

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 26, 2015

Nummer 26, 2015

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:2745](#) 18-09-2015

X/Y

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:4684](#) 22-07-2014

Dombo Beheer B.V./Staat der Nederlanden

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:6433](#) 09-09-2015

X/Y

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:6019](#) 04-09-2015

X/Y

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:5814](#) 02-09-2015

X/Y

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:6281](#) 26-08-2015

Fibercom/A3M Beheer c.s.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:5478](#) 24-08-2015

Montecorona/Coltex en DIDI

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2015:5421](#) 05-08-2015

Railwatch/X

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:5677](#) 31-07-2015

X/Y

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:5434](#) 18-03-2015

Bos en Duin B.V.

RECHTSPRAAK

X/Y

Eiser heeft een opdracht tot advisering verstrekt aan een advocatenmaatschap en vindt dat de advocaten (X en Y) die hem bijstonden toerekenbaar zijn tekortgeschoten en onrechtmatig hebben gehandeld, als gevolg waarvan hij schade heeft geleden. Het hof wees de vordering af omdat (i) de opdracht aan de maatschap en niet aan de advocaten persoonlijk was gegeven, en (ii) feiten die een persoonlijk ernstig verwijt of een door de advocaten persoonlijk gepleegde onrechtmatige daad kunnen opleveren, niet zouden zijn gesteld. De Hoge Raad vindt dat het oordeel van het hof op een onjuiste rechtsopvatting berust, omdat voor het slagen van de vordering niet is vereist dat aan advocaat Y een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van zijn advieswerkzaamheden, aangezien in zoverre de in het algemeen door artikel 6:162 BW gestelde eisen gelden. Ook ten aanzien van advocaat X (als bestuurder van een B.V., welke vennootschap lid was van de maatschap) geldt volgens de Hoge Raad niet de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel. Indien een advocaat door zijn cliënt wegens een beroepsfout uit onrechtmatige daad wordt aangesproken, betreft dat zijn aansprakelijkheid als beroepsbeoefenaar en niet zijn aansprakelijkheid als bestuurder van een vennootschap, aldus de Hoge Raad.

In cassatie wordt van het volgende uitgegaan. Eiser heeft een opdracht tot advisering verstrekt aan maatschap A ('de maatschap'). In dit verband hebben advocaat X ('X') en advocaat Y ('Y'), verweerders in deze zaak, werkzaamheden voor eiser verricht. X was maat in de maatschap en Y was advocaat in dienstbetrekking. X is bestuurder van een besloten vennootschap, welke vennootschap lid is van de maatschap.

In 2008 heeft eiser € 1 miljoen aan Alasco Vastgoed B.V. ('Alasco') geleend. Tot zekerheid van terugbetaling verkreeg eiser borgtochten en hypothecaire zekerheid. Alasco en de borgen zijn failliet verklaard. De vordering van eiser uit hoofde van de geldlening is niet voldaan. De hypothecaire zekerheid biedt slechts dekking voor een beperkt deel van de vordering.

Eiser vordert een verklaring voor recht dat X en Y toerekenbaar zijn tekortgeschoten en onrechtmatig hebben gehandeld en legt daaraan ten grondslag dat X en Y de waarde van de grond niet hebben onderzocht en hem daarover niet hebben geadviseerd.

Het hof heeft de vordering afgewezen omdat de opdracht aan de maatschap en niet aan X en Y persoonlijk is gegeven. Feiten die een persoonlijk ernstig verwijt aan X en Y of een door hen persoonlijk gepleegde onrechtmatige daad kunnen opleveren zijn volgens het hof niet gesteld.

Het middel klaagt dat het hof heeft miskend dat een advocaat die een beroepsfout maakt, onrechtmatig handelt jegens zijn cliënt, ongeacht of hij contractueel als opdrachtnemer heeft te gelden. Volgens eiser kan de stelling dat X en Y ernstig zijn tekortgeschoten in hun dienstverlening als advocaat, een door hen persoonlijk jegens eiser gepleegde onrechtmatige daad opleveren. Ten onrechte – aldus eiser – stelt het hof de eis dat van een onrechtmatige daad pas sprake zou kunnen zijn indien hen persoonlijk een ernstig verwijt treft.

De Hoge Raad overweegt als volgt. Bij de beoordeling van de klacht is uitgangspunt dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht, wat onder meer meebrengt dat een advocaat die een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (vgl. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, *NJ* 2015/267).

Als de cliënt de advocaat aanspreekt die de opdracht feitelijk heeft uitgevoerd, maar die niet zijn contractuele wederpartij is, kan aansprakelijkheid slechts worden aangenomen met inachtneming van de daarvoor in artikel 6:162 BW gestelde eisen. Een dergelijk geval doet zich bijvoorbeeld voor als de cliënt een opdracht heeft gegeven aan een advocatenmaatschap, maar de opdracht feitelijk wordt uitgevoerd door een werknemer van die maatschap.

Hieruit volgt volgens de Hoge Raad dat het oordeel van het hof op een onjuiste rechtsopvatting berust, voor zover het de tegen Y ingestelde vordering betreft. Voor het slagen van deze vordering is niet vereist dat aan Y persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van zijn advieswerkzaamheden voor eiser, omdat in zoverre de in het algemeen door artikel 6:162 BW gestelde eisen gelden.

Ook ten aanzien van de vordering gericht tegen X overweegt de Hoge Raad dat

aansprakelijkheid niet pas kan worden aangenomen als X persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor het aanvaarden van deze verhoogde aansprakelijkheidsdrempel is slechts plaats met betrekking tot het handelen van betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap die door een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt (HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628 en ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015/21 en 22).

De vordering van eiser berust echter op een door X gepleegde onrechtmatige daad, die is gelegen in de wijze waarop hij de onderhavige werkzaamheden feitelijk heeft verricht. Indien een advocaat door zijn cliënt wegens een beroepsfout uit onrechtmatige daad wordt aangesproken, betreft dit zijn aansprakelijkheid als beroepsbeoefenaar en niet zijn aansprakelijkheid als bestuurder van een vennootschap, aldus de Hoge Raad.

Voor zover het hof heeft geoordeeld dat eiser onvoldoende heeft gesteld om een op artikel 6:162 BW gebaseerde vordering tegen X of Y te kunnen dragen, treft het onderdeel eveneens doel, omdat dit oordeel volgens de Hoge Raad dan onbegrijpelijk is gemotiveerd.

Slotsom is dat de klacht slaagt.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-09-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:2745

Zaaknummer: 14/03391

Rechters: F.B. Bakels, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, G. de Groot en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: J. de Bie Leuveling Tjeenk, R.S. Meijer en A.M. van Aerde

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

In deze zaak vordert een ontslagen statutair bestuurder vernietiging van een ontslagbesluit, onder meer omdat hij niet in de gelegenheid is gesteld om een raadgevende stem uit te brengen. De vennootschap betwist dat eiser een belang heeft bij de vordering als bedoeld in artikel 2:15 lid 3 BW. De rechtbank overweegt dat eiser, gelet op de omstandigheden van het geval, had moeten begrijpen dat zijn dienstverband ten einde zou komen, hetgeen eveneens betrekking had op de beëindiging van zijn functie als statutair bestuurder. Na het eerste ontslagbesluit is bovendien een tweede ontslagbesluit genomen waarbij wel is voldaan aan de wettelijke en statutaire vereisten. Van herstel van het statutair bestuurschap zal volgens de rechtbank reeds daarom geen sprake zijn. Onder die omstandigheden komt de rechtbank tot het oordeel dat geen sprake is van een redelijk belang in de zin van artikel 2:15 lid 3 BW, zodat de rechtbank niet overgaat tot vernietiging van het Besluit.

De feiten zijn als volgt. Eiser is in 2005 benoemd als statutair bestuurder van Lukoil Benelux B.V. ('Lukoil'). Sinds 2006 is eiser in dienst van een naar Russisch recht opgerichte vennootschap ('Lukoil Personnel') en is hij, ten behoeve van de uitoefening van zijn functie als bestuurder, uitgeleend aan Lukoil. Daartoe is tussen Lukoil en Lukoil Personnel een zogenoemde 'secondment agreement' ('detacheringsovereenkomst') gesloten.

In december 2013 is buiten vergadering een besluit genomen tot ontslag van eiser als statutair bestuurder ('het Besluit'). In maart 2015 is, voor zover nodig, in vergadering een besluit genomen tot ontslag van eiser als statutair bestuurder ('het tweede ontslagbesluit').

Verkort weergegeven vordert eiser het Besluit te vernietigen. Daaraan legt hij ten grondslag dat hij niet in de gelegenheid is gesteld zijn raadgevende stem uit te brengen en dat hij niet in

de gelegenheid is geweest zich tijdens de algemene vergadering, bijgestaan door een raadsman, te verantwoorden. Daarmee is gehandeld in strijd met de wet en statuten, zodat het Besluit vernietigbaar is op grond van artikel 2:15 lid 1 aanhef en onder a BW. Lukoil betwist dat eiser een belang heeft bij de vordering als bedoeld in artikelen 3:303 BW en 2:15 lid 3 BW.

De rechtbank overweegt dat uit het bepaalde in voormelde artikelen blijkt dat eiser zowel belang dient te hebben bij de door hem ingestelde vordering als bij nakoming van de beweerdelijk overtreden regel. Volgens eiser is dit belang gegeven nu Lukoil Personnel zich op het standpunt stelt dat de arbeidsovereenkomst eindigt als gevolg van het Besluit. Bovendien is het voor eiser van belang om te weten of en in welke mate hij nog externe verantwoordelijkheid draagt als statutair bestuurder van Lukoil. De rechtbank oordeelt dat dit belangen zijn als bedoeld in artikel 3:303 BW.

Ten aanzien van het belang als bedoeld in artikel 2:15 lid 3 BW acht de rechtbank in dit geval ook de navolgende omstandigheden van belang.

Tussen eiser en Lukoil dan wel Lukoil Personnel is geruime tijd uitgebreid gesproken over (mogelijke) beëindiging van het dienstverband. Eiser was ermee bekend dat het dienstverband het arbeidsrechtelijke vehikel was ten behoeve van zijn positie als statutair bestuurder van Lukoil. Volgens de rechtbank had eiser dan ook moeten begrijpen dat de gesprekken evenzeer betrekking hadden op de beëindiging van zijn functie als statutair bestuurder.

Daarnaast overweegt de rechtbank dat de stellingen van Lukoil, dat eiser maanden heeft gehandeld conform de beëindiging van het dienstverband en het statutair bestuurschap, niet zijn betwist.

Afgezien van de algemene stelling van eiser dat hij negatief zou hebben geadviseerd over het voorgenomen Besluit als hij daartoe in de gelegenheid was gesteld, is volgens de rechtbank gesteld noch gebleken wat het advies zou inhouden en dat dit advies invloed zou kunnen hebben gehad op de besluitvorming. Inmiddels is een tweede ontslagbesluit genomen waarbij onbetwist is voldaan aan de wettelijke en statutaire vereisten.

Onder deze omstandigheden komt de rechtbank tot het oordeel dat niet sprake is van een redelijk belang in de zin van artikel 2:15 lid 3 BW, zodat de rechtbank niet overgaat tot vernietiging van het Besluit.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:6433

Zaaknummer: C/10/470440 / HA ZA 15-187

Rechters: A.A.T. Werner

Advocaten: C.C. Oberman en T.L. Claassens

Wetsartikelen: 2:15 BW en 2:303 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

In deze zaak vindt Zaam Accountants dat de bestuurder van Ko-Finance en Ko-Vast een ernstig verwijt valt te maken omdat hij als aandeelhouder en bestuurder de aandelen in zijn vennootschappen voor een symbolisch bedrag van € 1 aan een onbekende derde verkocht. Volgens Zaam had hij bovendien als goed bestuurder pogingen moeten doen om de vennootschap te herfinancieren. Ten aanzien van het verwijt met betrekking tot het vervreemden van de aandelen oordeelt de kantonrechter dat Zaam daarmee miskent dat een aandeelhouder niet persoonlijk aansprakelijk is voor hetgeen in naam van een besloten vennootschap wordt verricht (vgl. art. 2:175 BW). Voor zover de bestuurder wordt verweten dat hij heeft nagelaten nieuwe opdrachten binnen te halen of de vennootschap te herfinancieren is de kantonrechter van oordeel dat de bestuurder hier geen ernstig verwijt treft, aangezien het als niet of onvoldoende betwist vaststaat dat zijn vennootschappen ten tijde van de aandelenoverdracht in een zeer slechte financiële situatie verkeerden, dat er steeds minder werk was en dat gedaagde (zij het tevergeefs) heeft getracht nieuwe financiering te verkrijgen.

De feiten zijn als volgt. Een van de gedaagden ('gedaagde') is voormalig enig aandeelhouder en bestuurder van Ko-Finance B.V. ('Ko-Finance'), die op haar beurt alle aandelen houdt/hield in en bestuurder was van Ko-Vast B.V. ('Ko-Vast'). Gedaagde verrichtte, via Ko-Finance en Ko-Vast, renovatiewerk voor een liftenbedrijf.

Gedaagde heeft namens Ko-Finance en Ko-Vast aan Zaam Accountants en Adviseurs ('Zaam') opdrachten verstrekt tot het verrichten van accountantswerkzaamheden. Zaam heeft voor deze werkzaamheden aan Ko-Finance en Ko-Vast facturen verstuurd. Ko-Finance en Ko-Vast

hebben facturen onbetaald gelaten. In 2014 heeft gedaagde bij notariële akte alle aandelen in Ko-Finance overgedragen aan Stichting Wome Beheer ('Stichting'). De koopprijs voor de aandelen was € 1.

Zaam vordert – verkort weergegeven – betaling van de openstaande facturen, en verwijt gedaagde dat hij zodanig onzorgvuldig heeft gehandeld dat hem daarvan een ernstig verwijt valt te maken, omdat hij als aandeelhouder en bestuurder de aandelen in Ko-Finance voor een symbolisch bedrag van € 1 aan een onbekende derde verkocht, zonder voorafgaand deugdelijk onderzoek te hebben verricht naar de financiële gegoedheid van deze derde. Als goed bestuurder had gedaagde voorts pogingen moeten doen om nieuwe opdrachten binnen te halen of de vennootschap te herfinancieren zodat schuldeisers kunnen worden betaald.

Gedaagde voert aan dat de financiële situatie van Ko-Finance en Ko-Vast tot aan de aandelenoverdracht dramatisch slecht was doordat er geen werk meer was, en Zaam wist daar ook van. Gedaagde heeft geprobeerd financiering aan te trekken, wat op niets is uitgelopen.

De kantonrechter overweegt eerst dat er verschil bestaat tussen een eventuele aansprakelijkheid van gedaagde als aandeelhouder en als bestuurder. Voor zover gedaagde wordt verweten dat hij als aandeelhouder onrechtmatig jegens Zaam heeft gehandeld door de aandelen Ko-Finance aan Stichting te vervreemden zonder zich ervan te vergewissen of deze de facturen zou voldoen, miskent Zaam dat een aandeelhouder niet persoonlijk aansprakelijk is voor hetgeen in naam van een besloten vennootschap wordt verricht (vgl. art. 2:175 BW).

Bij de beoordeling van de vraag of gedaagde als (indirect) bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld, overweegt de kantonrechter dat naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook grond kan zijn voor aansprakelijkheid van de bestuurder. De betrokken bestuurder kan namelijk voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor het 'ernstig verwijt criterium' verwijst de kantonrechter naar *Ontvanger/Roelofsen* (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *Ontvanger/Roelofsen*).

Voor zover gedaagde wordt verweten dat hij als bestuurder heeft nagelaten om nieuwe opdrachten binnen te halen of de vennootschap te herfinancieren is de kantonrechter van oordeel dat gedaagde hier geen ernstig verwijt treft, aangezien het als niet of onvoldoende betwist vaststaat dat Ko-Finance en Ko-Vast ten tijde van de aandelenoverdracht in een zeer slechte financiële situatie verkeerden, dat er steeds minder werk was en dat gedaagde (zij het tevergeefs) heeft getracht nieuwe financiering te verkrijgen.

Voor zover Zaam aan zijn vordering de stelling ten grondslag legt dat gedaagde ten onrechte

heeft nagelaten de vennootschap te ontbinden en te vereffenen, heeft hij zijn vordering onvoldoende onderbouwd. Immers – aldus de kantonrechter – hij heeft niet gesteld dat Zaam, als gevolg van het feit dat gedaagde de vennootschappen niet heeft ontbonden of het faillissement heeft aangevraagd, wist of had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben (i) dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en (ii) ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:6019

Zaaknummer: CV EXPL 15-3689

Rechters: L. Biller

Advocaten: J.M.F. Verheij

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Mislukte reorganisatie. De curator stelt vorderingen in ex artikel 47 Fw, 6:162 en 2:248 BW. Drie onderwerpen staan in geding centraal: (i) de hoogte en de wijze van voldoening van een koopprijs voor aandelen, (ii) de betaling van € 18.000 door een van de failliete bedrijven en (iii) de schending van de boekhoud- en publicatieplicht, waardoor de bestuurders mogelijk aansprakelijk zijn voor de faillissementstekorten (art. 2:248 BW). De curator wenst wat betreft (i) geen vernietiging van de aandelenverkoop, maar vordert schadevergoeding ex artikel 6:162 BW. De rechtbank wijst enkel deze Peeters Gatzzen-vordering met betrekking tot (i) toe, waarbij de benadeling in de betalingswijze schuilt: de schuldoverneming minder dan acht weken voor faillissement. Weliswaar verminderde de schuldenlast, maar de liquiditeit werd niet verbeterd en de verhaalsmogelijkheden voor de schuldeisers namen af. De betaling van € 18.000 is gezien de achtergrond van de betaling niet paulianeus. Of en zo ja in hoeverre sprake is van schending van de boekhoud- en publicatieplicht kan volgens de rechtbank in het midden blijven, nu de bestuurders aannemelijk hebben gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest: de economische crisis.

In deze zaak staan in rechte tegenover elkaar een curator, optredend als zodanig in de faillissementen van tien bedrijven ('de groep') en vier gedaagden: twee natuurlijk personen ('A' en 'B') en twee rechtspersonen ('X' en 'Y'). Vanaf november 2009 heeft er binnen de groep een grondige reorganisatie plaatsgevonden, maar deze heeft het tij niet voldoende kunnen keren, met faillissement als gevolg. Voor onderhavig geschil is verder het volgende relevant.

Vanaf 16 januari 2012 was een van de tien bedrijven ('Autoschade') aandeelhouder en bestuurder van X. Ooit heeft Autoschade de aandelen van een niet-gelieerde partij gekocht voor € 100.000. Op 5 oktober 2012 heeft Autoschade de aandelen voor € 160.000 verkocht en overgedragen aan een door A als enig aandeelhouder en bestuurder gecontroleerde vennootschap die niet binnen de groep valt ('Beheer'). Betaling vond plaats door schuldoverneming (rekening-courantschuld) door Beheer en de hoogte van de koopprijs werd gebaseerd op een waardering door een registeraccountant – de aanvankelijke aankoopprijs maal de geschatte brutomarge over 2012 gedeeld door de brutomarge over 2011. Iets meer dan een maand later wordt tijdens een buitengewone vergadering besloten alle onderdelen van de groep eigen aangifte tot faillietverklaring te laten doen. Bij vonnissen van 27 november 2012 zijn de tien bedrijven failliet verklaard.

Drie onderwerpen staan in geding centraal: (i) de hoogte en de wijze van voldoening van een koopprijs voor aandelen, (ii) de betaling van € 18.000 door een van de failliete bedrijven en (iii) de schending van de boekhoud- en publicatieplicht, waardoor de bestuurders mogelijk aansprakelijk zijn voor de faillissementstekorten (art. 2:248 BW). De curator wenst wat betreft (i) geen vernietiging van de aandelenverkoop, maar vordert schadevergoeding ex artikel 6:162 BW. De rechtbank oordeelt als volgt.

Nu Autoschade de aandelen heeft verkocht tegen een prijs bepaald door een registeraccountant, is het bezwaar van de curator tegen de hoogte van de door Beheer betaalde koopprijs, naar het oordeel van de rechtbank, niet voldoende onderbouwd. De betalingswijze daarentegen – de schuldoverneming minder dan acht weken voor faillissement – heeft schuldeisers van Autoschade benadeeld. Weliswaar werd de schuldenlast verminderd, maar de liquiditeitspositie bleef ongewijzigd en de verhaalsmogelijkheden namen af. Nu A bestuurder was van alle bij de transactie betrokken vennootschappen geldt dat de wetenschap van benadeling van de schuldeisers van Autoschade in beginsel ook bij Beheer en B aanwezig wordt geacht. Volgens de rechtbank staat aldus vast dat paulianeus is gehandeld, waarbij de schade wordt vastgesteld op € 160.000. Nu het paulianeus handelen ook als een onrechtmatig handelen kan worden bestempeld, wordt de vordering hoofdelijk toegewezen jegens Beheer en X.

De betaling van € 18.000 door een van de failliete bedrijven ('bedrijf 2') aan X heeft volgens de rechtbank niet plaatsgevonden na eigen aangifte van faillietverklaring, zodat de vraag overblijft of er sprake was van samenspanning (overleg) in de zin van artikel 47 Fw. De rechtbank oordeelt dat de concernverhoudingen niet leiden tot een feitelijk vermoeden van samenspanning gezien de achtergrond van de betaling: het voorschieten door X aan bedrijf 2. Bovendien kan niet worden aangenomen dat zij de bedoeling hebben gehad crediteuren van eerstgenoemde te benadelen. Integendeel, doel van de transactie was juist het realiseren van

een bate door bedrijf 2, die zonder de hulp van X niet gerealiseerd had kunnen worden; de crediteuren hebben daarvan geprofiteerd.

Of en zo ja in hoeverre sprake is van schending van de boekhoud- en publicatieplicht kan volgens de rechtbank in het midden blijven, nu de bestuurders aannemelijk hebben gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest: de economische crisis. Na 2009 is gereorganiseerd onder leiding van een externe adviseur en er zijn structurele kostenbesparingen doorgevoerd. Blijkens de door de curator overgelegde jaarrekening is in 2010 ten opzichte van 2009 een kostenbesparing gerealiseerd van € 415.500, waardoor het bedrijfsresultaat is omgebogen van -/- € 444.000 naar -/- € 69.000 bij nagenoeg gelijk gebleven brutomarges. In 2012 bleek echter dat de kostenbesparingen niet voldoende waren om de dalende omzet als gevolg van de wereldwijde economische crisis te compenseren. Door het inzakken van de onroerend goed prijzen konden bovendien bedrijfspanden niet meer verkocht worden teneinde de financieringskosten te beperken.

De vorderingen jegens A en B worden afgewezen. X en Y worden hoofdelijk veroordeeld om aan de curator € 160.000 vermeerderd met de wettelijke rente te betalen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 02-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:5814

Zaaknummer: HA ZA 14-1169

Rechters: N.C.H. Blankevoort

Advocaten: W. Janssen-van Kesteren, J. Bos en J.W. Verhoef

Wetsartikelen: 2:248 BW, 6:162 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Fibercom/A3M Beheer c.s.

Bestuurdersaansprakelijkheidsvordering. De rechtbank overweegt dat aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of aan A3M een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De enkele overtreding van statutaire bepalingen die het belang van Fibercom beogen te beschermen kan als een zware omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt, maar de door A3M en X aangevoerde feiten en omstandigheden op grond waarvan het gewraakte handelen naar hun mening geen ernstig verwijt oplevert, moeten uitdrukkelijk in de beoordeling te worden betrokken (Hoge Raad 29 november 2002, NJ 2004/455; Berghuizer Papierfabriek). De rechtbank oordeelt dat een onvoldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt om tot aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur te concluderen en wijst de vordering af.

Eiser in geding is Fibercom BV ('Fibercom'). Eiser houdt zich bezig met de levering en het aanleggen van glasvezelnetwerken. Sinds 2008 waren A3M Beheer BV ('A3M') en AEG Eurolec Holding BV ('AEG') bestuurder en elk voor vijftig procent aandeelhouder van Fibercom. X is enig aandeelhouder en bestuurder van A3M. Y is middellijk bestuurder en enig aandeelhouder van AEG. X en Y hadden afgesproken dat X zich vooral zou richten op de commercie en het verrichten van de feitelijke werkzaamheden, terwijl Y zich vooral zou bezighouden met de financiën. Rendant Holding B.V. ('Rendant') was de grootste opdrachtgever van Fibercom. Rendant had een aanzienlijke betalingsachterstand opgelopen. Op een bepaald moment is tussen X en Y onvrede ontstaan.

Begin 2013 heeft X aan Y bericht niet meer voor Fibercom te werken. Y heeft vervolgens de sloten van het pand gewijzigd. Partijen zijn tevergeefs met elkaar in overleg getreden over een afwikkeling van hun samenwerking als bestuurders en aandeelhouders van Fibercom. A3M is

per 1 april 2014 uitgeschreven als bestuurder voor Fibercom. Op 5 november 2013 heeft X, zonder voorafgaand overleg met Y, namens Fibercom een overeenkomst gesloten, waarbij het door Rendant verschuldigde bedrag per 5 november 2013 is vastgesteld op € 80.000, welk bedrag Rendant in maandelijkse termijnen via de rekening van A3M diende af te betalen.

Fibercom stelt in onderhavig geding meerdere vorderingen in. Twee daarvan komen hier aan de orde: Fibercom vordert te verklaren voor recht dat A3M haar taken als statutair bestuurder van Fibercom onbehoorlijk heeft vervuld en er te dier zake sprake is van ernstige verwijtbaarheid en vordert van A3M en X ter zake ook schadevergoeding.

Fibercom wordt wegens gebrek aan belang niet-ontvankelijk verklaard in de vordering voor recht te verklaren dat A3M haar taken als statutair bestuurder van Fibercom onbehoorlijk heeft vervuld en er te dier zake sprake is van ernstige verwijtbaarheid, nu reeds schade wordt gevorderd wegens het verweten onbehoorlijk bestuur. Andere schade dan gevorderd is namelijk gesteld noch gebleken.

Fibercom voert aan dat A3M en X onbehoorlijk hebben gehandeld door ten nadele van Fibercom een vaststellingsovereenkomst met Rendant te sluiten. De rechtbank overweegt dat aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of aan A3M een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De enkele overtreding van statutaire bepalingen die het belang van Fibercom beogen te beschermen kan als een zware omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt, maar de door A3M en X aangevoerde feiten en omstandigheden op grond waarvan het gewraakte handelen naar hun mening geen ernstig verwijt oplevert, moeten uitdrukkelijk in de beoordeling te worden betrokken (Hoge Raad 29 november 2002, *NJ 2004/455*; *Berghuizer Papierfabriek*). De rechtbank oordeelt dat een onvoldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt om tot aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur te concluderen, vanwege het volgende.

Y was niet alleen verantwoordelijk voor de financiële zaken van Fibercom, maar verzorgde voorheen ook de administratie voor A3M. In januari 2013 constateerde Y dat de Belastingdienst op 11 december 2012 ten laste van A3M beslag had gelegd vanwege het niet nakomen van de loonheffingsverplichtingen. Bij de betekening van de beslagstukken heeft Y zich jegens de Belastingdienst uitgegeven als bestuurder van A3M. Y heeft X niet zelf over de beslaglegging geïnformeerd. Vast komt te staan dat een groot deel van de aan A3M toekomende managementvergoedingen in rekening-courant met Fibercom werden verrekend en dat het bankkrediet niet werd ingelost, terwijl met ontvangen gelden betalingen werden gedaan voor aan AEG gelieerde vennootschappen. De liquiditeitspositie van Fibercom kwam zo onder druk te staan en er werd niet afgelost op de schulden. Aan AEG gelieerde vennootschappen maakten bovendien gebruik van het door Fibercom gehuurde pand, zonder

daar een vergoeding voor te betalen.

Fibercom heeft X de toegang tot het pand ontzegd door de sloten te vervangen, terwijl A3M c.s. op dat moment nog steeds indirect bestuurder waren. Fibercom heeft het daarmee X onmogelijk gemaakt nader zicht te krijgen op de financiële administratie. Dat het vertrouwen van A3M en X in het voeren van een deugdelijke administratie door Y gelet op het voorgaande ernstig was geschaad en dat zij zich genoodzaakt zagen in te grijpen door er zelf voor te zorgen dat Rendant ging betalen en door vervolgens crediteuren van Fibercom af te lossen, is niet onbegrijpelijk. Bij dit alles is mede van belang dat X en A3M in een zeer lastige positie waren komen te verkeren. Zij beschikten niet over de middelen om zich door een deskundige adequaat te doen voorlichten over de werkelijke financiële positie waarin Fibercom verkeerde, terwijl duidelijk was dat die positie precair was. Evenmin beschikten zij over financiële middelen om de gerezen geschillen met de medeaandeelhouder en medebestuurder met behulp van gespecialiseerde juridische bijstand en volgens de daartoe geëigende procedures te beslechten. De rechtbank wijst de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-08-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:6281

Zaaknummer: C/10/458825

Rechters: A.A.T. Werner

Advocaten: R.P.R. Nolten en M.M. Broere-Blokland

Wetsartikelen: 2:9 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Railwatch/X

Een eerder in (niet gepubliceerd) tussenvonnis gegeven gelegenheid tot nader onderbouwen van stellingen wordt aangewend zonder succes. Railwatch vordert schadevergoeding, maar niet duidelijk wordt om welke werkelijk uitgevoerde werkzaamheden en facturering het gaat. Ook gedaagde weet zijn stellingen niet nader te onderbouwen. Niet duidelijk is welk deel van de geplande activiteiten voor Safelines en Hooijer gedaagde niet heeft kunnen uitvoeren, hoeveel gedaagde daaraan verdiend zou hebben en in welke mate vaststond dat hij deze geplande werkzaamheden ook werkelijk had kunnen uitvoeren. De rechtbank verklaart voor recht dat gedaagde aansprakelijk is tegenover Railwatch voor de gevolgen van zijn tekortschieten in de nakoming van zijn verplichting tot een behoorlijke vervulling van zijn taak in de zin van artikel 2:9 BW en wijst alle overige vorderingen af.

Coöperatie Railwatch u.a. ('Railwatch'), een bedrijf dat voor diverse opdrachtgevers in en rond het spoor werkt, is eerder door de rechtbank in een (niet gepubliceerd) tussenvonnis van 29 april 2015 in de gelegenheid gesteld het door haar als voorschot op schadevergoeding gevorderde bedrag van € 3700 nader te onderbouwen. De belangrijkste onduidelijkheden waren de door gedaagde aan haar betaalde vergoedingen van € 1000 en vervolgens € 4425 (tezamen meer dan het gevorderde bedrag) en het feit dat de schadebegroting is gemaakt aan de hand van een planningslijst, terwijl niet duidelijk werd om welke werkelijk uitgevoerde werkzaamheden en facturering het ging.

De toelichting die nu bij akte door Railwatch is gegeven betreft opnieuw de planningslijst terwijl aan het gegeven dat al betaald is – relevant nu het niet gaat om een verklaring voor recht over de omvang van de schade maar om de betaling van een voorschot – in het geheel geen aandacht wordt besteed. Daarom is de vordering in conventie van Railwatch slechts toewijsbaar voor zover zij is gericht op een verklaring voor recht dat gedaagde aansprakelijk is

voor de gevolgen van zijn tekortschieten in de nakoming van zijn verplichting tot een behoorlijke vervulling van zijn taak in de zin van artikel 2:9 BW, zoals bedoeld in het tussenvonnis.

Gedaagde is in het tussenvonnis in de gelegenheid gesteld toelichting te geven op een onderdeel van zijn vordering. Gedaagde heeft aangevoerd dat hij in de periode tussen 9 augustus 2014 en 11 september 2014 geplande werkzaamheden voor Safelines en Hooijer niet heeft kunnen uitvoeren. In het tussenvonnis is overwogen dat uit de stukken niet duidelijk was welk deel van de geplande activiteiten dit betrof, hoeveel gedaagde daaraan verdiend zou hebben en in welke mate vaststond dat hij deze geplande werkzaamheden ook werkelijk had kunnen uitvoeren zonder dat het besluit van 8 augustus 2014 genomen was.

De rechtbank concludeert dat gedaagde, door te verwijzen naar de planningslijst van Railwatch, niet heeft aangegeven welk deel van de geplande activiteiten hij daadwerkelijk uitgevoerd zou kunnen hebben. Reeds daarom is zijn reactie onvoldoende als onderbouwing van zijn betoog. De vraag in welke mate vaststond dat hij de geplande werkzaamheden werkelijk had kunnen uitvoeren zonder dat het besluit van 8 augustus 2014 genomen was, komt in zijn akte in het geheel niet aan de orde. Gedaagde wordt niet toegelaten tot bewijslevering van zijn stellingen. Voor wat betreft de gestelde schade die geleden zou zijn doordat gedaagde opdrachten van Hooijer en/of Safelines heeft gemist moet Bakkers vordering, gelet op het voorgaande, worden afgewezen.

De rechtbank verklaart voor recht dat gedaagde aansprakelijk is tegenover Railwatch voor de gevolgen van zijn tekortschieten in de nakoming van zijn verplichting tot een behoorlijke vervulling van zijn taak in de zin van artikel 2:9 BW en wijst alle overige vorderingen af.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 05-08-2015

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2015:5421

Zaaknummer: C/05/275241

Rechters: J.D.A. den Tonkelaar

Advocaten: A.A. Bart en J. Brouwer

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Montecorona/Coltex en DIDI

Kern van het geschil betreft de vraag of als gevolg van de splitsing van Coltex in aparte divisies met eigen rechtspersoonlijkheid de huurovereenkomst tussen Montecorona en Didi naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand kan blijven. De kantonrechter overweegt dat bij toepassing van artikel 2:334r lid 1 BW de situatie vóór en ná de splitsing maatgevend is voor de vergelijking van de financiële positie van de onderneming die partij is bij de huurovereenkomst. Didi, rechtsopvolger onder algemene titel, is volgens de rechtbank een met de rechtsvoorganger vergelijkbare vennootschap. Zij is eveneens niet meer dan een servicevennootschap zonder eigen activiteiten en is voor haar inkomsten afhankelijk van derden. De rechtbank overweegt dat de verhaalspositie van Montecorona als gevolg van de splitsing niet relevant is gewijzigd. Dat de splitsing en reorganisatie de positie van Montecorona negatief heeft beïnvloed, kan de kantonrechter niet inzien, omdat beide vennootschappen nog steeds deel uitmaken van hetzelfde concern en de feitelijke exploitatie van het gehuurde niet is gewijzigd. Dat de vennootschappelijke verhouding onderling is gewijzigd, acht de rechtbank niet relevant. Onder verwijzing naar het vonnis van haar ambtsgeenoot van 25 maart 2015 (ECLI:NL:RBMNE:2015:2353) oordeelt de rechtbank dat, gelet op het voorgaande, er geen reden is om de huurovereenkomst op de voet van artikel 2:334r lid 1 lid BW te wijzigen.

Eiser in onderhavig geding is Montecorona Properties BV ('Montecorona') een belegger in vastgoed en onderdeel van de Kroonenberg Groep. Gedaagden zijn Coltex BV ('Coltex') en

Didi huur BV ('Didi') thans beide onderdeel van het kleding- en modeconcern van de familie Elzas ('Coltex-concern'). Tussen Coltex en Montecorona bestaat sinds 1998 een huurovereenkomst voor bedrijfsruimte aan het Osdorpplein 661-663 te Amsterdam. Recentelijk is het Coltex-concern geherstructureerd, waarbij er onder andere een juridische splitsing heeft plaatsgevonden op 24 december 2013. Van Coltex zijn toen zeven nieuw opgerichte vennootschappen juridisch afgesplitst, die voorheen divisies vormden. Didi is een van deze afgesplitste vennootschappen. De rechten uit de huurovereenkomsten van Coltex voor de divisie van Didi zijn bij splitsing overgegaan op Didi.

Het draait in deze zaak om twee vragen. Aan de ene kant de vraag of als gevolg van de splitsing van Coltex de huurovereenkomst tussen Montecorona en Didi, op grond van het bepaalde in artikel 2:334r BW, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand kan blijven. Aan de andere kant of door de splitsing Coltex en Didi artikel 3.1 van de bij de huurovereenkomst behorende algemene bepalingen (ROZ-model) hebben geschonden door het 'inbrengen' van de huurrechten in Didi, zonder voorafgaande toestemming van Montecorona. Montecorona vordert primair wijziging van de huurovereenkomst, een bankgarantie van Coltex en Didi en een contractuele boete € 500 per dag vanaf 24 december 2013 tot de dag waarop vonnis wordt gewezen. Subsidiair vordert ze een minder vergaande wijziging van de overeenkomst en dezelfde contractuele boete.

Montecorona heeft gesteld dat de financiële goedgeheid van haar wederpartij in haar nadeel is gewijzigd, waardoor de beleggingswaarde van het pand is verminderd. De kantonrechter overweegt dat bij toepassing van artikel 2:334r lid 1 BW de situatie vóór en ná de splitsing maatgevend zijn voor de vergelijking van de financiële positie van de onderneming die partij is bij de huurovereenkomst. De rechtbank stelt vast dat vanaf 2010 verliezen zijn geleden door Coltex en vanaf 2012 bij geen van de drie divisies enig positief resultaat is geboekt. Daarnaast stelt zij vast dat Coltex niet meer was dan een service-vennootschap die direct afhankelijk was van de doorbelasting van haar uitgaven aan die ketens c.q. de gelieerde vennootschappen. Didi, zo stelt de rechtbank vast, is een vergelijkbare vennootschap. Zij is ook niet meer dan een servicevennootschap zonder eigen activiteiten en is voor haar inkomsten afhankelijk van derden. De rechtbank overweegt dat de verhaalspositie van Montecorona als gevolg van de splitsing niet relevant is gewijzigd; de verhaalsmogelijkheden zijn niet verslechterd. Zij overweegt zelfs dat eerder van het tegenovergestelde sprake is.

Met Montecorona is de kantonrechter van oordeel dat de beleggingswaarde van een pand mede bepaald wordt door de hoedanigheid van de huurder. Dat de splitsing en reorganisatie de positie van Montecorona negatief heeft beïnvloed, kan de kantonrechter echter niet inzien, omdat beide vennootschappen nog steeds deel uitmaken van hetzelfde concern en de feitelijke exploitatie van het gehuurde niet is gewijzigd. Dat de vennootschappelijke

verhouding onderling is gewijzigd, acht de rechtbank niet relevant. Onder verwijzing naar het vonnis van haar ambtsgeenoot van 25 maart 2015 (ECLI:NL:RBMNE:2015:2353) oordeelt de rechtbank dat, gelet op het voorgaande, er geen reden is om de huurovereenkomst op de voet van artikel 2:334r lid 1 lid BW te wijzigen.

De tweede vraag wordt door de kantonrechter kort en goed behandeld. Nu bij splitsing sprake is van een verkrijging van rechtswege, van een overgang onder algemene titel, is geen sprake van ‘inbreng van huurrechten’ – zoals bedoeld in artikel 3.1 van de algemene bepalingen bij de huurovereenkomst – en hoefden Coltex en Didi ook geen toestemming aan Montecorona te vragen. De rechtbank verwijst naar ECLI:NL:GHARL: 2015:343. De vorderingen van Montecorona worden door de rechtbank afgewezen en Montecorona wordt veroordeeld in de proceskosten.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 24-08-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:5478

Zaaknummer: CV EXPL 14-20546

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: T.H.G. Steenmetser en S. van der Kamp

Wetsartikelen: 2:334r BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

In deze zaak is sprake van een samenwerking tussen drie aandeelhouders die tevens bestuurder zijn. Deze aandeelhouders/bestuurders hebben in de statuten en in een aandeelhoudersovereenkomst opgenomen dat een besluit tot ontslag alleen genomen kan worden met unanimititeit. De voorzieningenrechter overweegt dat, hoewel een dergelijke afspraak ingevolge artikel 2:244 lid 2 BW niet in statuten kan worden vastgelegd, afspraken die zijn neergelegd in een aandeelhoudersovereenkomst onder omstandigheden op grond van artikel 2:8 BW kunnen doorwerken in de verhouding tussen een vennootschap en haar bestuurder. Voorts stelt de voorzieningenrechter dat naast de belangen van de aandeelhouders, wiens posities door het unanimititeitsvereiste worden beschermd, rekening moet worden gehouden met de belangen van de vennootschap zelf. Door twee bestuurders is uiteengezet dat zij problemen ervaren binnen de samenwerking en het bestuur en dat zij bezwaren hebben tegen het door eiseres gevoerde beleid en dat de continuïteit van de vennootschap in gevaar komt. Mede gelet op deze omstandigheden vindt de voorzieningenrechter dat er onvoldoende aanleiding bestaat om het unanimititeitsvereiste in de verhoudingen tussen de vennootschap en eiseres te laten doorwerken. De voorzieningenrechter oordeelt dat het met het unanimititeitsvereiste beschermde belang van de minderheidsaandeelhouder die tevens een bestuurder levert, niet opweegt tegen het in artikel 2:244 lid 2 BW beschermde belang van de vennootschap.

Eiseres, een besloten vennootschap, is samen met bedrijf A ('A') en bedrijf B ('B')

aandeelhouder van gedaagde. Eiseres houdt circa dertig procent van de aandelen en A en B houden ieder circa 35 procent van de aandelen. Eiseres was tevens met A en B statutair bestuurder van gedaagde. De heer X ('X') is enig aandeelhouder en bestuurder van eiseres. Op grond van een managementovereenkomst ('managementovereenkomst') voerde eiseres in de persoon van X het feitelijk management over gedaagde en haar groepsvennootschappen.

In de statuten van gedaagde is bepaald dat besluiten omtrent ontslag van bestuurders slechts genomen kunnen worden met algemene stemmen. In een tussen eiseres, A en B gesloten aandeelhoudersovereenkomst ('aandeelhoudersovereenkomst') is bepaald dat de algemene vergadering van aandeelhouders ('AVA') besluiten omtrent ontslag van bestuurders slechts kan nemen met unanimiteit. Tijdens een AVA van gedaagde is door A en B (en daarmee met ruim zeventig procent van de stemmen) gestemd vóór het ontslag van eiseres als statutair bestuurder van gedaagde.

In dit kort geding vordert eiseres (primair) doorbetaling van de overeengekomen managementvergoeding en legt daaraan – samengevat – ten grondslag dat het besluit van de AVA tot ontslag van eiseres nietig althans vernietigbaar is, omdat het besluit niet met instemming van alle aandeelhouders is genomen. Voor zover de statutaire bepaling in strijd is met artikel 2:244 lid 2 BW dan geldt volgens eiseres dat de bepaling in de aandeelhoudersovereenkomst in de gegeven omstandigheden op grond van artikel 2:8 BW doorwerkt in de vennootschapsrechtelijke rechtsverhoudingen. Uit het zowel in de statuten als in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen unanimitetsvereiste blijkt ondubbelzinnig de bedoeling van de aandeelhouders om de mogelijkheid tot ontslag van een bestuurder door de twee andere bestuurders uit te sluiten, aldus eiseres.

De voorzieningenrechter overweegt dat bij de beoordeling van de vraag of de redelijkheid en billijkheid eisen dat de afspraken uit de aandeelhoudersovereenkomst doorwerken in de vennootschappelijke verhoudingen, op de voet van artikel 3:12 BW rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het onderhavige geval betrokken zijn.

In het onderhavige geval is sprake van een samenwerking tussen de aandeelhouders: eiseres, A en B. Het unanimitetsvereiste in de aandeelhoudersovereenkomst strekt er kennelijk toe iedere aandeelhouder die een bestuurder heeft geleverd, te beschermen tegen ontslag van zijn bestuurder door de anderen. Maar volgens de voorzieningenrechter moet naast de belangen van de aandeelhouders ook rekening worden gehouden met de belangen van gedaagde zelf.

Door A en B is gemotiveerd uiteengezet dat zij problemen ervaren binnen de samenwerking

en het bestuur, dat zij bezwaren hebben tegen het door eiseres gevoerde beleid en dat de continuïteit van gedaagde in gevaar komt. Ter zitting is zijdens gedaagde toegelicht dat zij onder bijzonder beheer is geplaatst van haar financier, dat zij liquiditeitsproblemen heeft en dat zij een bedrag van circa € 18.000.000 moet herfinancieren. In een dergelijke situatie kan onenigheid binnen haar bestuur voor gedaagde verstrekken gevolgen hebben, aldus de voorzieningenrechter.

In juli 2015, nadat buiten eiseres om onderzoek is gedaan in de administraties van gedaagde en haar groepsvennootschappen, zijn aan X nog meer verwijten gemaakt. Volgens de voorzieningenrechter is voor het vaststellen van de feiten nader onderzoek nodig waarvoor dit kort geding zich niet leent. Wel is duidelijk dat die verwijten voldoende zwaarwegend zijn om forensisch onderzoek te rechtvaardigen. In het kader van dit onderzoek komen de persoonlijke belangen van X tegenover de belangen van gedaagde te staan. Het is – aldus de voorzieningenrechter – niet in het belang van gedaagde dat dit onderzoek plaatsvindt terwijl X nog als feitelijk bestuurder in functie is.

Volgens de voorzieningenrechter bestaat er dan ook onvoldoende aanleiding het unanimiteitsvereiste uit de aandeelhoudersovereenkomst in de verhoudingen tussen gedaagde en eiseres te laten doorwerken. De voorzieningenrechter oordeelt dat het met het unanimiteitsvereiste beschermde belang van de minderheidsaandeelhouder die tevens een bestuurder levert, niet opweegt tegen het in artikel 2:244 lid 2 BW beschermde belang van de vennootschap.

Het vorenstaande leidt ertoe dat het primair gevorderde wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 31-07-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:5677

Zaaknummer: C/16/394552 / KG ZA 15-432

Rechters: P.J. Neijt

Wetsartikelen: 2:244 BW, 2:8 BW en 3:12 BW

RECHTSPRAAK

Bos en Duin B.V.

De vennootschap, failliet verklaard met benoeming van eiser tot curator, was exploitant van een hotelgebouw. De curator vordert onder meer bij vonnis voor recht te verklaren dat gedaagde aansprakelijk is ingevolge artikel 2:248 BW voor het tekort in het faillissement van de vennootschap. Vaststaat dat de jaarrekeningen van 2009 en 2010 niet tijdig zijn gedeponereerd, zodat ingevolge artikel 2:248 lid 2 BW vermoed wordt dat gedaagde zijn taak als bestuurder niet behoorlijk heeft vervuld. Gedaagde is dan aansprakelijk voor het faillissementstekort, tenzij hij aannemelijk maakt dat het faillissement een andere belangrijke oorzaak had. Gedaagde heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat het faillissement een andere belangrijke oorzaak had, dan het niet voldoen aan de publicatieplicht. Gedaagde heeft, kort samengevat, gesteld dat de vennootschap een gezond bedrijf was en dat de oorzaak van het teloorgaan gelegen was in het debacle met Kamperduin B.V., waarvan de vennootschap enig aandeelhouder was.

Bos en Duin B.V. ('de vennootschap') is failliet verklaard met benoeming van eiser tot curator. Gedaagde was op dat moment enig bestuurder van de vennootschap. De vennootschap was exploitant van een hotelgebouw. De vennootschap is enig aandeelhouder van Kamperduin B.V. Binnen Kamperduin B.V. zou een nieuw te bouwen hotel met appartementen worden ontwikkeld. Kamperduin B.V. is eerder failliet verklaard, omdat met de bouw was begonnen, terwijl de verkoop van de appartementen achterbleef. De vennootschap en Kamperduin B.V. vormen een fiscale eenheid en hebben een zogenaamde concernfinanciering bij de Rabobank. De Vereniging van Eigenaren heeft vanaf 1 februari 2011 de onderneming voortgezet. Gedaagde heeft vanaf 1 februari 2011 nauwelijks meer werkzaamheden binnen de vennootschap verricht.

De curator vordert onder meer bij vonnis voor recht te verklaren dat gedaagde aansprakelijk is ingevolge artikel 2:248 BW voor het tekort in het faillissement van Bos en Duin B.V., voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan.

Vaststaat dat de jaarrekeningen van 2009 en 2010 niet tijdig zijn gedeponneerd, zodat ingevolge artikel 2:248 lid 2 BW alleen al op die grond vermoed wordt dat gedaagde zijn taak als bestuurder niet behoorlijk heeft vervuld. Gedaagde is dan aansprakelijk voor het faillissementstekort, tenzij hij aannemelijk maakt dat het faillissement een andere belangrijke oorzaak had. In dat geval is het aan de curator te stellen en bij voldoende betwisting te bewijzen dat het faillissement het gevolg is van onbehoorlijke taakvervulling door gedaagde.

Gedaagde heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat het faillissement een andere belangrijke oorzaak had, dan het niet voldoen aan de publicatieplicht. Hij heeft, zonder dat dit voldoende door de curator is weersproken, gesteld dat de vennootschap een gezond bedrijf was en dat de oorzaak van het teloorgaan het debacle met Kamperduin B.V. was. Gedaagde heeft ter comparitie onweersproken toegelicht dat Kamperduin B.V. en de vennootschap een fiscale eenheid waren en een gezamenlijke bancaire financiering, eerdergenoemd krediet bij de Rabobank, hadden. Wegens de financiële moeilijkheden van Kamperduin B.V. wilde de Rabobank begin 2010 een interim-manager aanstellen om te komen tot liquidatie. Dit was voor de vennootschap onwenselijk, omdat zij een goed renderend bedrijf was en niet moest worden meegetrokken in een faillissement van Kamperduin B.V. In februari 2010 is Kamperduin B.V. vervolgens failliet verklaard. De vordering van de Rabobank kwam toen geheel bij de vennootschap terecht en de Rabobank legde onder haar beslag. Daarmee was de slechte financiële positie van de vennootschap een gegeven. Vervolgens is op instigatie van de Rabobank een jaar onderhandeld door de bank, de appartementseigenaren en andere mogelijke kopers van – de activa van – de vennootschap en gedaagde (namens de vennootschap en in persoon). Dit verklaart voor een groot deel het tijdsverloop na het faillissement van Kamperduin B.V. Gedaagde heeft aldus het vermoeden dat het faillissement van de vennootschap het gevolg is van onbehoorlijk bestuur door hem, voldoende weerlegd. De curator heeft door daarop slechts te stellen dat gedaagde zich na de overname van de onderneming door de VvE feitelijk niet meer met de vennootschap heeft bemoeid en de crediteuren in het ongewisse heeft gelaten, onvoldoende gesteld om tot de slotsom te kunnen komen dat de oorzaak van het faillissement desalniettemin gelegen was in onbehoorlijk bestuur door gedaagde. Het beroep op artikel 2:248 lid 2 BW gaat derhalve niet op.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 18-03-2015

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2015:5434

Zaaknummer: C-02-279481 – HA ZA 14-258

Rechters: E.K. van der Lende-Mulder Smit

Advocaten: B. van Leeuwen en K. van Overloop

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Dombo Beheer B.V./Staat der Nederlanden

Dombo heeft een procedure aangespannen tegen de NMB waarin zij schadevergoeding vorderde. Na bewijslevering in hoger beroep, waarbij de raadsheer-commissaris had geweigerd de (voormalig) directeur van Dombo als getuige te horen omdat deze als partijgetuige zou moeten worden beschouwd, heeft het Hof Arnhem bij arrest de vordering van Dombo afgewezen. De Hoge Raad heeft het tegen dit arrest gerichte cassatieberoep verworpen. Dombo heeft hierop een klacht ingediend onder het EVRM, die het EHRM in zijn uitspraak gegrond heeft bevonden. Het EHRM was, kort gezegd, van oordeel dat, nu de plaatselijke directeur van de NMB (Van Workum), die met de voormalig directeur van Dombo had onderhandeld, wel als getuige was gehoord, de equality of arms zich er tegen verzette dat de voormalig directeur van Dombo niet als getuige werd gehoord. Het EHRM concludeerde dat Nederland artikel 6 EVRM had geschonden. In het onderhavige geding vordert Dombo een verklaring voor recht en veroordeling van de Staat tot betaling van schadevergoeding aan Dombo. In haar eindvonnis heeft de rechtbank de vorderingen van Dombo afgewezen, omdat zij tot de conclusie komt dat het Hof Arnhem de vorderingen van Dombo ook zou hebben afgewezen indien de voormalig directeur van Dombo in het geding tegen de NMB als getuige zou zijn gehoord. Dit betekent dat Dombo er niet in is geslaagd aannemelijk te maken dat er causaal verband bestaat tussen de weigering van de raadsheer-commissaris om de voormalig directeur van Dombo als getuige te horen en de afwijzing van haar vordering tegen de NMB, aldus de rechtbank. Het Hof Den Haag oordeelt dat alle door Dombo tegen dit vonnis gerichte grieven falen en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Eind 1980/begin 1981 is tussen Dombo Beheer B.V. ('Dombo') en de Nederlandse Middenstandsbank N.V. ('de NMB') een geschil ontstaan over (de hoogte van) een door de NMB aan Dombo verstrekt krediet. Dombo spande een procedure aan tegen de NMB waarin zij schadevergoeding vorderde op grond van wanprestatie. Na bewijslevering in hoger beroep, waarbij de raadsheer-commissaris had geweigerd de (voormalig) directeur van Dombo als getuige te horen omdat deze als partijgetuige zou moeten worden beschouwd, heeft het Gerechtshof te Arnhem ('Hof Arnhem') bij arrest de vordering van Dombo afgewezen. De Hoge Raad heeft het tegen dit arrest gericht cassatieberoep verworpen. Dombo heeft hierop een klacht ingediend onder het EVRM, die het EHRM in zijn uitspraak gegrond heeft bevonden. Het EHRM was, kort gezegd, van oordeel dat, nu de plaatselijke directeur van de NMB (Van Workum), die met de voormalig directeur van Dombo had onderhandeld, wel als getuige was gehoord, de *equality of arms* zich er tegen verzette dat de voormalig directeur van Dombo niet als getuige werd gehoord. Het EHRM concludeerde dat de Nederlandse Staat artikel 6 EVRM had geschonden.

In het onderhavige geding vordert Dombo onder meer een verklaring voor recht dat de Staat aansprakelijk is voor de gevolgen die voortvloeien uit de onrechtmatig gebleken uitspraak van de nationale rechter alsmede de onrechtmatige regelgeving en veroordeling van de Staat tot betaling van schadevergoeding aan Dombo. In haar eindvonnis heeft de rechtbank de vorderingen van Dombo afgewezen. Zij overwoog daartoe, dat het in het onderhavige geval gaat het om één specifieke vraag, te weten of het Hof Arnhem anders zou hebben beslist indien het toen had beschikt over een getuigenverklaring van de voormalig directeur van Dombo, terwijl het hof voor het overige zou zijn uitgegaan van de stand van het geding waarin dit zich toen bevond. De rechtbank heeft de zaak daarom, alsof zij het Hof Arnhem was in 1986, opnieuw beoordeeld aan de hand van de notariële verklaring van de voormalig directeur van Dombo, als ware dat een getuigenverklaring. Op grond van de verklaring van de voormalig directeur van Dombo en de overige getuigenverklaringen, is de rechtbank vervolgens tot de conclusie gekomen dat het Hof Arnhem de vorderingen van Dombo ook zou hebben afgewezen indien de voormalig directeur van Dombo in het geding tegen de NMB als getuige zou zijn gehoord. Dit betekent dat Dombo er niet in is geslaagd aannemelijk te maken dat er causaal verband bestaat tussen de weigering van de raadsheer-commissaris om de voormalig directeur van Dombo als getuige te horen en de afwijzing van haar vordering tegen de NMB, aldus de rechtbank.

Met grief II betoogt Dombo in hoger beroep dat de rechtbank de omkeringsregel had moeten toepassen. Deze grief faalt, aldus het hof. De strekking van artikel 6 EVRM is het waarborgen dat partijen op gelijke voet tegenover elkaar staan. Uit het arrest van het EHRM kan evenmin worden afgeleid dat het achterwege blijven van enige vorm van schadevergoeding door de

Staat, zonder meer opnieuw een schending van artikel 6 EVRM zou opleveren. De rechtbank heeft dan ook terecht de omkeringsregel niet toegepast.

Met grief III komt Dombo op tegen het oordeel van de rechtbank dat het louter bestaan van bewijsnood onvoldoende grond oplevert om de bewijslast om te keren. Volgens Dombo is sprake van een onredelijk zware bewijspositie aan haar kant. Hoewel aan Dombo kan worden toegegeven dat de voormalig directeur van Dombo als getuige mogelijk een gunstige indruk zou hebben gemaakt op de raadsheer-commissaris en er een kans is dat dit een gunstige invloed zou hebben gehad op de uitkomst van de procedure, is het tegendeel evenzeer denkbaar. Het hof acht een en ander te speculatief en van te weinig gewicht om te kunnen vaststellen dat Dombo in een onredelijk zware bewijspositie verkeert, die tot omkering van de bewijslast zou nopen. Bij deze klacht heeft Dombo derhalve geen belang. De conclusie is dat de grief niet slaagt.

In grief IV betoogt Dombo dat de rechtbank ten onrechte heeft onderzocht hoe de beslissing van het Hof Arnhem zou hebben geluid indien ook de voormalig directeur van Dombo als getuige zou zijn gehoord. De grief faalt. Aangezien het verwijt aan de Staat is dat de voormalig directeur van Dombo ten onrechte niet als getuige is gehoord, maar wel een door hem in vrijheid ten overstaan van een notaris afgelegde, beëdigde verklaring voorhanden is, verdient het de voorkeur dat aan de hand van die verklaring wordt onderzocht hoe het Hof Arnhem zou hebben geoordeeld indien de voormalig directeur van Dombo als getuige zou zijn gehoord en hij een verklaring zou hebben afgelegd die gelijkkluidend is aan zijn notariële verklaring. Met de Staat is het hof voorts van oordeel dat geen steun in het recht vindt de (kennelijke) stelling van Dombo, dat reeds omdat de rechtbank het bewijs opnieuw heeft moeten beoordelen, toekenning van een proportionele schadevergoeding of van een vergoeding *ex aequo et bono* aangewezen is.

Nu alle grieven falen, zal het vonnis van de rechtbank worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-07-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:4684

Zaaknummer: 105.005.535/02

Rechters: A. Dupain, S.A. Boele en E.M. Dousma-Valk

Advocaten: M.L. Kleyn en G.J.H. Houtzagers

Wetsartikelen: 6 EVRM en 6:162 BW