

## Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 11, 2016

Nummer 11, 2016

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

### INHOUDSOPGAVE

#### Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:2020](#) 26-05-2016

DA Retailgroep c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1938](#) 17-05-2016

BMB Management en Beheer B.V. tegen Bestuurders en toezichthouders

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1943](#) 12-05-2016

Staphorst Ontwikkeling c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1801](#) 11-05-2016

Marpro

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1802](#) 11-05-2016

A & C

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:3530](#) 03-05-2016

X & A B.V. tegen Curator

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:3528](#) 03-05-2016

NCD Mediagroep B.V./X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1608](#) 28-04-2016

Nieuwendijk Monumenten

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1627](#) 28-04-2016

Cunico

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1501](#) 26-04-2016

Venidero

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1584](#) 25-04-2016

Flextra

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1606](#) 22-04-2016

VHU Holding

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1610](#) 22-04-2016

Strara en SR

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1604](#) 22-04-2016

Leaderland c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1609](#) 21-04-2016

Beheersmaatschappij De Hoof Someren

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1629](#) 12-04-2016

Phoenicia

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:1587](#) 08-04-2016

VTS Groep Nederland

### **Rechtbank**

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:2427](#) 25-05-2016

OR/Smurfit Kappa-concern

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:2709](#) 18-05-2016

Curator/D.O.N. Detacherings Organisatie Nederland B.V.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:2615](#) 02-05-2016

Capricorn Capital LTD/Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:5101](#) 21-04-2016

Ondernemingsraad Stichting Haags Filmhuis/belanghebbenden

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:2080](#) 20-04-2016

Westerhof q.q./Boss Interim B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:1967](#) 20-04-2016

B.P. Willemse q.q./X en Y

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:1585](#) 23-03-2016

Curatoren tegen X NV, Advocaat en Bestuurder

### **Uitspraken zonder ECLI**

[- onbekend -](#)

Curator/VSW

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

RECHTSPRAAK

## **DA Retailgroep c.s.**

***Adviesrecht OR. Aan de vennootschappen DA Retailgroep B.V. ('DA Retailgroep') en Retail Shared Service Centre B.V. ('Retail SSC'), beide dochters van DA Holding B.V., wordt voorlopig surseance van betaling verleend. De curator besluit tot verkoop van (een belangrijk deel van) de activa van beide vennootschappen aan Nederlandse Drogisterij Service Exploitatie B.V. ('NDS'). De OR stelt dat hij ten onrechte niet in de gelegenheid is gesteld om advies uit te brengen te dien aanzien. De Ondernemingskamer ('OK') oordeelt dat de curator geen advies had hoeven vragen over de verkoop van activa en derhalve de overdracht van (een deel van) de onderneming.***

In de onderhavige procedure verzoekt de OR van DA Retailgroep en Retail SSC de OK te verklaren dat de vennootschappen in redelijkheid niet tot het besluit tot overdracht van een deel van de activa van de onderneming hebben kunnen komen en voorts dat het besluit moet worden ingetrokken en de gevolgen daarvan ongedaan moeten worden gemaakt. Daaraan heeft de OR ten grondslag gelegd dat hij ten onrechte niet in de gelegenheid is gesteld advies uit te brengen. Het besluit komt volgens de OR neer op de overdracht van (een deel van) de onderneming en beëindiging van een deel daarvan, waaraan volgens de OK niet afdoet dat de vennootschappen in staat van faillissement verkeerden, net zo min als het feit dat de curator in faillissement snel moet handelen.

De OK verwierpt het primaire verweer van DA Retailgroep c.s. dat de OR niet-ontvankelijk moet worden verklaard op de grond dat de OR niet het door artikel 6 WOR voorgeschreven aantal leden heeft, nu de OR heeft gefunctioneerd en de bestuurder daartegen ook nooit bezwaren heeft geuit.

Vervolgens gaat de OK in op de inhoudelijke verweren die door DA Retailgroep c.s. zijn gevoerd, namelijk dat (i) het adviesrecht te zeer conflicteert met het faillissementsrecht om het in een faillissementssituatie toe te passen, (ii) een eventueel advies hoe dan ook niet van

invloed had kunnen zijn op het besluit, (iii) de curator de onderneming niet heeft voortgezet waardoor er geen adviesrecht kan worden uitgeoefend, en (iv) de inachtneming van de termijn ex artikel 25 lid 6 WOR tot onoverkomelijke problemen zou hebben geleid. De OK overweegt allereerst dat de wet, jurisprudentie, wetsgeschiedenis en literatuur niet zonder meer uitsluitel geven over de vraag of het adviesrecht van de OR in faillissement (al dan niet onverkort) geldt. In het rapport 'Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers' (aan het WODC uitgebracht door Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit) van 5 april 2016 komt volgens de OK naar voren dat de OR tijdens faillissement in de praktijk slechts in enkele gevallen actief wordt betrokken bij de besluitvorming door de curator. Voorts neemt de OK in aanmerking dat het adviesrecht zich niet eenvoudig laat rijmen met het faillissementsrecht, omdat de OR het adviesrecht ter beschikking staat in het belang van het goed functioneren van de onderneming, maar de invloed van een eventueel advies en daarmee de reikwijdte van een eventueel adviesrecht van de OR in een faillissementssituatie wezenlijk beperkt wordt door de noodlijdende toestand van de onderneming en door het doel van het faillissementsrecht, te weten de vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het is daarom zeer de vraag in hoeverre het advies van de OR op een voorgenomen besluit van de curator tot verkoop van die activa nog van wezenlijke invloed zou kunnen zijn, gelet op het primaat van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet in het faillissementsrecht, aldus de OK. Ook de termijn van artikel 25 lid 6 WOR valt naar het oordeel van de OK niet goed in te passen in faillissement.

De OK komt tot de slotsom dat het adviesrecht van de OR in beginsel niet goed verenigbaar is met de op de vereffening van de boedel gerichte rol van de curator. De OK constateert in dit specifieke geval dat de curator de onderneming tijdens faillissement niet in stand heeft gelaten, als gevolg waarvan bij de verkoop van activa (vooraf) geen advies had behoeven te worden gevraagd. De OK wijst het verzoek als bedoeld in artikel 26 WOR dan ook af. Ten overvloede overweegt de OK dat de curator er in het algemeen goed aan doet de OR te informeren over de stand van zaken en actuele ontwikkelingen in het faillissement.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 26-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:2020

**Zaaknummer:** 200.184.273/01 OK

**Rechters:** A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema en A.J. Wolfs

**Advocaten:** P.A.A. Lelijveld, J.P.F.R. Bugter en L. Dolfing

**Wetsartikelen:** 25 WOR en 26 WOR

RECHTSPRAAK

## **OR/Smurfit Kappa-concern**

***Eisers, de ondernemingsraden ('OR') van gedaagden, vennootschappen die voorheen tot het Smurfit Kappa-concern behoorden, vorderen in het onderhavige kort geding dat gedaagden veroordeeld worden tot het instellen van een raad van commissarissen conform artikel 2:268 jo. artikel 2:269 BW. De OR stelt zich op het standpunt dat na de overname van een divisie van het concern door een Duitse investeringsmaatschappij ('verticale splitsing') de nieuwe aandeelhouder (Aurelius AG) gehouden is tot het instellen van een RvC waarin één werknemerscommissaris plaats heeft, onder meer omdat sprake zou zijn van een (ondernemings)overeenkomst (in de zin van art. 32 lid 2 WOR). De voorzieningenrechter wijst de vordering af. Van een dergelijke (ondernemings)overeenkomst is geen sprake, terwijl uit het systeem van de wet (art. 2:263/264 BW) niet volgt dat het concern verplicht is om te handelen overeenkomstig het structuurregime; daaruit blijkt immers dat het structuurregime pas toepasselijk wordt na drie jaar onafgebroken inschrijving van een opgave, aldus de voorzieningenrechter (mr. W.J.A.M. Dijkers).***

Gedaagden maakten voorheen deel uit van het Smurfit Kappa-concern. In 2015 heeft een zogenoemde verticale afsplitsing plaatsgevonden van een deel van dit concern, waarbij de aandelen in gedaagden zijn verkocht en overgedragen aan de Duitse investeringsmaatschappij Aurelius AG ('Aurelius'). In het kader van deze aandelentransactie is aan de OR advies gevraagd. De OR heeft geadviseerd een raad van commissarissen ('RvC') in te stellen in de over te nemen bedrijven. Dat is uiteindelijk niet gebeurd. De vennootschappen van het Smurfit Kappa-concern in Nederland voldeden aan de wettelijke eisen voor het instellen van een structuurregime; op die grond bestond op holding-niveau een RvC. Omdat op dat niveau het structuurregime gold, waren afhankelijke vennootschappen – waaronder gedaagden – op

grond van artikel 2:263 lid 3 BW vrijgesteld van de opgaafverplichting.

In het onderhavige kort geding vordert de OR gedaagden te veroordelen om conform artikel 2:268 jo. artikel 2:269 BW een RvC in te stellen, waarin één commissaris zal worden benoemd op voordracht van de OR. Hieraan heeft de OR ten grondslag gelegd dat met de nieuwe aandeelhouder een daartoe strekkende (ondernemings)overeenkomst is gesloten (als bedoeld in art. 32 lid 2 WOR), dat het concern voldoet aan de wettelijke eisen voor het instellen van een structuurregime, zodat zij daarvan opgave moet doen bij het Handelsregister (art. 2:263 BW), en dat een concern zich door opsplitsing niet gedurende drie jaar kan ontdoen van het structuurregime.

De voorzieningenrechter oordeelt dat geen sprake is van een ondernemingsovereenkomst, omdat een dergelijke overeenkomst enkel ziet op procedurele of inhoudelijke aspecten van de medezeggenschap, terwijl het hier gaat om de verplichting om de wettelijke regels van een structuurvennootschap te volgen. Ten aanzien van het bestaan van een overeenkomst tot vrijwillige toepassing van het structuurregime overweegt de voorzieningenrechter dat, wil een dergelijke obligatoire overeenkomst aanwezig kunnen worden geacht, er op enig moment wilsovereenstemming moet zijn ontstaan, dat wil zeggen dat van de zijde van Aurelius ingestemd is met het verlangen van eisers dat een RvC zou worden ingesteld. Volgens de voorzieningenrechter is zeker dat met het Smurfit Kappa-concern is gesproken over de instelling van een RvC en dat er enige aanwijzingen zijn dat gedaagden daarmee hebben ingestemd, maar kan uit de voorliggende gegevens niet de conclusie worden getrokken dat door de nieuwe aandeelhouder kenbaar is gemaakt dat deze zich verplichtte tot het na de aandelenoverdracht instellen van een RvC.

Voorts oordeelt de voorzieningenrechter dat door de verticale splitsing een nieuwe juridische situatie is gaan gelden, maar dat in het midden kan blijven of gedaagden verplicht zijn tot bedoelde opgave, omdat deze op dit moment nog geen verplichting scheidt te handelen overeenkomstig het structuurregime, nu uit het eerste lid van artikel 2:264 BW volgt dat pas na drie jaar onafgebroken inschrijving van een opgave het structuurregime toepasselijk wordt. De voorzieningenrechter verwerpt het standpunt van de OR dat een concern zich door opsplitsing niet gedurende drie jaar kan ontdoen van het structuurregime, omdat de wetgever in artikel 2:264 BW expliciet had kunnen bepalen dat de 'inlooperperiode' van drie jaar niet geldt als een voorheen afhankelijke vennootschap op eigen benen komt en zij zelfstandig voldoet aan de wettelijke eisen van het structuurregime, maar de wet nu eenmaal niet zo is geredigeerd.

De voorzieningenrechter wijst de vordering af.

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 25-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2016:2427

**Zaaknummer:** C/18/166398 / KG ZA 16-86

**Advocaten:** J. Keizer, R.C.M. Andriessen en J.K.A. van Loo

**Wetsartikelen:** 2:263 BW en 2:264 BW

RECHTSPRAAK

## **Curator/D.O.N. Detacherings Organisatie Nederland B.V.**

***Eiser, de curator, stelt gedaagden, de (middellijk) bestuurder van de gefailleerde vennootschap DON B.V., aansprakelijk voor het boedeltekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 lid 1 en 2 BW. De vennootschap heeft nagenoeg haar gehele onderneming overgedragen aan zustervennootschappen, zonder dat daar een reële vergoeding tegenover stond. Naar het oordeel van de rechtbank is aannemelijk dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, en zijn de bestuurders jegens de boedel aansprakelijk voor het faillissementstekort.***

In deze zaak vordert de curator betaling van het boedeltekort van de bestuurder en indirect bestuurder van de gefailleerde vennootschap DON B.V. De curator stelt zich op het standpunt dat de bestuurders aansprakelijk zijn, primair op grond van artikel 2:248 lid 2 BW, nu zij niet hebben voldaan aan de boekhoudplicht, en subsidiair op grond van artikel 2:248 lid 1 BW omdat zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, aangezien DON B.V. (nagenoeg) haar gehele onderneming heeft overgedragen zonder dat daar een reële vergoeding tegenover stond.

De rechtbank ziet aanleiding om eerst de subsidiaire grondslag te beoordelen. In dit kader verwijst de rechtbank naar HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454, *Panmo*, en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233 waarin is bepaald dat voor kennelijk onbehoorlijk bestuur is vereist dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld. De rechtbank overweegt dat DON B.V. overeenkomsten heeft gesloten met zustervennootschappen, waarbij DON B.V. tussen 2008 en 2011 haar gehele of nagenoeg haar gehele onderneming – goodwill, klantenbestand enzovoort – heeft overgedragen, zonder dat daar een reële vergoeding tegenover stond. De zustervennootschappen zouden namelijk alleen voor de overgenomen activa hoeven te betalen indien zij in staat zouden zijn positieve resultaten te boeken. Volgens de rechtbank levert dit kennelijk onbehoorlijk bestuur op,



aangezien de feitelijke gang van zaken erop neerkomt dat de vennootschap slechts een voorwaardelijke vergoeding heeft bedongen waardoor de zustervenootschappen zonder goede grond werden bevoordeeld ten koste van (de schuldeisers van) DON B.V.

Daarnaast oordeelt de rechtbank dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. De rechtbank wijst op het feit dat DON B.V. (nagenoeg) het hele actief van haar onderneming heeft overgedragen aan de zustervenootschappen en dus zelf geen omzet genereerde maar nog wel kosten maakte terwijl zij voor het actief geen reële vergoeding heeft ontvangen.

De rechtbank veroordeelt de bestuurder en indirect bestuurder hoofdelijk in betalingen van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan.

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 18-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2016:2709

**Zaaknummer:** 286706

**Rechters:** N.W. Huijgen, G.J. Meijer en M.A.M. Vaessen

**Advocaten:** A.F.Th.M. Heutink

**Wetsartikelen:** 2:248 BW

RECHTSPRAAK

## **BMB Management en Beheer B.V. tegen Bestuurders en toezichthouders**

***Stichting Terra Vitalis (hierna: de stichting) dreef een investeringsfonds, waarbij investeerders konden participeren in de aankoop en exploitatie van duurzaam aangelegde teakplantages in Costa Rica. Eiseres, BMB Management en Beheer B.V. ('BMB') was participant in de stichting Terra Vitalis. Enkele jaren vóór haar faillissement wordt een deel van de activa en passiva van de stichting aan een Luxemburgs beleggingsfonds ('CATF') overgedragen. In de onderhavige procedure vordert BMB van de bestuurders en toezichthouders van de stichting vergoeding van de schade die zij heeft geleden als gevolg van het ontbreken van verhaalsmogelijkheden. BMB stelt dat hen een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Rechtbank en hof wijzen de vordering af, omdat niet is komen vast te staan dat BMB nog een vordering had op de stichting ten tijde van overdracht van activa en passiva, zodat van een persoonlijk ernstig verwijt, omdat de bestuurders wisten of behoorden te weten dat de koopovereenkomst met CATF BMB zou benadelen, geen sprake is.***

De stichting dreef een investeringsfonds waarbij geïnvesteerd kon worden in teakplantages in Costa Rica, waarbij het rendement van de investering werd gevormd door de kapopbrengsten. BMB was aandeelhouder in de stichting. BMB stelt nog een vordering te hebben op de stichting, voortvloeiende uit een oude dienstenovereenkomst en een daarna gesloten vaststellingsovereenkomst. De stichting betwist dit. Enkele jaren na het sluiten van voornoemde overeenkomsten maar ook enkele jaren voordat zij failliet ging, heeft de stichting een deel van haar activa en passiva overgedragen aan CATF. BMB stelt thans de bestuurders en de toezichthouders van de stichting aansprakelijk omdat hen een persoonlijk ernstig

verwijt te maken valt nu de bestuurders wisten of behoorden te weten dat de vordering van BMB door het handelen van de bestuurders in een praktisch lege vennootschap achter zou blijven en de stichting daardoor geen verhaal meer zou bieden.

In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat de aanwezigheid van een persoonlijk ernstig verwijt beoordeeld moet worden aan de hand van de voor de bestuurders bekende feiten en omstandigheden op het moment van verkoop. Volgens de rechtbank hoefden zij er destijds niet van uit te gaan dat de vordering van BMB op de stichting meebracht dat ze van de koopovereenkomst met CATF af hoefden te zien. Daartegen richt zich het hoger beroep.

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat de bestuurders niet jegens BMB aansprakelijk zijn omdat niet aannemelijk is dat de stichting op het moment van het sluiten van de overeenkomst met CATF een verplichting had jegens BMB. Van een persoonlijk ernstig verwijt, omdat de bestuurders wisten of behoorden te weten dat de koopovereenkomst met CATF BMB zou benadelen, kan dan ook volgens het hof geen sprake zijn. Daarbij acht het hof van belang dat de gesloten koopovereenkomst met CATF in overeenstemming was met het statutaire doel van de stichting, namelijk het behartigen van de belangen van haar investeerders, dat de aangesproken bestuurders nog niet in functie waren ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten met BMB, dat in de jaarrekeningen van ná hun aantreden niet gesproken wordt over een verplichting jegens BMB, en hoewel informatie van derden de bestuurders niet ontslaat van hun eigen verantwoordelijkheid de bestuurders deze informatie wel mochten meenemen in hun afwegingen. Nu de bestuurders geen verwijt te maken valt, geldt dit ook voor de toezichthouders, aldus het hof.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 17-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1938

**Zaaknummer:** 200.179.228/01

**Rechters:** A.W.H. Vink, J.F. Aalders en J.M. de Jongh

**Advocaten:** M. Velsink en J. Ekelmans

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **Staphorst Ontwikkeling c.s.**

***Enquêteverzoek van de aandeelhouders en een medebestuurder ('S') van Staphorst Ontwikkeling B.V. en Staphorst Ontwikkeling 2 B.V. ('de vennootschappen'). Volgens verzoekers zijn er blijkens de jaarrekeningen over 2013 zeer hoge bedragen in rekening gebracht door een aan de andere bestuurder van deze vennootschappen ('R') gelieerde vennootschap, waarvoor R weigert een toelichting te geven. De OK acht voldoende redenen aanwezig tot twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken en treft (gelet op de toestand van de vennootschappen) een onmiddellijke voorziening.***

Het voorliggende enquêteverzoek heeft betrekking op twee vennootschappen die zijn opgericht ten behoeve van ontwikkeling van gronden behorende tot de woningbouwlocatie Staphorst-Zuid. Verzoekers hebben de OK gevraagd een enquête te gelasten en onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zij stellen dat er blijkens de jaarrekening van 2013 kosten aan de vennootschappen in rekening zijn gebracht door een aan R, medebestuurder van S, gelieerde vennootschap, voor welke kosten R in weerwil van meerdere verzoeken geen opheldering heeft gegeven. Verzoekers menen dat er voor deze kosten geen redelijke verklaring is, mede in aanmerking genomen dat het project al jaren stil ligt en de bedoelde kosten in 2013 zeer sterk afwijken van de in de jaren 2005 tot 2012 in rekening gebrachte kosten. Op grond hiervan menen verzoekers dat er twijfel is over de gemaakte kosten, de besluitvorming rondom betalingsopdrachten en over de besluitvorming rondom de jaarrekeningen.

De OK gaat allereerst in op het verweer van belanghebbende (een aan R gelieerde vennootschap) dat verzoekers niet-ontvankelijk moeten worden verklaard omdat de bezwaren van vermogensrechtelijke aard zijn. Dit verweer wijst de OK af, omdat de bezwaren van verzoekers betrekking hebben op het beleid en de gang van zaken van de vennootschappen. Ten gronde overweegt de OK dat op verzoeken om inzicht te geven in de kosten te laat en niet adequaat is gereageerd en de in het verweerschrift gegeven toelichting en specificatie van de kosten niet toereikend is en vragen oproept. Naar het oordeel van de OK

is de verstandhouding in het bestuur verstoord en functioneert het bestuur dientengevolge niet naar behoren, omdat R geen openheid van zaken heeft gegeven. Het gebrek aan openheid van zaken rondom de gemaakte kosten is temeer bezwaarlijk, zo vervolgt de OK, nu deze kosten zijn gemaakt door de aan de bestuurder gelieerde vennootschappen. De OK acht dan ook voldoende gegronde redenen aanwezig tot twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van de vennootschappen. Gelet op de verstoorde verhouding in het bestuur benoemt de OK een tijdelijk commissaris, die het beproeven van een minnelijke regeling tot zijn taak mag rekenen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 12-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1943

**Zaaknummer:** 200.184.924/01 OK

**Rechters:** A.J. Wolfs, G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, M.A. Scheltema en C. Smits-Nusteling

**Advocaten:** T.J. Teggelaar en A.J. Beljaars-Vink

**Wetsartikelen:** 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

## **Marpro**

***Enquête. De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Marpro International B.V. ('Marpro') en treft, gelet op de toestand van de vennootschap, onmiddellijke voorzieningen.***

Verzoekster heeft de OK gevraagd een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Marpro, alsmede om (gelet op de toestand van de vennootschap) onmiddellijke voorzieningen te treffen, te weten Eurocean, medeaandeelhouder en medebestuurder van verzoekster, te schorsen als bestuurder en haar aandelen ten titel van beheer over te dragen. Hieraan heeft verzoekster ten grondslag gelegd dat Eurocean als vijftig procent aandeelhouder en bestuurder in strijd heeft gehandeld met de statuten door een quorum-eis te schenden, alsmede een tegenstrijdig belang heeft bij een transactie met een gelieerde vennootschap. De OK oordeelt dat Eurocean een tegenstrijdig belang had bij de transactie en de organen van Marpro niet naar behoren functioneren. Gelet hierop acht de OK voldoende gegronde redenen aanwezig tot twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Marpro en beveelt een enquête vanaf 1 januari 2014. Voorts treft de OK de verzochte onmiddellijke voorzieningen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 11-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1801

**Zaaknummer:** 200.187.015/01 OK

**Rechters:** G.C. Makink, M.M.M. Tillema, F. van der Wel, A.J. Wolfs en M.N. Hoogendoorn

**Advocaten:** K. de Vries

**Wetsartikelen:** 2:349a BW

RECHTSPRAAK

## **A & C**

### ***Enquête. De Ondernemingskamer ('OK') verhoogt het onderzoeksbudget waarbij wordt aangetekend dat nog geen definitief onderzoeksbudget wordt vastgesteld met het oog op de te verwachten tweede fase-procedure.***

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van A en C ('de vennootschappen'), een onderzoeker benoemd en een onderzoeksbudget vastgesteld. Dit onderzoeksbudget is enkele malen verhoogd tot (uiteindelijk) € 110.000. Thans verzoekt de onderzoeker het onderzoeksbudget vast te stellen op € 120.000. Namens verzoeker is daartegen bezwaar gemaakt, stellende dat er geen aanleiding bestaat het onderzoeksbudget verder te verhogen dan tot het bedrag van de kosten- en urenspecificatie, de vraag of nader onderzoek moet worden verricht nu niet aan de orde is, en een dergelijk onderzoeksbudget buitensporig zou zijn. De OK overweegt dat, omdat er over de inhoud en reikwijdte van het onderzoek in de tweede fase-procedure een debat tussen partijen zal plaatsvinden, de vraag of de kosten buitensporig zijn nog niet zal worden beoordeeld, hetgeen meebrengt dat de kosten van de onderzoeker nog niet kunnen worden vastgesteld, en niet uit te sluiten valt dat de kosten hoger zullen uitvallen dan nu het geval is. De OK ziet daarmee aanleiding om het onderzoeksbudget te verhogen tot € 120.000, waarbij wordt aangetekend dat daarmee niet is gezegd dat de kosten ook op dat bedrag zullen worden vastgesteld. De vaststelling van de kosten wordt aangehouden.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 11-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1802

**Zaaknummer:** 200.144.406/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, A.C. Faber, A.J. Wolfs, M.A. Scheltema en P.M. Verboom

**Advocaten:** P.J. van der Korst, J. van Bekkum, S.M. Marges en E.J.M. Vanisselrooy

**Wetsartikelen:** 2:350 BW

RECHTSPRAAK

## **Leaderland c.s.**

***Enquête. Tweede fase-procedure. De Ondernemingskamer ('OK') stelt reeds wanbeleid vast en treft alvast enkele voorzieningen. Voor het overige beveelt de OK een aanvullend onderzoek naar de aard van bepaalde transacties.***

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Leaderland c.s., onderzoekers benoemd, een bestuurder geschorst, een tijdelijk bestuurder met zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid benoemd en de aandelen ten titel van beheer overgedragen. Nadien zijn diverse tijdelijk bestuurders uit hun functie ontheven, is telkens een nieuwe tijdelijk bestuurder benoemd en heeft de onderzoeker zijn onderzoeksverslag ter griffie gedeponeed.

Thans verzoekt A (verzoeker, tevens medeoprichter, aandeelhouder en bestuurder van Leaderland TTM) de OK onder meer te verstaan dat gebleken is van wanbeleid en dat zijn medeoprichters B en C en een nadien benoemde bestuurder D daarvoor verantwoordelijk zijn. Daaraan is ten grondslag gelegd dat uit het onderzoeksverslag blijkt dat Leaderland c.s. ontmanteld is, wettelijke en statutaire bepalingen zijn geschonden (geen informatieverstrekking, geen goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders voor de materiële liquidatie, weigering een algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen), er onzakelijke transacties zijn verricht en het al dan niet bewust betalen aan de verkeerde vennootschap wanbeleid oplevert. Verweerster en belanghebbenden hebben geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek en gevraagd om een nader onderzoek. Daarnaast hebben zij bezwaren geuit tegen de wijze waarop het onderzoek is verricht.

De OK overweegt dat uit het verslag volgt dat het onderzoek op het punt van de aard van bepaalde door A gesloten transacties en de voorwaarden waaronder deze transacties zijn verricht niet volledig is geweest. Nu B heeft aangegeven de kosten van aanvullend onderzoek te garanderen, beveelt de OK een nader onderzoek op dit punt. Dit neemt echter niet weg, aldus de OK, dat reeds thans geconstateerd kan worden dat uit het onderzoeksverslag van wanbeleid blijkt. De OK overweegt daartoe dat Leaderland c.s. na het vertrek van A als



bestuurder is ontmanteld, doordat bijna alle activa zijn verkocht aan gelieerde vennootschappen van B en C en daarbij niet de benodigde zorgvuldigheid is betracht; zo zijn geen serieuze, objectieve waarderingsrapporten opgemaakt ten behoeve van de transacties. Als zodanig levert een materiële liquidatie naar het oordeel van de OK geen wanbeleid op, maar dat laat volgens de OK onverlet dat aan A als minderheidsaandeelhouder vooraf openheid van zaken had moeten worden gegeven over de op handen zijnde overdrachten. De OK oordeelt dat bestuurder D verantwoordelijk is voor het vastgestelde wanbeleid, evenals B als feitelijk bestuurder, wijst het verzoek tot het treffen van voorzieningen thans reeds gedeeltelijk toe, ontslaat D als bestuurder en vernietigt enkele besluiten die ten grondslag liggen aan bepaalde transacties.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 22-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1604

**Zaaknummer:** 200.172.375/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, G.A. Cremers, A.J. Wolfs en P.M. Verboom

**Advocaten:** J.A. Zee, C.J. Jager, J.A. Meijer en K. ter Hart

**Wetsartikelen:** 2:355 BW en 2:356 BW

RECHTSPRAAK

## **B.P. Willemse q.q./X en Y**

***Vordering van eiser, de curator van een gefailleerde vennootschap, tegen gedaagden, gewezen (middellijk) bestuurder van die vennootschap, tot betaling van het boedeltekort op grond van onbehoorlijke taakvervulling. De rechtbank oordeelt dat hoewel het onweerlegbare vermoeden van onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 is gegeven, nu de jaarrekeningen over 2009 en 2010 niet openbaar gemaakt zijn binnen de daartoe voorgeschreven termijn en zulks geen onbelangrijk verzuim vormt, de door de bestuurder aangevoerde omstandigheden als oorzaken van het faillissement van de vennootschap aannemelijk zijn geworden, waarmee het voorhandse vermoeden is ontzenuwd en de curator niet aannemelijk heeft gemaakt dat onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.***

Gedaagde X is zelfstandig bevoegd bestuurder en enig aandeelhouder geweest van een vennootschap, die tot juli 2012 een snackbar met automatiekmuur in een winkelcentrum exploiteerde en in 2013 failliet is verklaard. Gedaagde Y is enig aandeelhouder en zelfstandig bevoegd bestuurder van X. In deze procedure staat de vraag centraal of X en Y hoofdelijk kunnen worden aangesproken voor het tekort in het faillissement van de vennootschap. De curator stelt zich op het standpunt dat gedaagden zowel schending van artikel 2:10 BW als schending van artikel 2:394 BW te verwijten valt en dat daarmee sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

De rechtbank overweegt dat vaststaat dat de jaarrekeningen over 2009 en 2010 niet openbaar gemaakt zijn binnen de daartoe voorgeschreven termijn, zodat schending van artikel 2:394 BW een gegeven is. Volgens de rechtbank is geen sprake van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van artikel 2:248 lid 2 BW. Het onweerlegbare vermoeden van onbehoorlijk bestuur door Y staat daarmee naar het oordeel van de rechtbank vast.

Vervolgens komt de rechtbank toe aan bespreking van het weerlegbare vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap is geweest. Gedaagden hebben betwist dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, en daartoe kort gezegd aangevoerd dat het faillissement is te wijten aan het feit dat consumenten minder geld uitgeven aan snacks omdat het eetpatroon is veranderd en mensen gezonder zijn gaan leven. Daarnaast hebben zij aangevoerd dat onzekerheid voortvloeiend uit een grote verbouwing van het winkelcentrum nadelige gevolgen had voor het personeel, dat door de onzekere vooruitzichten gedemotiveerd raakte en bovendien waren de verbouwingen van invloed op de looproute van het publiek, met nadelige gevolgen voor de vennootschap. De curator heeft een en ander weersproken.

De rechtbank stelt voorop dat een redelijke uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW meebrengt dat voor het ontzenuwen van het voorshands vermoeden dat het faillissement in belangrijke mate is te wijten aan onbehoorlijk bestuur volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op de voet van het eerste lid van dat artikel aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (Hoge Raad 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916).

Naar het oordeel van de rechtbank zijn de door gedaagden aangevoerde omstandigheden aannemelijk geworden en heeft de curator onvoldoende concreet gemaakt wat in dat kader van gedaagden werd verwacht en hoe als gevolg van die voorgestane alternatieven een faillissement zou zijn uitgebleven. Daarmee is niet alleen het voorshandse vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement ontzenuwd, maar dit heeft ook tot gevolg dat de curator ex artikel 2:248 lid 1 BW niet aannemelijk heeft gemaakt dat onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, aldus de rechtbank.

De rechtbank wijst de vorderingen op grond van onbehoorlijke taakvervulling af.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 20-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2016:1967

**Zaaknummer:** C/16/392290 / HA ZA 15-442

**Rechters:** F.C. Burgers

**Advocaten:** J.R. van Faassen en J.F. Bil

**Wetsartikelen:** 2:248 BW

RECHTSPRAAK

## **Curatoren tegen X NV, Advocaat en Bestuurder**

***Eisers, de curatoren van een groep gefailleerde vennootschappen ('de Kooilust-groep'), vorderen betaling van het boedeltekort van gedaagden, de huisadvocaat van de Kooilust-groep, diens kantoor en de voormalig bestuurder van een van de failliete vennootschappen. Eisers stellen dat gedaagden wisten of behoorden te weten dat de verkoop van het enige relevante actief binnen de Kooilust-groep – het gebruiksrecht van een vliegtuig – en betaling van de opbrengst daarvan aan een vennootschap van buiten de groep (Kooilust Inflation Consultants GmbH, 'KIC') in plaats van aan de (economisch) gerechtigden, de schuldeisers zou benadelen en dat zij zich daarom niet met deze transactie hadden mogen inlaten. De rechtbank oordeelt dat gedaagden, door de opbrengst van de verkoop uit het vermogen van de Kooilust-groep te houden, onrechtmatig hebben gehandeld jegens de schuldeisers van de voornoemde economisch gerechtigden.***

Deze zaak draait om de verkoop van (het economische gebruiksrecht) van een Cessna Citation III. Dit vliegtuig was het enige relevante actief binnen de Kooilust-groep en behoorde in economisch eigendom toe aan twee vennootschappen binnen de groep. Zonder duidelijke reden of rechtsgrond is relatief kort vóór het faillissement van de Kooilust-groep het gebruiksrecht van het vliegtuig overgedragen aan een derde en is de opbrengst daarvan betaald aan KIC.

Bij tussenvonnis zijn eisers in de gelegenheid gesteld om te bewijzen dat gedaagden gegronde redenen hadden voor twijfel aan de juistheid van de mededelingen van hun cliënt en vervolgens bemoeienis hebben gehad met de betaling ten gunste van KIC.

De rechtbank oordeelt in het onderhavige vonnis op basis van de overgelegde bewijsstukken en getuigenverklaringen dat gedaagden wisten dat door deze wijze van verkoop en betaling de

verkoopopbrengst van het vliegtuig werd onttrokken aan het vermogen van de failliete vennootschappen die economisch gerechtigd waren en dat daarmee de schuldeisers van deze twee vennootschappen benadeeld zouden worden, of althans dat daar ernstig rekening mee gehouden diende te worden. Voorts oordeelt de rechtbank dat vast is komen te staan dat de advocaat en het kantoor waar de advocaat werkzaam was een actieve rol speelden bij de totstandkoming van de betalingsinstructie en dat de advocaat daarmee onrechtmatig heeft gehandeld jegens de overige schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen. De rechtbank overweegt dat, hoewel de aansprakelijkheid van een advocaat jegens een derde niet te lichtzinnig moet worden aangenomen, mee moet worden gewogen dat de advocaat op de hoogte was van de slechte financiële situatie van de Kooilust-groep en wist dat de declaraties van zijn kantoor enkel betaald konden worden indien de verkoopprijs van het vliegtuig bij de juiste vennootschap terecht kwam. De advocaten en het kantoor hebben niet gehandeld zoals van een redelijk handelend advocaat in die omstandigheid verwacht mag worden; op grond van hun zorgvuldigheidsplicht hadden gedaagden moeten wijzen op de mogelijke risico's van deze betaling, aldus de rechtbank.

Naast de advocaat die de transactie faciliteerde is naar het oordeel van de rechtbank ook de bestuurder van de vennootschap aansprakelijk op grond van artikel 265 Belgische Wetboek Vennootschappen. Het handelen van de bestuurder is aan te merken als een 'kennelijke grove fout' die heeft bijgedragen aan het faillissement van de vennootschappen. De rechtbank gaat niet mee in het verweer van de bestuurder dat hij enkel deed wat van hem verlangd werd. Een bestuurder dient altijd te handelen in het belang van de vennootschap en zal volgens de rechtbank daarom ook zelf na moeten blijven denken.

De rechtbank verwijst de zaak naar de rol voor een akte zijdens eisers over onder meer de omvang van de vergoedingsplicht van gedaagden, de omvang van de schade, het (ontbreken van) causaal verband en de eigen schuld van de curatoren.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 23-03-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2016:1585

**Zaaknummer:** C/13/480127 / HA ZA 11-196

**Rechters:** J. Thomas, R.A. Dudok van Heel en L.S. Frakes

**Advocaten:** F.E. Vermeulen, A. van Hees en T. Vink

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **NCD Mediagroep B.V./X**

***Vordering van de verkoper van een kantoorpand, NCD Mediagroep B.V. ('NDC'), tegen de (middellijk) bestuurder van de koper, Geothermie Nederland Gebouwen Beheer B.V. ('Geothermie') tot het betalen van de contractuele boete wegens het niet afnemen van het pand alsmede tot vergoeding van schade. De rechtbank wijst de vorderingen gedeeltelijk toe. Het hof acht het onbegrijpelijk dat de middellijk bestuurder ermee heeft ingestemd een transactie van een dergelijke omvang aan te gaan zonder financieringsvoorbehoud en zonder dat aan Geothermie een financieringstoezegging was gedaan. Naar het oordeel van het hof kan zowel de bestuurder als de middellijk bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt omdat zij redelijkerwijs behoorden te begrijpen dat Geothermie haar verplichtingen uit de (ver)koopovereenkomst niet zou kunnen nakomen omdat er op het moment van het sluiten daarvan geen reëel perspectief op financiering was. Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.***

Appellant is bestuurder van Geothermie Nederland Holding B.V. ('de Holding'). De Holding is bestuurder van Geothermie. In 2010 heeft NDC een overeenkomst gesloten met Geothermie (i.o.) over de (ver)koop van het bedrijfspand van NDC. Afsproken is een koopsom van circa € 14 miljoen. In de koopakte is opgenomen dat Geothermie (inmiddels opgericht) geen financieringsvoorbehoud heeft gemaakt. Levering van het bedrijfspand heeft niet plaatsgevonden omdat Geothermie de koopprijs niet kon financieren. Uiteindelijk heeft NDC de koopovereenkomst buitengerechtelijk ontbonden.

In eerste aanleg heeft NDC, samengevat, gevorderd dat Geothermie, de Holding en appellant worden veroordeeld tot betaling van de verschuldigde contractuele boete ter hoogte van circa € 2 miljoen en de door NDC geleden schade. NDC heeft zich op het standpunt gesteld dat de

Holding en appellant persoonlijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:203 lid 2 of lid 3 BW, en anders op grond van artikel 6:162 BW. De rechtbank heeft overwogen dat artikel 2:203 lid 3 BW een wettelijke toepassing is van de Beklamelnorm, en geoordeeld dat de Holding en appellant persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat zij redelijkerwijs behoorden te begrijpen dat Geothermie haar verplichtingen uit de overeenkomst niet zou kunnen nakomen, nu er op het moment van het sluiten van de overeenkomst zonder financieringsvoorbehoud geen reëel perspectief op financiering was.

Na onder meer de Beklamelnorm te hebben vooropgesteld, buigt het hof zich over het standpunt van appellant dat de overeenkomst zoals die door hem is aangegaan in het kader van een behoorlijke taakuitoefening kon worden gesloten en dat het enkele feit dat de financiering nog niet rond was, niet betekent dat het genomen risico te groot was om nog van een verantwoord risico te spreken, omdat er een voldoende en reëel perspectief was dat financiering rond zou komen. Het hof acht het onbegrijpelijk dat appellant ermee heeft ingestemd om een transactie van een dergelijke omvang aan te gaan zonder financieringsvoorbehoud en zonder dat aan Geothermie of appellant een financieringstoezegging was gedaan. Iedere onderbouwing waarom appellant hier geen onverantwoord risico heeft genomen ontbreekt, aldus het hof. Gelet op het voorgaande en omdat uit de stukken blijkt dat appellant zich bij het ondertekenen van de koopovereenkomst terdege bewust is geweest van het feit dat er nog geen enkel zicht was op het verkrijgen van de door Geothermie benodigde financiering, acht het hof het evident dat appellant wist, althans moest begrijpen, dat Geothermie haar verplichtingen uit de overeenkomst die appellant namens haar aanging niet zou kunnen nakomen. Daarmee is volgens het hof de aansprakelijkheid van appellant als (middellijk) bestuurder van Geothermie gegeven.

Ten slotte heeft het hof bekrachtigd, het oordeel van de rechtbank dat de Holding en appellant niet hoofdelijk zijn verbonden tot nakoming van de koopovereenkomst en betaling van de boete ex artikel 2:203 lid 2 BW, omdat Geothermie weliswaar nog niet bestond op het moment van het sluiten van de overeenkomst, maar wel op het moment van ondertekening van de later getekende koopakte, waaruit blijkt dat Geothermie de rechtshandelingen strekkende tot koop van het pand na haar oprichting heeft bekrachtigd.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 03-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2016:3528

**Zaaknummer:** 200.143.607/01

**Rechters:** M.M.A. Wind, G. van Rijssen en I. Tubben

**Advocaten:** B. van Dijk en I.J. Woltman

**Wetsartikelen:** 2:203 BW en 6:162 BW



RECHTSPRAAK

## **X & A B.V. tegen Curator**

***Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling. Vordering van geïntimeerde, de curator, tegen appellanten, de (middellijk) bestuurders van de gefailleerde vennootschap, tot betaling van de opbrengst van de verkoop van de winkelvoorraad. Het hof oordeelt dat appellanten onrechtmatig jegens de gezamenlijke crediteuren hebben gehandeld, door een vordering voortvloeiende uit een geldlening aan de failliet met voorrang aan zichzelf te voldoen. Het hof bekrachtigt de in eerste aanleg toegewezen vordering.***

Appellant 1 ('A B.V.') was enig aandeelhouder en bestuurder van de besloten vennootschap United Wheels Zwolle B.V. ('United Wheels'), een fietsenmaker. Appellant 2 ('X') was bestuurder van A B.V. United Wheels heeft ten behoeve van een door A B.V. aan haar verstrekte lening een pandrecht gevestigd op de inventaris en de voorraad van United Wheels. Op grond van de pandakte moest in geval van vervreemding van de inventaris en voorraad de opbrengst aan de pandnemer afgedragen worden. Nadat de financiële positie van United Wheels verslechterde, riep A B.V. haar pandrecht in en werd een deel van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde voorraad door een leverancier opgehaald. De resterende voorraad werd aan een andere winkel verkocht. Het verkoopbedrag werd via de bankrekening van United Wheels naar de bankrekening van A. B.V. overgemaakt. Nadien is United Wheels failliet verklaard.

In de onderhavige procedure vordert de curator een verklaring voor recht dat de afspraken tussen United Wheels en A B.V. ter zake van de verkoop van de resterende inventaris en de voorraad zijn vernietigd. Voorts vordert de curator appellanten hoofdelijk te veroordelen tot terugbetaling van het verkoopbedrag van de voorraad. De rechtbank heeft de verklaring voor recht afgewezen en appellanten tot terugbetaling veroordeeld.

In hoger beroep is vooral de vraag aan de orde of A B.V., en daarmee ook X via artikel 2:11 BW, onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers van United Wheels hebben gehandeld.

Appellanten menen dat zij met United Wheels een afwijkende wijze van verkoop, zoals bedoeld in artikel 3:251 lid 2 BW, zijn overeenkomen, en dat zij op grond van de pandakte de opbrengst van de verkochte voorraad mochten verhalen. Het hof wijst beide verweren af, overwegende dat de gestelde overeenkomst onvoldoende geloofwaardig is en dat er niet van rechtswege een pandrecht ten behoeve van A B.V. is komen te rusten op de vordering tot betaling van de koopprijs, omdat daarvoor vestiging van een pandrecht op specifiek die vordering noodzakelijk is. Het hof verwijst in verband met het laatste naar HR 23 april 1999 (ECLI:NL:HR:1999:ZC2940, NJ 2000/158). De stelling van appellanten dat United Wheels niet in solvabiliteits- noch in liquiditeitsproblemen verkeerde, acht het hof onvoldoende feitelijk onderbouwd. Nu A B.V. geen voorrang op de verkoopopbrengst had, de opbrengst beschikbaar had moeten blijven voor de gezamenlijke schuldeisers en in plaats daarvan in het zicht van het faillissement is gebuikt ter aflossing van de geldlening van A B.V., is er naar het oordeel van het hof sprake van onrechtmatig handelen door de appellanten jegens de crediteuren van United Wheels. Het hof bekrachtigt de toewijzing in primo.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 03-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2016:3530

**Zaaknummer:** 200.151.154/01

**Rechters:** W.J. Overtoom, O.E. Mulder en J. Smit

**Advocaten:** E.F.E. van Essen en M.A. Kerkdijk

**Wetsartikelen:** 6:162 BW, 3:251 BW en 2:247 BW

RECHTSPRAAK

## **Capricorn Capital LTD/Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A.**

***Capricorn Capital LTD ('Capricorn') is een investeringsmaatschappij en bezit beursgenoteerde obligaties die door Portugal Telecom International Finance B.V ('PTIF') zijn uitgegeven. Oi S.A. ('Oi') is een moedervenootmaatschappij naar Braziliaans recht met verschillende werkmaatschappijen. Twee van deze werkmaatschappijen, PTIF en Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A. ('FinCo'), zijn financieringsvehikels binnen de Oi-groep en honderd procent dochter van Oi. PTIF heeft een geldbedrag aan FinCo uitgeleend. Capricorn maakt zich, in haar hoedanigheid als houder van een substantieel belang in PTIF, zorgen over de financiële toestand van FinCo en vernietigt op grond van de actio pauliana (art. 3:45 BW) deze FinCo-lening. In het onderhavige kort geding vordert Capricorn de voorzieningenrechter te oordelen dat FinCo geen verdere financiering of financiële assistentie mag verlenen aan een ander Oi-groepslid zolang de FinCo-lening niet is voldaan. De voorzieningenrechter acht onvoldoende grond aanwezig voor toewijzing van de vordering.***

Vooruitlopend op de door Capricorn geëntameerde bodemprocedure, waarin zij primair vordert voor recht te verklaren dat de buitengerechtelijke vernietiging van de FinCo-lening als rechtsgeldig moet worden aangemerkt en subsidiair vordert de FinCo-lening te vernietigen, vordert Capricorn in het onderhavige kort geding FinCo te verbieden verdere financiering of financiële assistentie te verlenen aan een ander Oi-groepslid zolang de verplichtingen uit de FinCo-lening niet zijn voldaan.

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde verbod af. Volgens de voorzieningenrechter heeft Capricorn haar belang in PTIF onvoldoende gespecificeerd: Capricorn heeft niet duidelijk gemaakt wanneer zij in het bezit is gekomen van de obligaties, tegen welke prijs zij deze heeft aangeschaft en wat de looptijd ervan bedraagt. De voorzieningenrechter merkt

voorts op dat Capricorn haar belang in PTIF aanzienlijk heeft vergroot terwijl zij op de hoogte was van de FinCo-lening en is doorgedaan met het vergroten van haar belang toen de financiële situatie binnen de Oi-groep aan het verslechteren was, waarmee Capricorn bewust een risico heeft genomen. De legitimering voor het uitbreiden van haar belang in PTIF, namelijk de verwachting van Capricorn dat FinCo haar schuld zou afbetalen vanwege de liquiditeiten die zij bezat, acht de voorzieningenrechter mede in dat licht onvoldoende om haar vordering in kort geding toe te wijzen. Een ander oordeel zou volgens de voorzieningenrechter in strijd zijn met de gebruikelijke – en voor Capricorn – kenbare financieringsstructuur binnen de Oi-groep, terwijl voor de beoordeling van de buitengerechtelijke vernietiging van de FinCo-lening de bodemprocedure aangewezen is. De voorzieningenrechter merkt nog op dat de belangen van Capricorn op dit moment niet worden geraakt, omdat de PTIF-obligaties een looptijd hebben tot medio april 2017 dan wel mei 2020.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 02-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2016:2615

**Zaaknummer:** C/13/605397 / KG ZA 16-369 CB/MV

**Rechters:** C.M. Berkhout

**Advocaten:** J.W. de Groot, F. Verhoeven, L.P. Kortmann en I.C. Engels

**Wetsartikelen:** 3:45 BW

RECHTSPRAAK

## Nieuwendijk Monumenten

### ***Enquête. Afwijzing verzoek tot beëindiging van het onderzoek en tot wijziging van de getroffen onmiddellijke voorzieningen.***

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Nieuwendijk Monumenten ('de vennootschap') vanaf 2008, een onderzoeker benoemd en bij wijze van onmiddellijke voorzieningen de bestuurder van de vennootschap ('B') geschorst en een tijdelijk bestuurder ('de OK-bestuurder') benoemd. Daarnaast heeft de OK respectievelijk de R-C een verzoek van B tot opheffing van zijn schorsing als bestuurder op te heffen, alsmede een verzoek tot het geven van een aanwijzing aan de onderzoeker afgewezen.

In de onderhavige procedure herhaalt B zijn verzoek zijn schorsing op te heffen en de OK-bestuurder te ontslaan en vermeerderd hij ter zitting zijn verzoek, dat nu tevens het beëindigen van het onderzoek behelst. Oorspronkelijk verzoekster, de vennootschap en de OK-bestuurder hebben bezwaar gemaakt tegen de vermeerdering van het verzoek. De OK overweegt dat het verzoek tot beëindiging van het onderzoek niet kan worden toegewezen. B heeft gesteld dat het belang aan het onderzoek is komen te ontvallen met een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland inzake de verdeling en waardering van de aandelen Nieuwendijk Monumenten. De OK wijst erop dat de enquête ertoe strekt opening van zaken te creëren en vast te stellen wie verantwoordelijk is voor mogelijk wanbeleid. Ook het verzoek tot wijziging van de onmiddellijke voorzieningen wordt afgewezen, nu de daartoe aangevoerde argumenten (voornamelijk over het functioneren van de OK-bestuurder) reeds van de hand zijn gewezen in een eerdere beschikking.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 28-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1608

**Zaaknummer:** 200.149.231/05 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema, P.R. Baart en J. van den Belt

**Advocaten:** M. Kashyap, R.N. de Jong en J.J. Degenaar

**Wetsartikelen:** 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

## **Cunico**

### ***Enquête. De Ondernemingskamer ('OK') beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Cunico en heft de getroffen onmiddellijke voorzieningen op vanwege opheffing van de impasse.***

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK, gelet op de toestand van Cunico ('de vennootschap'), bij wijze van onmiddellijke voorzieningen (i) een bestuurder met beslissende stem en zelfstandige bevoegdheid benoemd, (ii) vijf procent van de door elk de twee aandeelhouders van de vennootschap, BSGR Holdings Coöperatie U.A. ('BSGR') en International Mineral Resources B.V. ('IMR') gehouden aandelen overgedragen ten titel van beheer, (iii) het enquêteverzoek aangehouden, (iv) bepaald dat het bestuur van de vennootschap zonder aandeelhoudersbesluit tot emissie kan overgaan, (v) bepaald dat de tijdelijke bestuurder ('de OK-bestuurder') zelfstandig bevoegd is en zonder informatie aan de medebestuurders te verstrekken bestuursbesluiten en rechtshandelingen kan verrichten en (vi) een bedrag van € 1,5 miljoen in escrow geplaatst.

In de onderhavige procedure verzoekt IMR de getroffen onmiddellijke voorzieningen op te heffen. IMR handhaaft slechts haar enquêteverzoek, voor zover BSGR haar verzoek niet intrekt. De OK-bestuurder en de beheerder van de aandelen steunen het verzoek van IMR, met dien verstande dat het in escrow geplaatste bedrag aldaar zal moeten blijven en dat zij zich refereren aan het oordeel van de OK over de intrekking van het enquêteverzoek. BSGR heeft zich verzet tegen opheffing van de onmiddellijke voorziening en tegen de intrekking van het enquêteverzoek.

De OK oordeelt allereerst dat het verweer van IMR dat BSGR geen bezwarenbrief heeft verstrekt faalt, nu dit verweer slechts aan de vennootschap toekomt en IMR voldoende op de hoogte was van de bezwaren van BSGR. Voorts oordeelt de OK dat zij reeds in haar eerdere beschikking heeft geoordeeld dat de verstoorde verhouding tussen BSGR en IMR ertoe leidt dat de organen van de vennootschap niet naar behoren functioneren en dat de continuïteit van de vennootschap daardoor in gevaar komt, wat gegronde redenen tot twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken oplevert. De stelling van IMR dat dit inmiddels anders is als

gevolg van de getroffen onmiddellijke voorzieningen doet daaraan niet af. De OK wijst het (voorwaardelijke) enquêteverzoek van IMR en BSGR toe. Daarbij overweegt de OK dat in het midden kan blijven wat de rol van partijen bij de verstoorde verhoudingen is. Het onderzoek zal zich met name richten op de oorzaken van de financiële en bedrijfseconomische problemen van de vennootschap, de rol en opstelling van beide joint venture-partners, de benoeming en het functioneren van de namens IMR benoemde bestuurder en de onenigheid rondom een verstrekte volmacht, aldus de OK. Gelet op de opheffing van de impasse vanwege het slagen van het biedingsproces, heft de OK de getroffen onmiddellijke voorzieningen op.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 28-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1627

**Zaaknummer:** 200.174.769/01 OK, 200.174.769/02 OK en 200.174.769/04 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema, P.R. Baart en J. van den Belt

**Advocaten:** mr. M.E.C. Lok, W.P. Weijers, A.R.J. van Croiset Uchelen, Ch.E. Honée en S.B. Garcia Nelen

**Wetsartikelen:** 2:349a lid 2 BW



RECHTSPRAAK

## Venidero

***Niet-ontvankelijk in een uitkoopprocedure. Bij tussenarrest heeft de OK eiser in de gelegenheid gesteld om een verklaring van een notaris of registeraccountant te overleggen waaruit blijkt dat eiser voldoet aan het kapitaals- en stemrechtvereiste van artikel 2:201a lid 1 BW. De OK verklaart eiser niet-ontvankelijk in zijn uitkoopvordering, nu de door eiser overgelegde verklaring niet voldoet aan de daaraan door de OK gestelde eisen.***

Bij tussenarrest heeft de OK eiser in de gelegenheid gesteld een verklaring van een notaris of registeraccountant in het geding te brengen, inhoudende dat uit door deze verricht onderzoek blijkt dat eiser voldoet aan het kapitaals- en stemrechtvereiste van artikel 2:201a lid 1 BW en dat de overige aandelen worden gehouden door gedaagde. Daarbij overwoog de OK dat uit deze verklaring moet blijken in hoeverre de gebruikte informatie is gecontroleerd en op welke wijze de opsteller van de verklaring tot zijn conclusie is gekomen. Voorts diende de verklaring in beginsel betrekking te hebben op de stand van zaken op de datum van de dagvaarding. In de onderhavige beschikking overweegt de OK dat de door eiser overgelegde verklaring niet aan deze vereisten voldoet en verklaart eiser om die reden niet-ontvankelijk.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 26-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1501

**Zaaknummer:** 200.180.053/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, J. den Boer, M.M.M. Tillema, R.A.H. van der Meer en J.B.M. Streppel

**Advocaten:** R.W. de Pater

**Wetsartikelen:** 2:201a BW

RECHTSPRAAK

## Flextra

***Enquête. De advocaat van verzoekster bericht de OK dat zij de procedure tegen twee verweersters niet wenst te handhaven. De OK leest daarin een verzoek tot intrekking jegens die verweersters en verklaart verzoekster in zoverre niet-ontvankelijk in haar enquêteverzoek.***

Bij eerdere beschikking heeft de OK verzoekster gevraagd of zij haar enquêteverzoek jegens verweester 10 en 11 wenste te handhaven. De advocaat van verzoekster heeft deze vraag vervolgens ontkennend beantwoord. In de onderhavige beschikking heeft de OK overwogen dat, nu tegen verweersters 1 tot en met 9 ontslag van instantie is verleend en verzoekster het enquêteverzoek voor zover dat is gericht tegen verweersters 10 en 11 heeft ingetrokken, het verzoek geen behandeling en beslissing meer vergt. De OK verklaart verzoekster niet-ontvankelijk in haar verzoek voor zover dat is gericht tegen de hiervoor bedoelde verweersters.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 25-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1584

**Zaaknummer:** 200.181.773/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema, P.R. Baart en J. van den Belt

**Advocaten:** P.A. de Lange en J.G.D. Fleers

**Wetsartikelen:** 2:345 BW

RECHTSPRAAK

## Strara en SR

### ***Enquête. De OK heft op verzoek van verzoekster de getroffen onmiddellijke voorzieningen op.***

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Strara Vastgoed B.V. ('Strara') en SR Horeca B.V. over de periode vanaf 1 januari 2015 en heeft de OK bij wijze van onmiddellijke voorzieningen een tijdelijk bestuurder en een beheerder van de overgedragen aandelen ten titel van beheer benoemd. Thans vraagt verzoekster, die inmiddels enig aandeelhouder is geworden van Strara, de OK de getroffen onmiddellijke voorzieningen te beëindigen, nu deze niet langer noodzakelijk zijn. De tijdelijk bestuurder en de beheerder van de aandelen sluiten zich daarbij aan. De OK beslist dienovereenkomstig.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 22-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1610

**Zaaknummer:** 200.174.303/01 OK

**Rechters:** M.M.M. Tillema, A.C. Faber, J.G. Sijmons, G.A. Cremers en F. van der Wel

**Advocaten:** E.A. Brat, J. Witvoet en E.M. van Zelm

**Wetsartikelen:** 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

## **VHU Holding**

### ***Enquête. De Ondernemingskamer ('OK') beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van VHU Holding en treft onmiddellijke voorzieningen.***

TheBrandSense ('verzoekster') heeft als certificaathouder van VHU Holding ('de vennootschap') een enquêteverzoek met betrekking tot de vennootschap ingediend, alsmede de OK verzocht onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zij heeft daartoe aangevoerd dat (i) sprake is van onderling wantrouwen in de vennootschap en in de enig aandeelhouder van de vennootschap, Stichting Administratiekantoor Van Huis Uit ('de STAK'), (ii) de enig bestuurder van de vennootschap ('B') heimelijk een privélening aan zichzelf heeft verstrekt, waarbij het belang van de vennootschap is geschonden, (iii) B zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de benoeming van de enige bestuurder en aandeelhouder van verzoekster ('C') als bestuurder van de STAK nietig is en (iv) B ten onrechte de bankpassen van C en de enig bestuurder van een dertig procent aandeelhouder van verzoekster ('F') heeft geblokkeerd en de toegang tot de financiële administratie heeft ontzegd. De vennootschap stelt zich op het standpunt dat verzoekster niet-ontvankelijk moet worden verklaard, nu aan haar bezwaren geheel tegemoet is gekomen.

De OK oordeelt dat aan de bezwaren van verzoekster niet genoegzaam tegemoet is gekomen en dat deze bezwaren gegronde redenen tot twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van de vennootschap opleveren. Daartoe overweegt de OK dat B als enig bestuurder van de vennootschap een tegenstrijdig belang had bij het verstrekken van de geldlening omdat hij tot overboeking is overgegaan terwijl hij wist dat C en F als mede-certificaathouders daarmee niet (onvoorwaardelijk) hadden ingestemd en voorwaarden aan de geldlening zouden hebben verbonden. Voorts heeft B naar het oordeel van de OK niet de vereiste openheid van zaken gegeven over de geldlening en lijkt de overeenkomst van geldlening te zijn geantedateerd. Ten aanzien van de blokkering van de bankpassen oordeelt de OK dat daardoor zonder goede grond de verhoudingen zijn verstoord. De OK constateert verder dat B niet in overleg is getreden met C toen hij constateerde dat haar benoeming mogelijk in strijd was met de statuten. Dat had volgens de OK redelijkerwijze wel op zijn weg gelegen.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en oordeelt dat de toestand van de vennootschap en de handelwijze van B het treffen van onmiddellijke voorzieningen rechtvaardigt, welke voorzieningen bestaan uit de schorsing van B als bestuurder, de benoeming van een door de OK aan te wijzen bestuurder, die het tot zijn taak mag rekenen een minnelijke schikking te beproeven, alsmede de overdracht van de aandelen ten titel van beheer.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 22-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1606

**Zaaknummer:** 200.184.194/01 OK

**Rechters:** M.M.M. Tillema, G.C. Makkink, A.J. Wolfs, M.A. Scheltema en C. Smits-Nusteling

**Advocaten:** K.E. de Vries en J.E. van Rossem

**Wetsartikelen:** 2:345 BW

RECHTSPRAAK

## **Beheersmaatschappij De Hoof Someren**

***Afwijzing enquêteverzoek. Geschil over de opvolging binnen het familiebedrijf De Hoof Groepsaccommodaties. De oprichter van het bedrijf ('D') wenst het bedrijf over te dragen aan een van zijn kinderen ('C'), die in de onderneming werkzaam is als directeur. Zijn twee andere kinderen ('A' en 'B') stellen zich op het standpunt dat hiermee hun belangen ernstig worden geschaad, zij nooit gebruik hebben kunnen maken van hun vergaderrechten en dat er geen deugdelijk besluitvormingsproces is geweest, zodat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de vennootschap te twifelen. De Ondernemingskamer ('OK') wijst het verzoek af.***

De Hoof Groepsaccommodaties is een familiebedrijf dat is opgericht door D en wijlen zijn echtgenote. Zij hielden samen alle aandelen in het kapitaal van Beheersmaatschappij De Hoof Someren B.V. ('de vennootschap'). De vennootschap houdt alle aandelen in het kapitaal van De Hoof Someren Beheer B.V., ('De Hoof Someren Beheer') die op haar beurt alle aandelen houdt in het kapitaal van De Hoof Groepsaccommodaties B.V. ('De Hoof Groepsaccommodaties'). D is enig bestuurder van deze drie vennootschappen. Ingevolge het testament van de in 2006 overleden echtgenote komt D als vruchtgebruiker van de tot de nalatenschap behorende aandelen in het kapitaal van de vennootschap het recht toe om de aandelen te vervreemden zonder toestemming of medewerking van hun drie kinderen, A, B en C. Voorts komen de vergader- en stemrechten aan D toe, evenals het dividend. In 2012 heeft D zich voorgenomen het familiebedrijf over te dragen aan C, die in ieder geval sinds 2006 in de onderneming werkzaam is als directeur van De Hoof Someren Beheer en van De Hoof Groepsaccommodaties. Daartoe heeft de AVA van de vennootschap op 5 april 2013 het besluit goedgekeurd tot vervreemding van de aandelen in het kapitaal van De Hoof Someren Beheer aan een nog op te richten stichting, tegen levering van certificaten van aandelen in het kapitaal van De Hoof Someren Beheer, en op 19 mei 2015 een besluit genomen tot goedkeuring van het verlenen aan C van een optie tot koop op de certificaten van aandelen van de vennootschap in

De Hoof Someren Beheer ('de certificaten'). Enige tijd later heeft C deze koopoptie uitgeoefend. Toen A en B voor een AVA zijn opgeroepen met onder andere als agendapunt een voorstel tot verkoop van de certificaten, hebben zij bezwaar gemaakt tegen het beleid en de gang van zaken. Vervolgens zijn zij uitgenodigd voor een BAVA, waarbij onder meer de bevestiging van de hiervoor genoemde besluiten en de wens van A en B om een bod uit te brengen op de certificaten was geagendeerd.

In de onderhavige procedure verzoeken A en B de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en onmiddellijke voorzieningen te treffen. Daaraan hebben zij ten grondslag gelegd dat (i) zij niet betrokken zijn geweest bij de certificering van de aandelen en de voorgenomen verkoop van de certificaten van aandelen aan C, en dat door deze verkoop hun rechten alsmede het belang van de Vennootschap op ernstige wijze worden geschaad, (ii) zij nooit gebruik hebben kunnen maken van hun vergaderrechten en dat zij niet van informatie zijn voorzien over het reilen en zeilen van de onderneming en (iii) er geen transparant, objectief en onafhankelijk proces is geweest om te komen tot de voorgenomen verkoop van de certificaten en dat het erop lijkt dat de onderneming ver onder de marktconforme waarde wordt verkocht. In dat verband hebben zij gesteld dat D de belangen van C boven die van hen heeft gesteld en dat er sprake is van een evident tegenstrijdig belang.

Het OK wijst vooreerst het niet-ontvankelijkheidsverweer van D, C en de vennootschap af, nu A en B als blooteigenaren in de onverdeelde gemeenschap van D en zijn overleden echtgenote voldoende economisch belang bij een enquête hebben en de bezwarenbrief niet te laat is ingediend. Ten gronde stelt de OK voorop dat aan A en B het vergaderrecht, het recht om tijdens algemene vergaderingen het woord te voeren, op een afschrift van de jaarrekening, op volledige informatie als aandeelhouder, alsmede het agenderingsrecht toekomt. De OK is van oordeel dat, hoewel de vennootschap deze rechten heeft miskend en zulks op zichzelf voldoende gegronde reden tot twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van de vennootschap oplevert, er thans onvoldoende reden bestaat voor toewijzing van het enquêteverzoek, omdat de informatieachterstand intussen is hersteld en de vergaderrechten zijn geredresseerd. Voorts overweegt de OK dat het binnen de familie en dus ook voor A en B duidelijk moet zijn geweest dat D de onderneming aan C wilde overdragen, en dat hij daartoe ook bevoegd is nu er geen rechtsregel is die D verplicht om met A en B als blooteigenaren in overleg te gaan over of hun toestemming te vragen voor de certificering. Volgens het hof getuigt de handelwijze van D rondom de certificering, met name de waardering van de onroerende zaken van de onderneming en het vaststellen van de prijs van de certificaten, van zorgvuldigheid, ook jegens A en B. De OK komt tot de conclusie dat de besluitvorming binnen de vennootschap geen gegronde reden oplevert om te twijfelen aan een juist beleid en een

juiste gang van zaken van de vennootschap. Het enquêteverzoek wordt afgewezen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 21-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1609

**Zaaknummer:** 200.187.702/01 OK

**Rechters:** A.J. Wolfs, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar en M.M.M. Tillema

**Wetsartikelen:** 2:197 BW en 2:345 BW



RECHTSPRAAK

## Ondernemingsraad Stichting Haags Filmhuis/belanghebbenden

### ***Toewijzing verzoek van de ondernemingsraad ('OR') van de stichting Haags Filmhuis ('de Stichting') tot het aanstellen van nieuwe bestuurders van de Stichting.***

De OR verzoekt te voorzien in de vervulling van de ledige bestuursplaatsen van de stichting Haags Filmhuis, zo nodig na ontslag van de zich noemende bestuurders, door benoeming van een viertal met name genoemde personen, op grond van artikel 2:299 BW en 2:298 BW. De rechtbank overweegt dat de Stichting thans geen bestuur kent, aangezien de ten tijde van indiening van het verzoek in het Handelsregister ingeschreven bestuurders geen bestuursleden van de Stichting zijn omdat hun benoemingstermijn is verstreken en zij niet zijn herbenoemd. Nu in benoeming van een bestuur niet overeenkomstig de statuten kan worden voorzien anders dan door benoeming door de rechtbank, gaat zij over tot benoeming van drie van de door de OR voorgestelde bestuursleden, die naast het besturen uitdrukkelijk tot taak hebben een nieuw bestuur te zoeken en aan te stellen.

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 21-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2016:5101

**Zaaknummer:** HA/RK 2016.100

**Rechters:** R.J. Paris

**Advocaten:** P.F. Keuchenius en D.G.M. de Grave-Verkerk

**Wetsartikelen:** 2:299 BW en 2:298 BW

RECHTSPRAAK

## **Westerhof q.q./Boss Interim B.V.**

***Eiser, curator in het faillissement van Boss Interim B.V. ('de vennootschap'), stelt gedaagde, bestuurder van de gefailleerde vennootschap, aansprakelijk voor het boedeltekort in het faillissement van de vennootschap op grond van artikel 2:248 lid 2 BW. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder het wettelijk vermoeden succesvol heeft ontzenuwd en stelt de curator in de gelegenheid om aan te geven of deze (nader) bewijs wil leveren om aan te tonen dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is.***

De rechtbank heeft bij tussenvonnis geoordeeld dat de bestuurder niet aan zijn administratieplicht uit hoofde van artikel 2:10 BW heeft voldaan, waarmee op grond van artikel 2:248 lid 2 BW is komen vast te staan dat gedaagde zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld, welke onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. De bestuurder is door de rechtbank in de gelegenheid gesteld om tegenbewijs te leveren om dit vermoeden te ontkrachten.

In het onderhavige vonnis acht de rechtbank bewezen dat de vennootschap geen omzet had vanwege het feit dat de door de vennootschap ontwikkelde software nog niet klaar was voor de verkoop aan haar doelgroep, namelijk grote ondernemingen, waardoor de vennootschap niet in staat was om haar schulden te betalen. De rechtbank oordeelt dat, anders dan de curator heeft gesteld, het niet aan de bestuurder te wijten is dat het niet tot de verkoop van de software is gekomen, en dat de bestuurder aannemelijk heeft gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan en stelt de curator in de gelegenheid om aan te geven of deze (nader) bewijs wil leveren om aan te tonen dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland  
**Datum uitspraak:** 20-04-2016  
**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2016:2080  
**Zaaknummer:** C/16/345736 / HA ZA 13-431  
**Rechters:** J.K.J. van den Boom  
**Advocaten:** D. Heitman en I.D.C.J. van Driel  
**Wetsartikelen:** 2:248 BW

RECHTSPRAAK

## **Phoenicia**

***Enquête. Nadat het onderzoeksverslag ter inzage voor belanghebbenden is gelegd, heeft verzoeker ('Kelly') de OK gevraagd te bepalen dat sprake is van wanbeleid bij Phoenicia Hotel (Holding) B.V. ('Phoenicia'). De OK wijst het verzoek af.***

In augustus 2007 heeft Cuffe Malta ten behoeve van de aankoop en ontwikkeling van 'The Phoenicia Hotel Malta' op Malta ('het Hotel') een kredietfaciliteit met een looptijd tot augustus 2010 ('de lening') betrokken bij Irish Nationwide Building Society ('INBS'), waaronder Cuffe Malta tot een maximumbedrag van € 21.000.000 zou kunnen trekken. Tot zekerheid is een recht van hypotheek verstrekt op het Hotel. Tot meerdere zekerheid hebben Cuffe, Byrne, Farrel, Alistair Tidey, Wilson en Kelly (tezamen: 'de garantstellers') zich hoofdelijk garant gesteld voor het terugbetalen van het onder deze faciliteit geleende bedrag ('de garantie'). Op 21 juli 2012 heeft Kelly voor het eerst een voorstel tot aflossing van de voormelde lening en tot herfinanciering gepresenteerd van een consortium van Maltese investeerders ('het consortium'). Op 28 november 2012 heeft Teramy de rechten en verplichtingen van (oorspronkelijk) INBS onder de lening en de garantie verkregen. Op 1 juli 2013 is zowel het gehele uitstaande aandelenkapitaal in Cuffe Malta als het gehele uitstaande aandelenkapitaal in Hotel Company door Phoenicia overgedragen aan een aan Teramy gelieerde vennootschap: Phoenicia Lux. Kelly verzoekt het instellen van een enquête naar het beleid en de gang van zaken van Phoenicia. Kelly legt hiervoor ten grondslag dat aan de juistheid van dat beleid moet worden getwijfeld. Kelly heeft geklaagd dat Phoenicia haar dochtervennootschappen heeft verkocht aan Teramy zonder de voorafgaande goedkeuring van haar algemene vergadering van aandeelhouders. Die verkoop betreft in feite haar gehele onderneming en komt derhalve neer op haar materiële liquidatie, aldus Kelly.

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Phoenicia, een onderzoeker benoemd, bij wijze van onmiddellijke voorziening een tijdelijk bestuurder met doorslaggevende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid benoemd, en het door de onderzoeker gedeponeerde onderzoeksverslag voor belanghebbenden ter inzage gelegd. In de onderhavige procedure

verlangen verzoekers dat de OK zal bepalen dat zich in de periode vanaf 1 juni 2015 wanbeleid heeft voorgedaan. Ondanks de vaststelling door de onderzoeker dat de beginselen van behoorlijke corporate governance door het bestuur van Phoenicia en door de overige aandeelhouders jegens een minderheidsaandeelhouder ernstig en verwijtbaar zijn geschonden, komt de OK tot de vaststelling dat er geen sprake is van wanbeleid. Het voorstel van de minderheidsaandeelhouder mocht, vanwege het ontbreken van een 'proof of funding' worden genegeerd.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 12-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1629

**Zaaknummer:** 200.177.124/01 OK

**Rechters:** A.C. Faber, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, G.A. Cremers en B.M. Prins

**Advocaten:** J.D. Kleyn, G. te Winkel en M.A.M.J. Stücken

**Wetsartikelen:** 2:355 BW

RECHTSPRAAK

## VTS Groep Nederland

***Enquête. Verzoekster, Money Service Online B.V., vraagt de OK het bij eerdere beschikking bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van VTS Groep Nederland B.V. ('de vennootschap') doorgang te laten vinden, maar geeft daarbij aan niet bereid te zijn zekerheid te stellen c.q. de kosten van het onderzoek te willen dragen. De OK overweegt dat, aangezien verzoekster niet in staat is de kosten van het onderzoek te dragen of daartoe zekerheid te stellen, het onderzoek moet worden beëindigd, tenzij verzoekster bereid is binnen tien dagen zekerheid te stellen.***

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van VTS Groep Nederland ('de vennootschap'), een onderzoeker en – bij wijze van onmiddellijke voorziening – een tijdelijk bestuurder benoemd, alsmede de tijdelijk bestuurder op eigen verzoek uit zijn functie ontheven. Verzoekster heeft vervolgens de OK gevraagd het onderzoek niettemin doorgang te laten vinden, waarbij zij heeft aangegeven niet bereid te zijn zekerheid te stellen c.q. de kosten van het onderzoek te willen dragen.

De OK stelt onder verwijzing naar OK 27 december 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BY7940) voorop dat de artikelen 2:350 lid 4 en 2:354 BW in samenhang beschouwd meebrengen dat bij toewijzing van het enquêteverzoek in beginsel niet kan worden bepaald dat anderen dan de rechtspersoon de kosten van het onderzoek dragen of dat anderen dan de rechtspersoon zekerheid stellen, tenzij er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden. In het onderhavige geval acht de OK geen omstandigheden aanwezig op basis waarvan het wettelijke systeem in dit geval niet van toepassing zou zijn. Nu de vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert en het niet de verwachting is dat daarin op korte termijn verandering zal komen, bestaat thans geen reëel uitzicht op het uitvoeren van het gelaste onderzoek. Dat is anders indien verzoekster bereid is zekerheid te stellen. De OK beëindigt het onderzoek, tenzij verzoekster bereid is binnen tien dagen zekerheid te stellen. De OK heft tevens de getroffen onmiddellijke voorziening op.

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 08-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2016:1587

**Zaaknummer:** 200.152.052/01 OK

**Rechters:** A.C. Faber, E.A.G. van der Ouderaa, G.C. Makkink, J. van den Belt en P.G. Boumeester

**Advocaten:** T.E. Kuijpers en J.F.T.A. van den Eijnden

**Wetsartikelen:** 2:354 BW

RECHTSPRAAK

## **Curator/VSW**

***Eiseres, de curator, stelt gedaagde, bestuurder van de gefailleerde vennootschap, aansprakelijk voor het boedeltekort in het faillissement van VSW op grond van artikel 2:248 lid 1 en 2 BW. De rechtbank wijst de vordering af, omdat het wettelijk vermoeden door de gedaagde succesvol is ontzenuwd en de overige door de curator aangedragen omstandigheden geen belangrijke oorzaken in faillissement zijn geweest.***

In deze zaak verwijt de curator de bestuurder dat hij geen deugdelijke administratie heeft gevoerd en geen definitieve jaarrekening over het jaar 2007 heeft gedeponneerd, waardoor er in strijd is gehandeld met artikel 2:10 en 2:394 BW en zulks op grond van artikel 2:248 lid 2 BW onbehoorlijke taakvervulling oplevert dat vermoed wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. De rechtbank overweegt dat de bestuurder het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak in faillissement is geweest succesvol heeft ontzenuwd. Volgens de rechtbank heeft de bestuurder aannemelijk gemaakt dat zowel interne (ziekte medewerker waarvoor VSW niet verzekerd was) als externe (malaise in meubelbranche en financiële crisis vanaf 2008) omstandigheden het faillissement hebben veroorzaakt. Het beroep van de curator op artikel 2:248 lid 2 BW wordt dan ook afgewezen.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank of de bestuurder op grond van artikel 2:248 lid 1 BW aansprakelijk kan worden gehouden voor het boedeltekort. De curator stelt zich op het standpunt dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur omdat in de jaarrekening 2007 een lening aan de aandeelhouders van VSW is opgenomen, hetgeen in strijd is met artikel 2:207c BW. Daarnaast zou VSW in 2008 meer huur hebben betaald dan de jaren ervoor en zou VSW vanaf 1 januari 2009 zijn gestopt met het betalen van de salarissen waardoor de werknemers genoodzaakt werden het faillissement aan te vragen. De rechtbank overweegt dat de aandeelhouderslening een administratieve fout is, de huurverplichting over het jaar 2008 in lijn is met de voorgaande jaren, en dat de huurbetalingen weliswaar in het licht van faillissement van VSW in strijd zijn met de paritas creditorum maar desalniettemin geen



belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Volgens de rechtbank was VSW opgehouden te betalen, ook indien de werknemers het faillissement niet hadden aangevraagd. Voorts neemt de rechtbank in aanmerking dat toen de bestuurder in de gaten kreeg dat de onderneming niet meer levensvatbaar was, de nodige maatregelen zijn getroffen om tot een bedrijfsbeëindiging te komen.

De rechtbank wijst de vordering van de curator af.

---

**Datum uitspraak:**

**Zaaknummer:**