechtbank AP ten onrechte in haar vorderingen heeft ontvangen, ondanks het feit dat de statutair voorgeschreven toestemming van de ava van AP ontbreekt. MBSH heeft aangevoerd dat het ontbreken van goedkeuring van de ava de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur van MBSH niet aantast. Het hof overweegt dat het ontbreken van de volgens de statuten vereiste goedkeuring van de ava er niet aan in de weg staat dat AP in rechte kan optreden. Dit volgt ook uit artikel 23 lid 5 van de statuten. Op 8 januari 2011 heeft AG zich uitgeschreven als bestuurder van AP en sindsdien was MBSH enig bestuurder. Op grond van artikel 2:240 lid 3 BW is de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de vennootschap die aan het bestuur of aan een bestuurder toekomt onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Een statutaire bepaling die de goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan voor bepaalde handelingen voorschrijft, vloeit niet voort uit de wet en kan dus niet leiden tot een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid kan bovendien slechts door de vennootschap (AP) worden ingeroepen. Gelijk de rechtbank heeft overwogen zou dit mogelijk anders kunnen zijn indien het vertegenwoordigen van AP in strijd met het toestemmingsvereiste misbruik van bevoegdheid zou opleveren. Feiten of omstandigheden waaruit dit zou kunnen worden afgeleid heeft AG echter onvoldoende gesteld.

AG keert zich tevens tegen het oordeel van de rechtbank dat het AP vrijstaat om op grond van artikel 2:9 jo. 2:11 BW slechts één bestuurder aan te spreken, namelijk AG, en niet MBSH. In de toelichting op de grief stelt AG dat MBSH in verband met artikel 2:9 BW misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt doordat zij eerder over deze zaak tegen AP procedeerde en het thans opnieuw doet maar nu namens AP, en dat er feiten en omstandigheden zijn op grond waarvan alle bestuurders aangesproken kunnen worden. Volgens het hof staat het AP vrij om op grond van artikel 2:9 jo. 2:11 BW slechts één bestuurder aan te spreken. De door AG aangevoerde feiten en omstandigheden zijn onvoldoende om in dit verband misbruik van bevoegdheid door AP in de zin van artikel 3:13 BW te kunnen aannemen. De stelling van AG



dat er geen formele werkafspraken tussen MBSH en AG waren gemaakt en daarmee alles binnen de werkring van beide bestuurders was gelegen doet hier niet aan af. Het is bovendien in tegenspraak met hetgeen AG bij herhaling in de procedure heeft betoogd, namelijk dat MBSH op bestuursniveau zich uitsluitend bezighield met de technische aspecten van de software en AG alle overige taken uitvoerde.

Het hof stelt vervolgens vast dat AG ten laste van AP betalingen heeft gedaan (aan haarzelf), zonder dat haar medebestuurder MBSH met die betalingen heeft ingestemd en zonder dat er een deugdelijke grond voor die betalingen bestond; dat AG daarvan een ernstig verwijt valt te maken en dat zij daarmee haar taak als bestuurder van AP onbehoorlijk heeft vervuld. AG is op grond van artikel 2:9 BW voor deze tekortkoming jegens AP aansprakelijk en deze aansprakelijkheid rust op grond van artikel 2:11 BW ook op haar (indirecte) bestuurders ABM, geïntimeerde sub 3 en geïntimeerde sub 4.

MBSH acht ook schade te hebben geleden in haar hoedanigheid van crediteur van AP en van aandeelhouder van AP. Het hof wijst de vordering van MBSH in haar hoedanigheid van crediteur van AP af, aangezien niet MBSH, maar MBS crediteur was van AP.

Ten aanzien van de schade van MBSH in haar hoedanigheid van aandeelhouder van AP overweegt het hof dat volgens vaste rechtspraak heeft te gelden dat wanneer een bestuurder, een aandeelhouder of een derde de vennootschap schade berokkent, alleen de vennootschap zelf deze schade kan verhalen op deze bestuurder, aandeelhouder of de derde. De schade die aan de vennootschap is toegebracht, kan niet met succes ten behoeve van de vennootschap worden gevorderd door een aandeelhouder van de vennootschap. De aandeelhouder komt alleen dan een vorderingsrecht toe tot vergoeding van afgeleide schade, als de derde eveneens een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens die aandeelhouder heeft geschonden. Verder brengt de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die een individuele aandeelhouder beogen te beschermen in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover die individuele aandeelhouder mee.

Het hof is van oordeel dat MBSH onvoldoende heeft gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat AG een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens MBSH als aandeelhouder heeft geschonden. De rechtbank heeft het besluit tot verkoop van de IE-rechten van Smart Decision in het vonnis van 13 april 2011 nietig verklaard wegens strijd met de statuten. Zonder nadere toelichting, die MBSH niet heeft gegeven, valt niet in te zien dat het niet naleven van de statutaire bepalingen, op grond waarvan de verkoop van Smart Decision nietig is verklaard, een schending oplevert van statutaire bepalingen die beogen een individuele aandeelhouder te beschermen.

Beoordeeld dient vervolgens te worden of AG haar bestuurstaak onbehoorlijk heeft vervuld door haar medewerking te verlenen aan de verkoop van Smart Decision aan Carthago.

Het hof oordeelt dat AG een ernstig verwijt kan worden gemaakt van haar handelen, te weten dat zij zonder statutair vereiste toestemming van de ava en van de prioriteit Smart Decision heeft verkocht. Er is daarom sprake is van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:9 BW. AG is dan ook jegens AP aansprakelijk voor deze tekortkoming. Op grond van artikel 2:11 BW rust deze aansprakelijkheid ook op ABM, geïntimeerde sub 3 en geïntimeerde sub 4. AG is dan ook gehouden de schade, die AP hierdoor heeft geleden te vergoeden. Nu tussen partijen niet in geding is dat de verkoop, levering en overdracht van Smart Decision (inclusief SLA's) niet meer ongedaan kunnen worden gemaakt zal moeten worden beoordeeld of AP hierdoor schade heeft geleden. Ook het hof is van oordeel dat MBSH voldoende heeft gesteld om de mogelijkheid van schade aannemelijk te achten. Immers, zowel MBSH c.s. als AG c.s. stellen dat met Smart Decision nog veel geld verdiend had kunnen worden en, zo begrijpt het hof, dat het geheel meer waarde had dan het bedrag dat Carthago feitelijk voor de software en SLA's heeft betaald.

Het hof bekrachtigt aldus het vonnis van 28 november 2012 in conventie van de Rechtbank Utrecht, veroordeelt AG hoofdelijk om aan AP te betalen een bedrag van € 144.678,97, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 16 november 2011 tot aan de dag van algehele voldoening, veroordeelt AG om aan AP te betalen een bedrag van € 10.953, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 16 november 2011 tot aan de dag van algehele voldoening en veroordeelt AG hoofdelijk in de kosten van beide instanties.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 30-06-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2015:4803

**Zaaknummer:** 200.126.407

**Rechters:** C.G. ter Veer, Ch.E. Bethlem en H.L. Wattel

**Advocaten:** P.M. Verwijs en L.F. Jagtenberg

**Wetsartikelen:** 2:9 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

## Kasrondje

***Al tijdens het passeren van de oprichtingsakte is vrijwel de gehele (destijds verplichte) volstorting van het geplaatst aandelenkapitaal à € 18.000 teruggestort aan de direct en indirect bestuurder van de BV. Na zetelverplaatsing en naamswijziging gaat de BV failliet. Bestuurder en indirect bestuurder worden aangesproken wegens onder andere niet-nakoming van een huur- en koopovereenkomst op grond artikel 2:180 jo. 2:11 BW, daarnaast op grond van artikel 2:203 jo. 2:11 BW en ook wegens schending van de 'Beklamelnorm'. De rechtbank acht aansprakelijkheid op alle gronden aanwezig. Wat betreft de laatste grond overweegt de rechtbank dat omdat de BV altijd onvermogend is geweest en nooit in staat was de koopverplichting na te komen en dit ook nooit zou worden, niet-nakoming vanaf het begin al vaststond. Daarmee is volgens de rechtbank hoofdelijke aansprakelijkheid van A en A BV voor daaruit voortvloeiende schade gegeven.***

X en Y sluiten op 21 mei 2010 met B BV i.o. een huur- en koopovereenkomst. B BV i.o., beoogd huurder en koper, wordt hierbij vertegenwoordigd door haar bestuurder A BV die op haar beurt weer wordt vertegenwoordigd door A. A en A BV zijn gedaagden in onderhavig geding.

Ter volstorting van het geplaatst aandelenkapitaal had A reeds € 18.000 op een eerder geopende bankrekening op naam van B BV overgemaakt. Hierna heeft de Rabobank op 6 augustus 2010 een 'bankverklaring B' afgegeven. De notaris heeft de oprichtingsakte op 11 augustus 2010 gepasseerd. Een dag eerder was van die bankrekening een bedrag van € 16.000 en op de dag van oprichting nog eens € 1.750 door A aan zichzelf teruggestort, zodat op het moment van oprichting nog slechts € 50 resteerde. Op 29 maart 2012 is de statutaire zetel verplaatst en de naam veranderd. Onder die naam is op 8 mei 2012 de BV in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de huurovereenkomst tegen de vroegst mogelijke datum opgezegd.

Kort gezegd vorderen X en Y wegens onder andere niet-nakoming en verbeurde boetes € 261.211. Daarnaast vorderen eisers onder meer nakoming van de koopovereenkomst middels een veroordeling tot medewerking aan levering tegen betaling van € 1.670.000 en verzoeken op dit punt een verwijzing naar een schadestaatprocedure. Eisers leggen hieraan ten grondslag (i) aansprakelijkheid van A BV als bestuurder en A als indirect bestuurder vanwege de onjuiste gang van zaken (het kasrondje) bij de oprichting in de zin van artikel 2:180 jo. 2:11 BW, (ii) de niet-nakoming van de als oprichters gesloten en bekrachtigde rechtshandelingen in de zin van artikel 2:203 jo. 2:11 BW. Daarnaast beroepen X en Y zich op bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van de 'Beklamelnorm'.

Zeer beknopt weergegeven oordeelt de rechtbank als volgt. Vooreerst overweegt zij dat aan de volstortingsverplichting op het moment van passeren van de akte niet voldaan was. Van enige rechtsgrond voor de terugstortingen is niet gebleken, laat staan dat het bedrag na oprichting ter beschikking van de BV stond, welk gebrek niet is gerepareerd. A BV en A zijn op grond van artikel 2:180 jo. 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk voor de door hen in de oprichtingsfase met X en Y gesloten huur- en koopovereenkomst.

Vervolgens overweegt de rechtbank dat B BV eerdergenoemde overeenkomsten al dan niet stilzwijgend heeft bekrachtigd, oordeelt dat van niet-nakoming van de huurovereenkomst in de zin van artikel 2:203 BW sprake is en dat A BV en A als verantwoordelijke binnen het concern ook op deze grond hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daaruit voortvloeiende schade.

Wat betreft de verbeurde boetes wegens schending van een onderverhuurverbod gaat de rechtbank niet mee in hetgeen X en Y betogen. Vanaf het begin was voor eisers duidelijk dat B BV enkel zou gaan onderverhuren en dit heeft ook lang tijd in ruime mate plaatsgevonden, waarbij het contractbeding niet is ingeroepen. Onder die omstandigheden is het inroepen van de clause 'niet mogelijk'.

Omtrent de koopovereenkomst oordeelt de rechtbank dat de koop geen optioneel karakter had – zoals door gedaagden werd betoogd – en dat de koopverplichting nog steeds bestaat. Nu B BV altijd onvermogen is geweest en nooit in staat was om deze verplichting na te komen en dit ook nooit zou worden, stond niet-nakoming vanaf het begin al vast. Daarmee is hoofdelijke aansprakelijkheid van A en A BV voor daaruit voortvloeiende schade in gelijke zin als hiervoor ten aanzien van de huurachterstanden overwogen, gegeven. De vordering tot nakoming acht de rechtbank vanwege de vanaf het begin voorzienbare niet-nakoming niet toewijsbaar. De rechtbank beperkt zich in deze procedure tot de uit de niet-nakoming voortvloeiende schade. Het verzoek tot verwijzing naar een schadestaatprocedure op dit punt wordt afgewezen. De rechtbank veroordeelt A en A BV hoofdelijk tot betaling van in totaal € 270.755 en verklaart het

vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

---

**Instantie:** Rechtbank Overijssel

**Datum uitspraak:** 24-06-2015

**ECLI:** ECLI:NL:RBOVE:2015:3364

**Zaaknummer:** C/08/161678/ ha za 14-451

**Rechters:** Van der Veer, Margadant en Van den Lustgraaf

**Advocaten:** M. Snel-de Kroon en J.J. Paalman

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## Vereenzelviging

***Aannemingsovereenkomst, vordering tot nakoming. Gedaagde voert een verrekeningsverweer. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken van het uitgangspunt van de zelfstandigheid van een rechtspersoon, met als gevolg dat een van de rechtspersonen moet worden weggedacht. Het enkele feit dat overleg is gevoerd tussen partijen, waarbij ook de vermeende vordering van X aan de orde is gekomen, is niet genoeg om het identiteitsverschil tussen gedaagde en X weg te denken. Ook door overleg over een totaaloplossing heeft zij niet de indruk gewekt de beide kwesties als één te beschouwen. Evenmin brengt de omstandigheid dat eiseres voor zowel het project in Tiel als het project in Geldermalsen met dezelfde mensen van de zijde van gedaagde en X sprak mee dat vereenzelvigd moet worden. Dit zou anders kunnen zijn wanneer het gelet op de grote mate van verwevenheid feitelijk gaat om één vennootschap, bijvoorbeeld als in organisatorisch, technisch en financieel opzicht sprake is van één bedrijf dat onder leiding staat van één persoon.***

Eiseres heeft met gedaagde een aannemingsovereenkomst gesloten met betrekking tot aanpassingen aan een pand te Geldermalsen. Eind juni 2012 heeft de oplevering plaatsgevonden. Door gedaagde zijn de eerste drie facturen betaald, maar de laatste termijn ter grootte van € 502.775 niet. In het verleden heeft eiseres een distributiecentrum in Tiel gebouwd voor X. In juni 2011 is tijdens hevige regenval een gedeelte van het dak ingestort. Eiseres heeft herstelwerkzaamheden uitgevoerd en de daarvoor verzonden factuur is onbetaald gelaten. X heeft eiseres aansprakelijk gesteld voor de ontstane schade ter grootte van € 965.472. Eiseres heeft zich bereid verklaard over een totaaloplossing te spreken.

Eiseres vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat gedaagde gehouden is de aanneemsom te betalen vermeerderd met rente en kosten en vordert nakoming. Gedaagde

verweert zich met de stelling dat hij een beroep wil doen op verrekening ter zake van de vordering van X op eiseres. Hij stelt dat eiseres 'huisaannemer' is van Y, waartoe zowel gedaagde als X behoren. Gedaagde meent dat in casu vereenzelvigd mag worden. Daarnaast acht hij het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat eiseres nakoming vordert. Subsidiair verweert gedaagde zich met de stelling dat hij niet in verzuim is komen te verkeren omdat geen ingebrekestelling verzonden is. Eiseres betwist al hetgeen aangevoerd wordt gemotiveerd.

De rechtbank oordeelt dat partijen niet elkaars wederkerig schuldeiser en schuldenaar zijn (artikel 6:127 lid 2 BW). Van wederkerig schuldenaarschap zou sprake kunnen zijn als gedaagde en X vereenzelvigd moeten worden. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken van het uitgangspunt van de zelfstandigheid van een rechtspersoon, met als gevolg dat een van de rechtspersonen moet worden weggedacht. De rechtbank overweegt dat hiervoor onvoldoende is gesteld. Het enkele feit dat overleg is gevoerd tussen partijen, waarbij ook de vermeende vordering van X aan de orde is gekomen, is niet genoeg om het identiteitsverschil tussen gedaagde en X weg te denken. Ook door overleg over een totaaloplossing heeft zij niet de indruk gewekt de beide kwesties als één te beschouwen. Evenmin brengt de omstandigheid dat eiseres voor zowel het project in Tiel als het project in Geldermalsen met dezelfde mensen van de zijde van gedaagde en X sprak mee dat vereenzelvigd moet worden. Dit zou anders kunnen zijn wanneer het gelet op de grote mate van verwevenheid feitelijk gaat om één vennootschap, bijvoorbeeld als in organisatorisch, technisch en financieel opzicht sprake is van één bedrijf dat onder leiding staat van één persoon, *quod non*.

Ook de eisen van redelijkheid en billijkheid verlangen niet dat eiseres zich niet op nakoming door gedaagde zou mogen beroepen. X heeft immers een eigen mogelijkheid om haar vordering op eiseres in rechte te laten vaststellen. Het subsidiaire verweer faalt evengoed, nu partijen een betalingstermijn van veertien dagen zijn overeengekomen blijkens artikel 6 van de overeenkomst. Gelet op het bepaalde in artikel 6:83 aanhef en sub a BW is het verzuim zonder ingebrekestelling ingetreden. Nu gedaagde voor het overige geen verweer heeft gevoerd tegen het gevorderde, ook niet tegen de omvang van de vordering, wijst de rechtbank de vorderingen toe.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 10-06-2015

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2015:5172

**Zaaknummer:** C/14/154254

**Rechters:** M.C. Schenkeveld

**Advocaten:** F.A.M. Knuppe en J.H. Tuit

**Wetsartikelen:** 6:83 BW en 6:127 BW



RECHTSPRAAK

## **Robiniahoutplantages**

***Geïntimeerden hebben via AWB Adviesgroep meerdere overeenkomsten gesloten met Green Horizon met het oog op het beleggen in Robinia-houtplantages, waarvan appellant aandeelhouder en bestuurder was. Na het faillissement van Green Horizon spreken geïntimeerden appellant aan. De rechtbank acht appellant, als bestuurder van Green Horizon, persoonlijk aansprakelijk, omdat de beleggingsonderneming ten onrechte de indruk heeft gewekt dat zij over een definitieve vergunning van de AFM beschikte en de bestuurder onvoldoende heeft betwist dat de beleggingen niet daadwerkelijk zijn verricht. Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis van de rechtbank.***

Appellant was sinds de oprichting via zijn persoonlijke holding (X Holding B.V.; 'X Holding') enig aandeelhouder en statutair bestuurder van AWB Adviesgroep B.V. ('AWB Adviesgroep'); appellant is tevens (sinds de oprichting) enig aandeelhouder en statutair bestuurder van de Poolse vennootschap Green Horizon Sp.Z.O.O. ('Green Horizon'). Volgens een door haar uitgebrachte brochure ('de brochure') was Green Horizon een internationaal opererende organisatie die beleggers de mogelijkheid bood deel te nemen in duurzaam opgezette, maatschappelijk en economisch verantwoorde Robinia-hardhoutprojecten. Volgens de brochure koopt de belegger het economisch eigendom van de bomen dat wordt overgedragen door middel van een overeenkomst, en zijn de rechten en plichten uit deze overeenkomst vrij verhandelbaar. AWB Adviesgroep wordt vermeld als adviseur en rechtsgeldig vertegenwoordiger van Green Horizon in Nederland. In de brochure staan vergunningnummers van Green Horizon en AWB Adviesgroep van de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') vermeld. Geïntimeerden hebben op 22 februari 2005, na telefonisch contact met A van AWB Adviesgroep, een overeenkomsten voor een perceel(nummer) afgesloten met Green Horizon. Nadat geïntimeerden eind 2006 opnieuw door A van AWB Adviesgroep waren benaderd, hebben zij op 9 november 2006 een tweede overeenkomst met Green Horizon

afgesloten en in september 2008 hebben geïntimeerden met Green Horizon (vertegenwoordigd door appellant) twee nieuwe 'Participatieovereenkomsten Groen Rendementsplan Serie A Robinia' ondertekend. AWB Adviesgroep is op 15 februari 2012 ontbonden door de Kamer van Koophandel.

Geïntimeerden hebben in eerste aanleg onder meer gevorderd appellant (hoofdelijk tezamen met de in het onderhavige hoger beroep niet betrokken tweede gedaagde Interbank N.V.) te veroordelen tot betaling van € 64.368 als schadevergoeding. Geïntimeerden hebben ter ondersteuning van hun vorderingen onder meer aangevoerd dat Green Horizon en AWB Adviesgroep in ieder geval in 2006, toen zij van appellant (een deel van) hun participaties kochten, geen vergunning hadden van de AFM uit hoofde van de Wet financiële dienstverlening ('Wfd'), terwijl in de brochure van Green Horizon werd vermeld dat dit wel het geval was. Green Horizon en AWB Adviesgroep hebben daarnaast nooit de bedoeling gehad de gelden van geïntimeerden daadwerkelijk te beleggen in Robinia-houtplantages in Polen en zij hebben dit ook nimmer gedaan. Appellant kan als bestuurder van Green Horizon en AWB Adviesgroep van voormeld handelen een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, zodat hij jegens geïntimeerden onrechtmatig heeft gehandeld en is gehouden de schade die geïntimeerden hierdoor hebben geleden te vergoeden. Appellant heeft onder meer het verweer gevoerd dat de Wfd pas op 1 januari 2006 in werking is getreden, zodat Green Horizon en AWB Adviesgroep daarvoor niet vergunningplichtig ingevolge die wet waren. Eind 2005 hebben zij een voorlopige Wfd-vergunning aangevraagd en verkregen van de AFM en die nummers werden vermeld in de brochure, zo stelt appellant. Verder betwist appellant dat Green Horizon en AWB Adviesgroep niet daadwerkelijk beschikten over Robinia-houtplantages in Polen; zij huurden grond waarop deze plantages zich bevonden maar deze grond is door de Poolse Staat in beslag genomen.

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis geoordeeld dat Green Horizon en AWB Adviesgroep onrechtmatig tegenover geïntimeerden hebben gehandeld door in de brochure AFM-vergunningnummers te vermelden, zonder te beschikken over definitieve Wfd-vergunningen. Appellant valt ter zake als bestuurder van deze vennootschappen een persoonlijk ernstig verwijt te maken, zodat ook hij hierdoor onrechtmatig heeft gehandeld, aldus de rechtbank. Verder heeft de rechtbank ten overvloede overwogen dat op appellant ter zake zijn verweer tegen de stelling van geïntimeerden dat Green Horizon niet daadwerkelijk in Robinia-houtplantages heeft geïnvesteerd, een verzwaarde stelplicht rust. Nu appellant niet aan deze verplichting heeft voldaan, is de rechtbank uitgegaan van de juistheid van voormelde stelling en heeft geoordeeld dat appellant ook om deze reden onrechtmatig tegenover geïntimeerden heeft gehandeld. Appellant richt een grief tegen het (ten overvloede) oordeel van de rechtbank (laatste twee volzinnen).

Het door appellant niet voldoen aan zijn verzwaarde stelplicht heeft tot gevolg dat (i) appellant niet in de gelegenheid zal worden gesteld het aangeboden tegenbewijs te leveren, en (ii) de stelling van geïntimeerden dat Green Horizon niet daadwerkelijk in Robinia-houtplantages heeft geïnvesteerd als onvoldoende gemotiveerd betwist in rechte is komen vast te staan. Appellant heeft geen voldoende toegelichte grief gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat het vaststaan van deze laatste stelling – welk vaststaan de rechtbank heeft aangenomen, waar het hof zich blijkens het voorgaande bij aansluit – in dit geval met zich brengt dat appellant als bestuurder van Green Horizon daarvoor een persoonlijk ernstig verwijt treft en daarmee jegens geïntimeerden onrechtmatig heeft gehandeld, welk oordeel het hof overneemt.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 09-06-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2015:2216

**Zaaknummer:** 200.156.123-01

**Rechters:** J.W. Hoekzema, R. thoe L van Harinxma Slooten en A. Bockwinkel

**Advocaten:** E.D. van Tellingen

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **Suncycle**

***Lightco heeft de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Suncycle. Gelet op de impasse binnen het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders alsmede de financiële situatie van de onderneming gelast de Ondernemingskamer een onderzoek en stelt zij een bestuurder met doorslaggevende stem aan.***

Lightco Holdings Inc. ('Lightco'), dhr. Shahed, Cocoonit B.V. (een vennootschap waarvan dhr. Spooren bestuurder en enig aandeelhouder is) en Peaxe B.V. (een vennootschap waarvan Penning Beheer B.V en AXE B.V. het bestuur vormen) zijn allen aandeelhouders van Suncycle Holdings N.V. ('Suncycle'). Tot 1 september 2014 waren AXE B.V. en Penning Beheer B.V. beide bestuurder van Suncycle. Sinds die datum is Penning Beheer enig bestuurder van Suncycle. De raad van commissarissen van Suncycle bestaat uit dhr. Van Raaij en dhr. Morton. Lightco heeft de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Suncycle. Daarbij heeft zij tevens om enkele onmiddellijke voorzieningen verzocht.

Verschillende verweersters hebben bij de Ondernemingskamer verweerschrift ingediend.

Lightco heeft aan haar stelling ten grondslag gelegd dat Suncycle zeer dringend aanvullende financiering nodig heeft, maar dat de investeringsvoorstellen in de tweede termsheet en derde termsheet ten onrechte door AXE en Cocoonit zijn geblokkeerd. Naast het voorstel in de derde termsheet zijn er geen concrete alternatieven voorhanden.

Door de impasse in de algemene vergadering van aandeelhouders kan niet tot besluitvorming worden overgegaan en dreigt Suncycle failliet te gaan.

Daarnaast heeft Lightco aangevoerd dat dhr. Morton als commissaris van Suncycle onvoldoende informatie ontvangt, dat Penning Beheer B.V., dhr. Van Raaij en dhr. Spooren disfunctioneren en dat bepalingen uit het commissarisreglement, de aandeelhoudersovereenkomst, wet en statuten niet worden nageleefd. Dhr. Van Raaij en

Cocoonit hebben zich verweerd tegen de stellingen van Lightco, voor zover die zien op hun handelen. Zij hebben aangevoerd dat er een impasse is binnen de verschillende organen van Suncycle en dat deze in de kern is terug te voeren op een impasse op het niveau van meerderheidsaandeelhouder Peaxe B.V. door een verschil van mening over het beleid van de vennootschap tussen AXE enerzijds en Penning Beheer anderzijds. Zij hebben gesteld dat Lightco en dhr. Morton de verhoudingen binnen het bestuur, de algemene vergadering van aandeelhouders en de raad van commissarissen onder druk zetten en dat de rol van Penning Beheer als bestuur verlamdend werkt. Volgens hen dient er dan ook een onderzoek te worden bevolen naar de het beleid en de gang van zaken van Suncycle, gericht op het handelen van Lightco, dhr. Shaded en dhr. Morton, die tezamen met Penning Beheer samenspannen tegen AXE en dienen onmiddellijke voorzieningen te worden getroffen. AXE heeft zich in de kern aangesloten bij de verzoeken tot het gelasten van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen in Suncycle. Zij heeft aan haar stelling dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Peaxe en dat onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen ten grondslag gelegd dat er in Peaxe een impasse is ontstaan binnen het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders vanwege een verschil van inzicht tussen Penning Beheer en AXE over de vraag over hoe Suncycle van kapitaal moet worden voorzien en hoe het product in de markt moet worden gezet. AXE is van mening dat Peaxe als meerderheidsaandeelhouder een besluit tot kapitaalvergroting van Suncycle moet nemen. Dit besluit wordt ten onrechte door Penning Beheer geblokkeerd, waardoor continuïteit van Suncycle in gevaar komt. Zij stelt dat de posities van Penning Beheer als bestuurder van Peaxe strijdig is met zijn positie als bestuurder van Suncycle. Tot slot heeft zij gesteld dat Penning Beheer als bestuurder van Suncycle ten onrechte geen medewerking heeft verleend aan een investeringsvoorstel welke in het belang van zowel Peaxe als Suncycle voorzag in een *pro rata*-investering van alle aandeelhouders. Penning Beheer heeft zich aangesloten bij de stelling van Lightco dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Suncycle te twijfelen omdat er een impasse is in de besluitvorming over de financiering. Zij heeft in dat verband gesteld dat het voorstel van Lightco en dhr. Shaded op dit moment het enige reële alternatief is.

De Ondernemingskamer overweegt als volgt. Partijen hebben bevestigd dat zij het erover eens zijn dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Suncycle te twijfelen. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer zijn die redenen in ieder geval gelegen in het feit dat er impasse is in de algemene vergadering van aandeelhouders. Aan wie in dat verband een rechtens relevant verwijt valt te maken is voor dit oordeel niet relevant.

Uit de stukken maakt de Ondernemingskamer op dat de aandeelhouders geen besluit kunnen

nemen over de vraag op welke wijze Suncycle moet worden gefinancierd om de continuïteit van de onderneming te waarborgen. Inmiddels is de onderneming (vrijwel) technisch failliet. Dat in de algemene vergadering van aandeelhouders niet de vereiste meerderheid wordt bereikt, wordt onder andere veroorzaakt door het feit dat binnen grootaandeelhouder Peaxe, dat wil zeggen tussen AXE en Penning Beheer als bestuurders van Peaxe, eensgezindheid ontbreekt.

Daarnaast verschillen AXE en Penning Beheer over de wijze waarop het product in de markt moet worden gezet. Een en ander heeft tot gevolg dat Peaxe als aandeelhouder haar stem in de algemene vergadering niet kan bepalen.

De besluitvorming wordt verder bemoeilijkt doordat de onderlinge verhoudingen tussen aandeelhouders zich kenmerkt door wantrouwen, waarbij over en weer verwijten worden gemaakt.

Gelet op deze overwegingen zal de Ondernemingskamer een onderzoek bij Suncycle bevelen, vanaf het moment waarop financiering van Suncycle dringend noodzakelijk werd. Overige bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken behoeven geen bespreking. Het staat de onderzoeker wel vrij in zijn onderzoek de *governance* te betrekken.

Gelet op de financiële situatie is direct ingrijpen op het niveau van de algemene vergadering noodzakelijk. De Ondernemingskamer zal derhalve alle aandelen die door Cocoonit, Lightco en dhr. Shahed worden gehouden overdragen aan beheerder A. De aandelen die door Peaxe worden gehouden zal de Ondernemingskamer overdragen aan beheerder B.

Voorts constateert de Ondernemingskamer dat het vertrouwen in Penning Beheer als bestuurder van Suncycle ontbreekt en dat mede gezien de positie van meerderheidsaandeelhouder Peaxe en het feit dat Penning Beheer ook van deze vennootschap bestuurder is ook het bestuur niet meer naar behoren kan functioneren. Derhalve zal de Ondernemingskamer aan het bestuur een bestuurder met doorslaggevende stem toevoegen.

In de zaak inzake Peaxe waarin de Ondernemingskamer slechts Penning Beheer als belanghebbende aanmerkt oordeelt de Ondernemingskamer dat, zoals reeds hiervoor overwogen, op het niveau van bestuur en algemene vergadering sprake is van een impasse. Dit levert in beginsel gegronde redenen om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Peaxe te twijfelen.

Gelet op de beslissing van de Ondernemingskamer in de zaak jegens Suncycle, bestaat echter onvoldoende belang bij het gelasten van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Het verzoek van AXE zal daarom worden afgewezen.

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 04-06-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2015:2674

**Zaaknummer:** 200.168.600/01 oK en 200.168.600/02 oK

**Rechters:** G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar en M.M.M. Tillema

**Advocaten:** S.C.M. van Thiel, E.M. Soerjatin, A. Aaryf, D.C.M.H. Vielvoye en B.H.L. Hesemans

**Wetsartikelen:** 2:349 BW

RECHTSPRAAK

## Zorgbelang en PAR/SMK

***Zorgbelang en de PAR hebben de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van SMK. Gelet op de consequent weigerachtige houding van de PAR om tot een werkbare samenwerking te komen met SMK wijst de Ondernemingskamer beide verzoeken af.***

Stichting Zorgbelang Gelderland ('Zorgbelang') heeft de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Stichting Sint Maartenskliniek ('SMK') op het terrein van de medezeggenschap over de periode vanaf 20 januari 2014. Daarbij heeft zij om het treffen van enkele onmiddellijke voorzieningen verzocht. De Patiëntenadviesraad Sint Maartenskliniek Nijmegen ('de PAR') heeft bij verweerschrift tevens verzoekschrift, met producties, de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van SMK vanaf 20 januari 2014. Zij heeft tevens om het treffen van enkele onmiddellijke voorzieningen verzocht.

Zorgbelang heeft aan haar stelling dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid van SMK en dat onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen ten grondslag gelegd dat SMK ten aanzien van een aantal genomen of voorgenomen adviesplichtige besluiten de PAR niet in de gelegenheid heeft gesteld advies uit te brengen en dat SMK ten aanzien van niet-adviesplichtige onderwerpen de PAR onvoldoende informatie verstrekt, welke de PAR redelijkerwijs nodig heeft voor zijn taakuitoefening. Volgens Zorgbelang komt SMK haar verplichtingen jegens de PAR niet na. De verhouding tussen raad van bestuur en de PAR is zodanig ernstig verstoord dat de PAR de belangen van patiënten van SMK niet meer goed kan vertegenwoordigen. In dat verband spreekt Zorgbelang van een impasse in de onderlinge verhouding, waardoor medezeggenschap niet kan worden uitgevoerd.

In haar aanvullend verzoek heeft Zorgbelang gewezen op het inmiddels gewezen vonnis van de voorzieningenrechter. Zorgbelang heeft de PAR en de raad van bestuur opgeroepen uitvoering te geven aan dit vonnis. Volgens Zorgbelang heeft SMK aan deze oproep gehoor gegeven en zich ingespannen de impasse te doorbreken. De PAR heeft er geen blijk van



gegeven het vonnis ter harte te nemen en lijkt niet kritisch en adequaat te reflecteren op het eigen functioneren en handelen en lijkt evenmin bereid mee te werken aan bemiddeling. Daarnaast heeft Zorgbelang naar voren gebracht dat de PAR in zijn huidige samenstelling niet bij machte lijkt om mee te werken aan een constructieve oplossing, ook niet nadat SMK de informatievoorziening aan de PAR heeft hervat. Om de impasse te doorbreken acht Zorgbelang het noodzakelijk dat de PAR wordt uitgebreid met een lid met doorslaggevende stem.

De PAR heeft zich op het standpunt gesteld dat er al lange tijd een impasse is in de patiëntenmedezeggenschap in SMK. De raad van bestuur heeft, op verschillende vlakken en meerdere malen, de wettelijke rechten van de PAR geschonden. Onder meer door het achterhouden van informatie die de PAR nodig heeft om te kunnen functioneren. Ook zijn diverse malen adviesrechten genegeerd en weigert SMK de rechtsbijstand van de PAR te bekostigen. De PAR heeft voorts gesteld dat hij onvoldoende informatie krijgt om ongevraagd advies uit te kunnen brengen.

SMK heeft zich primair op het standpunt gesteld dat Zorgbelang niet-ontvankelijk is in haar verzoeken nu zij niet heeft voldaan aan het vereiste van artikel 2:349 lid 1 BW om haar bezwaren aan SMK kenbaar te maken. Subsidiair stelt zij zich op het standpunt dat het verzoek van Zorgbelang ook op inhoudelijke gronden moet worden afgewezen. Evenals het verzoek van de PAR. Zij heeft daartoe in de kern aangevoerd dat zij uitvoering heeft gegeven aan het vonnis van de voorzieningenrechter, dat zij een aantal malen voorstellen heeft gedaan tot mediation, waarop de PAR niet heeft gereageerd, dat zij alle informatie heeft verstrekt die de PAR redelijkerwijs nodig heeft voor de uitoefening van zijn functie, dat de PAR onwillig is de onderlinge verhouding te normaliseren en dat de PAR geen deugdelijke patiëntenvertegenwoordiging meer vormt.

De Ondernemingskamer is van oordeel dat de verzoeken tot het gelasten van een enquête en het treffen van onmiddellijke voorzieningen moeten worden afgewezen. Daartoe is het volgende redengevend.

Het conflict tussen SMK en de PAR is begonnen naar aanleiding van een brief ten aanzien van een wijziging van artikel 3.1 onder f van het informatieprotocol. De Ondernemingskamer constateert dat de wijze waarop de PAR op deze brief heeft gereageerd een juridisering van een verschil van inzicht in de hand heeft gewerkt, waardoor uiteindelijk een onwerkbare situatie is ontstaan. De houding van SMK is hieraan mede debet geweest. Toch kan niet worden geoordeeld dat het disfunctioneren van de medezeggenschap in dit geval een gegronde reden oplevert om aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij SMK te twijfelen. Daarbij neemt de Ondernemingskamer in aanmerking de verhouding tussen SMK en de PAR

na het eerder aangehaalde vonnis van de voorzieningenrechter. De raad van bestuur heeft de PAR van informatie voorzien en er zijn adviezen gevraagd en uitgebracht ten aanzien van tal van onderwerpen. Hoewel dit op het eerste gezicht erop duidt dat, zoals ook door Zorgbelang naar voren gebracht, de medezeggenschap werd vlotgetrokken, bleef de PAR klagen over een gebrek aan informatie. Op verzoeken van de raad van bestuur om hierover nader van gedachten te wisselen en duidelijk te maken op welke punten de PAR nog informatie behoefde, heeft de PAR niet concreet gereageerd. Verder valt de Ondernemingskamer de afwezigheid van een reactie van de PAR op voorstellen van de raad van bestuur om een procedure bij de LCvV te volgen, ex. artikel 10 lid 1 MWZC, of een mediator in te schakelen teneinde met elkaar in gesprek te raken en de samenwerking voor de toekomst gestalte te geven, op. Mede gezien de brief van Zorgbelang waarin de PAR wordt opgeroepen de opdracht van de voorzieningenrechter serieus te nemen, is de consequent weigerachtige opstelling van de PAR, waarvoor hij geen afdoende verklaring heeft gegeven, naar het oordeel van de Ondernemingskamer onbegrijpelijk. De conclusie is dat de PAR onwelwillend is om een bijdrage te leveren aan een werkbare relatie. Dat de medezeggenschap is gestagneerd, is naar het oordeel van de Ondernemingskamer dan ook in overwegende mate te wijten aan de PAR. Onder deze omstandigheden, in het bijzonder de initiatieven van de raad van bestuur om afspraken over de wijze van samenwerking te maken, kan die stagnatie niet leiden tot het oordeel dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van SMK te twijfelen.

Zorgbelang heeft gesteld dat SMK ten aanzien van een aantal concrete onderwerpen de PAR niet in de gelegenheid heeft gesteld advies uit te brengen. Daarnaast heeft de PAR gesteld dat hij geen of onvoldoende informatie heeft gekregen ten aanzien van een aantal zaken.

De Ondernemingskamer overweegt hierover als volgt. Partijen verschillen van mening over de vraag of er voldoende informatie met de PAR is gedeeld. SMK heeft medegedeeld dat zij alle informatie aan de PAR beschikbaar heeft gesteld en dat zij in afwachting is van het advies van de PAR. De Ondernemingskamer sluit niet uit dat de informatievoorziening aanvankelijk tekortschoot, echter, gelet op de houding van de PAR, kan de gang van zaken rond de besluitvorming niet worden aangemerkt als een gegronde reden om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van SMK te twijfelen. Ook op dit punt wreekt zich het ontbreken van een werkbare samenwerkingsverband met afspraken. De Ondernemingskamer is samenvattend van oordeel dat zolang SMK bereid is om de samenwerking met de PAR vorm te geven, de LCvV of een mediator in te schakelen en de PAR dit alles weigert, er geen gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van SMK te twijfelen. Het enkele feit dat een, door alle partijen erkende, impasse in de medezeggenschap bestaat is hiertoe in dit geval onvoldoende.

De Ondernemingskamer merkt in dat verband nog ten overvloede op dat SMK, zoals zij naar

voren heeft gebracht, het initiatief kan nemen de samenstelling van de PAR te wijzigen, nu handhaving van die samenstelling in redelijkheid niet langer van haar kan worden geveerd indien de impasse nog langer zou voortduren.

De PAR heeft nog aangevoerd dat de weigering van SMK om de kosten van rechtsbijstand van de PAR te betalen een gegronde reden oplevert om aan een juist beleid van SMK te twijfelen. Zonder in te gaan op een mogelijke wettelijke grondslag op basis waarvan de PAR zijn kosten van rechtsbijstand vergoed kan krijgen, overweegt de Ondernemingskamer dat een belangrijk deel van de gemaakte rechtsbijstand kosten het gevolg zijn van de weigering van de PAR om het geschil met SMK op een constructieve wijze op te lossen. De Ondernemingskamer concludeert derhalve dat geen sprake is van een gegronde reden om te twijfelen aan het beleid of gang van zake van SMK.

De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding om een proceskostenveroordeling achterwege te laten. Zij wijst er in dit verband op dat in de WMCZ en in de wettelijke regeling van het enquêterecht een expliciete bepaling ontbreekt die in de weg staat aan veroordeling van Zorgbelang als houder van het enquêterecht in de proceskosten. Zorgbelang, in het ongelijk gesteld, zal worden veroordeeld in de proceskosten van SMK, te vermeerderen met rente en nakosten en eventueel kosten van het betekeningsexploit, te vermeerderen met de wettelijke rente. Voor een veroordeling in verdere executiekosten ziet de Ondernemingskamer geen grond.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 03-06-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2015:2660

**Zaaknummer:** 200.161.786/01

**Advocaten:** E.L. Pasma, A.E. van den Heuvel, K. Mous, T. van Malssen, R.C. de Mol en M.H.J. van Rest

**Wetsartikelen:** 2:345 BW en WMCZ

RECHTSPRAAK

## **Upper Brook Companies, LIA/Palint**

***De rechtbank wijst het verzoek ex artikel 2:298 BW tot ontslag van de bestuurders van stichting Palint en het treffen van voorlopige voorzieningen af. De rechtbank overweegt dat dergelijke maatregelen slechts dan kunnen en mogen worden toegepast wanneer over de ontoelaatbaarheid van de gewraakte gedragingen van de bestuurder(s) redelijkerwijs geen verschil van mening mag bestaan. Gezien de onduidelijkheid over de bevoegdheid van de diverse facties die zeggenschap binnen LIA claimen en de rechtsgeldigheid van de door die facties genomen besluiten tot ontslag en benoeming van bestuurders van de Upper Brook Companies, kan niet met vrucht worden geoordeeld dat het handelen van de bestuurders van Palint zonder meer strijdig is met de belangen van de investeerders en dus met de statuten van Palint. Nu evenmin is gebleken dat het gewraakte handelen van de bestuurders van Palint evident strijdig is met de wet en/of wanbeheer oplevert, bestaat ook geen, althans niet voldoende, grond voor de door de Upper Brook Companies en LIA verzochte schorsing en ontslag van de bestuurders van Palint, noch voor het treffen van de verzochte voorlopige voorzieningen.***

Stichting Palint ('Palint') is op 16 augustus 2012 opgericht door Palladyne Investment Asset Management B.V. ('PIAM'). De 'uitvoerende bestuurder' van PIAM is X. Verweerder 2 is een van haar 'niet uitvoerende bestuurders'. Verweerder 2 en verweerder 3 zijn de bestuurders van Palint. De Upper Brook Companies (bestaande uit Upper Brook (I), Upper Brook (A) en Upper Brook (F)) zijn investeringsfondsen die aanvankelijk werden bestuurd door PIAM en Y. In 2006 dan wel 2007 is ieder van de Upper Brook Companies met PIAM een overeenkomst aangegaan die strekt tot beheer van haar vermogen door PIAM (die overeenkomsten zullen hierna gezamenlijk worden aangeduid als de 'Investment Management Agreements'). In het

kader van dat beheer is PIAM op haar beurt tot beheer strekkende overeenkomsten aangegaan met State Street Bank and Trust Company ('State Street'). Palint, door PIAM belast met de bewaring van de door de Upper Brook Companies aan haar in beheer gegeven vermogens, is in dat kader op haar beurt tot bewaring strekkende overeenkomsten aangegaan met Deutsche Bank AG ('Deutsche Bank').

In diverse '*resolutions of the sole shareholder*' wordt PIAM met onmiddellijke ingang ontslagen als bestuurder van de Upper Brook Companies. Deze resolutions zijn namens Libyan Investment Authority ('LIA') ondertekend door Z dan wel A. A en B worden als nieuwe bestuurders van de Upper Brook Companies benoemd. A en B besluiten en verzoeken vervolgens tot beëindiging van de Investment Management Agreements tussen PIAM en de Upper Brook Companies. De Upper Brook Companies en LIA baseren hun verzoeken op het bepaalde in artikel 2:298 en 2:299 BW. Zij nemen tot uitgangspunt dat PIAM rechtsgeldig als bestuurder is ontslagen en dat de Investment Management Agreements rechtsgeldig zijn beëindigd. De rol van PIAM is, zo stellen zij, daarmee uitgespeeld. Dat heeft dan evenzeer te gelden voor de rol van Palint, die nauw met PIAM is verbonden en die door PIAM is ingeschakeld in het kader van de uitvoering van de Investment Management Agreements. Uit het strafrechtelijk onderzoek is echter gebleken dat Palint zich nog altijd inlaat met het beheer en/of de bewaring van de vermogens van (uiteindelijk) de Upper Brook Companies. De bestuurders van Palint, Verweerder 2 en Verweerder 3, maken zich aldus schuldig aan gedragingen als bedoeld in artikel 2:298 lid 1 BW. Palint,

Verweerder 2 en Verweerder 3 voeren verweer. Zij sluiten aan bij het standpunt van PIAM. Dat standpunt komt erop neer dat PIAM – tegen de achtergrond van een in Libië tussen diverse facties woedende strijd om de zeggenschap in LIA c.s. – niet rechtsgeldig als bestuurder van de Upper Brook Companies is ontslagen, dat A en B niet rechtsgeldig als bestuurders van de Upper Brook Companies zijn benoemd en dat de Investment Management Agreements niet rechtsgeldig zijn beëindigd. PIAM zet daarom het beheer van de vermogens van de Upper Brook Companies voort.

De rechtbank overweegt dat artikel 2:298 lid 1 BW bepaalt dat een bestuurder die iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet of van de statuten, dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer, op verzoek van iedere belanghebbende door de rechtbank kan worden ontslagen. Het tweede lid van die bepaling voegt daaraan toe dat de rechtbank, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen in het bestuur kan treffen en de bestuurder kan schorsen. Volgens vaste jurisprudentie kunnen en mogen deze vergaande maatregelen slechts in sprekende gevallen worden toegepast, dat wil zeggen dat over de ontoelaatbaarheid van de gewraakte gedragingen van de bestuurder redelijkerwijs geen verschil van mening mag bestaan. Bij deze stand van zaken kan niet worden geoordeeld dat het handelen van de

bestuurders van Palint – dat in feite neerkomt op het voortzetten van haar taken als bewaarder van de vermogens op grond van de bestaande afspraken met PIAM – hangende de onduidelijkheid over de bevoegdheid van de diverse facties die zeggenschap binnen LIA claimen en de rechtsgeldigheid van de door die facties genomen besluiten tot ontslag en benoeming van bestuurders van de Upper Brook Companies, zonder meer strijdig is met de belangen van de investeerders en dus met de statuten van Palint. Nu evenmin is gebleken dat het gewraakte handelen van de bestuurders van Palint evident strijdig is met de wet en/of wanbeheer oplevert, ziet de rechtbank geen, althans niet voldoende, grond voor de door de Upper Brook Companies en LIA verzochte schorsing en ontslag van de bestuurders van Palint, noch voor het treffen van de verzochte voorlopige voorzieningen.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 13-05-2015

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2015:4381

**Zaaknummer:** C/13/583904 / HA RK 15-83

**Rechters:** R.A. Dudok van Heel, W.M. de Vries en A.W.H. Vink

**Advocaten:** R. de Bree en G. te Winkel

**Wetsartikelen:** 2:298 BW

RECHTSPRAAK

## **Kennisbeheer/Solane**

***Na een samenwerkingsverband van vier jaar tussen X en Y zijn hun vennootschappen (Kennisbeheer en Solane) een vennootschap onder firma aangegaan. Hierbij is afgesproken dat buiten de vennootschap om geen onderneming uitgeoefend zal worden. Kennisbeheer doet acquisitie bij klanten van de vof en stuurt ook uit eigen naam facturen. Solane beroept zich op de contractuele mogelijkheid tot ontbinding en schadevergoeding. Het hof stelt vast dat acquisitie voeren valt onder een ondernemingsactiviteit. Ook stelt het hof vast dat matiging van de contractuele boete alleen is toegestaan wanneer de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Het enkel uiteenlopen van schade en boete is onvoldoende grond voor matiging.***

X is sinds 1999 als zelfstandige werkzaam onder de naam VvE Beheer Starrip ('Starrip') op het gebied van het beheren van verenigingen van eigenaren. Vanaf 2005 is X met Y een samenwerkingsverband aangegaan waarbij ze via hun eigen ondernemingen werkzaamheden uitvoeren. Medio 2008 hebben X en Y hun eigen vennootschappen opgericht, respectievelijk Solane B.V. ('Solane') en Kennisbeheer B.V. ('Kennisbeheer'). Begin mei 2009 hebben Solane en Kennisbeheer een 'overeenkomst van vennootschap onder firma' ('overeenkomst') getekend. Hierin is overeengekomen dat partijen voor gezamenlijke rekening en risico de onderneming Starrip gaan uitoefenen. Ook is er een concurrentiebeding overeengekomen, waardoor het beide vennoten verboden is buiten de vennootschap om een onderneming uit te oefenen. De overtredende vennoot zal een boete van € 100.000 verschuldigd zijn aan de andere vennoot. De andere vennoot heeft in dat geval het recht ontbinding van de vennootschap te vorderen en haar onderneming alleen voort te zetten. Ook is het vennoten verboden – tenzij anders overeengekomen – te eigen behoefte te beschikken over goederen of gelden die de vennootschap toebehoren. Hierop staat een boete van € 200.000 en een recht van ontbinding en overneming van de onderneming voor de andere vennoot.

Aan cliënten van Starrip zijn door Y uit eigen naam facturen en e-mails verzonden waarin acquisitie gedaan wordt voor de eigen adviespraktijk. Op 12 juli 2011 heeft Solane per aangetekende brief met onmiddellijke ingang de ontbinding van de vennootschap onder firma ('vof') ingeroepen omdat Kennisbeheer heeft gehandeld in strijd met de overeenkomst. Zij vermeldt tevens aanspraak te hebben op de boete van € 100.000 en kondigt aan Starrip alleen te zullen voortzetten. Kennisbeheer reageert per brief ontkennend en stelt dat Solane in strijd heeft gehandeld met het verbod te eigen behoeve te beschikken over goederen of gelden die de vennootschap toebehoren. In eerste aanleg heeft Solane gevorderd een verklaring voor recht dat de vof ontbonden is en dat Solane de gedreven onderneming alleen zal voortzetten. Ook is betaling van de boete gevorderd. Kennisbeheer heeft in reconventie een schadevergoeding van € 200.000 gevorderd voor de overtreding van Solane. De rechtbank heeft de vorderingen van Solane toegewezen, met dien verstande dat de boete is gematigd tot een bedrag van € 20.000. De vordering van Kennisbeheer is afgewezen. De vraag of partijen elkaar wegens overbedeling dan wel onderbedeling nog een vergoeding verschuldigd zijn, heeft de rechtbank naar de parkeerrol verwezen.

Kennisbeheer heeft in principaal appèl geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog de vorderingen van Solane zal afwijzen en de vorderingen van Kennisbeheer zal toewijzen. Solane concludeert in principaal appèl tot afwijzing van de vordering van Kennisbeheer en in incidenteel appèl tot het bepalen van de boete op € 100.000 dan wel een ander te bepalen bedrag hoger dan € 20.000.

Het hof oordeelt dat Kennisbeheer in strijd heeft gehandeld met het concurrentiebeding. Buiten de vof om acquisitie voeren voor zichzelf valt onder een in de overeenkomst verboden ondernemingsactiviteit. Ook wijst het hof het betoog van Kennisbeheer af dat er al met ingang van januari 2005 een vof is aangegaan. Artikel 22 WvK houdt een dwingend bewijsvoorschrift in dat meebrengt dat het ontbreken van een akte in interne verhoudingen in de weg staat aan het aannemen van het bestaan van de vennootschap onder firma. Een eindafrekening kan daarmee niet op één lijn worden gesteld. Uit een nota als productie bij memorie van grieven in het geding gebracht blijkt dat X heimelijk de kosten van haar privéwoning ten laste van de vof heeft willen brengen en aldus Kennisbeheer bewust heeft willen benadelen. Wel blijkt dat de post is omgeboekt en dat Kennisbeheer daarmee akkoord is gegaan zonder er verdere consequenties aan te verbinden. Dat X Kennisbeheer bewust heeft willen benadelen kan niet op één lijn worden gesteld met het ten eigen behoeve beschikken over gelden van de vof. De vordering van Kennisbeheer wordt afgewezen.

Kennisbeheer vraagt het hof de schadevergoeding voor overtreden van het concurrentiebeding te bepalen op nihil omdat de gevorderde boete buitensporig is gelet op de inkomsten van de vof en de door Solane geleden schade. Het hof stelt vast dat matiging alleen is toegestaan



indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. De rechter zal moeten letten op de aard van de overeenkomst, haar strekking en de relevante omstandigheden. Het enkel uiteenlopen van schade en boete is onvoldoende grond voor matiging. Verdere matiging dan tot € 20.000 is volgens het hof gezien de onderbouwing van Kennisbeheer niet gerechtvaardigd. Solane maakt niet langer bezwaar tegen de matiging tot € 20.000. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 31-03-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2015:1218

**Zaaknummer:** 200.130.887-02

**Rechters:** M.P. van Achterberg, A.S. Arnold en J. Blokland

**Advocaten:** E.V. Brunings en V.J.M.H.Y. van Haaster

**Wetsartikelen:** 6:94 BW en 22 WvK