

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 19, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1971](#) 10-08-2023

Jaarrekeningprocedure Momentum Capital B.V. c.s./Momentum Estate Fund I B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1646](#) 11-07-2023

Schuldeiser, koper van havenkranen/Bestuurders bemiddelingskantoor in havenmateriaal

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1518](#) 21-06-2023

Enquête Cicerone Holding B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:9619](#) 12-10-2021

Klein q.q. en Wevers q.q./Bestuurders van Drent Holding B.V., Drent Goebel B.V. en Trend Graphic Services B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:3475](#) 30-08-2023

Leferink q.q./ (voormalig) bestuurders De Rozenhof B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:7444](#) 30-08-2023

Nederlandse Huizen Maatschappij B.V./Verkopers pand

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:3438](#) 25-08-2023

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege onregelmatige opzegging arbeidsovereenkomst

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:7435](#) 28-07-2023

Stichting Leerwerkbedrijf Zwijndrecht Werkt

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2022:6259](#) 27-09-2022

Ontslagen bestuurder/Stichting Brabantzorg

RECHTSPRAAK

Nederlandse Huizen Maatschappij B.V./Verkopers pand

Een bv heeft een pand gekocht en vervolgens de verkopers aansprakelijk gesteld voor haar schade als gevolg van door hen verzwezen gebreken aan de fundering. De verkopers stellen dat de bv niet ontvankelijk is, omdat de bv is ontbonden. De rechtbank oordeelt evenwel dat de bv niet is opgehouden te bestaan. Weliswaar is de bv ontbonden, nu eventuele gebreken aan de totstandkoming van het ontbindingsbesluit volgens de rechtbank zijn hersteld door bekrachtiging van het besluit via een KvK-formulier. Er is echter geen sprake van turboliquidatie, nu de potentiële vordering van de bv op de verkopers een bate is waarmee (het bestuur van) de bv ten tijde van de ontbinding reeds bekend was. De bv kan nog optreden als procespartij. In een wenk onder de uitspraak plaatst Karel Boonzaaijer een aantal kanttekeningen bij de uitspraak.

Nederlandse Huizen Maatschappij B.V. ('NHM') koopt een pand en verkoopt dat pand korte tijd later aan een derde partij. Die derde partij stelt NHM vervolgens aansprakelijk voor schade wegens gebreken aan de fundering van het pand. NHM stelt daarop de oorspronkelijke verkopers van het pand aansprakelijk voor deze schade, omdat verkopers hun contractuele mededelingsplicht hebben geschonden door de funderingsproblematiek te verzwijgen. De verkopers stellen in de eerste plaats dat NHM niet bevoegd is deze procedure in te stellen, omdat NHM is ontbonden. Deze samenvatting gaat slechts in op de vraag of NHM gegeven haar ontbinding ontvankelijk is in haar vordering.

De ontbinding van NHM is geregistreerd bij de Kamer van Koophandel (KvK) en haar bestuurders zijn daarbij aangemerkt als vereffenaars. Tijdens de mondelinge behandeling ter zitting heeft een van hen verklaard dat hij nooit heeft ingestemd met de ontbinding. Uit de uitspraak blijkt niet waarom deze instemming vereist zou zijn, nu een bv kan worden ontbonden door een besluit van de algemene vergadering. De rechtbank overweegt evenwel

dat de desbetreffende bestuurder in een later KvK-formulier heeft verzocht de liquidatie 'te rectificeren/heropenen', waarmee hij volgens de rechtbank het ontbindingsbesluit als het ware heeft bekrachtigd (art. 2:14 lid 2 BW). De vennootschap is daarom naar het oordeel van de rechtbank ontbonden.

Volgens laatstgenoemde KvK-formulier heeft in eerste instantie een turboliquidatie van NHM plaatsgevonden, aldus de rechtbank. Dit ten onrechte, omdat NHM op het moment van ontbinding al een vordering op de verkopers van het pand meende te hebben (de aansprakelijkstelling was reeds verstuurd), zodat er op dat moment nog een bate was waarmee (het bestuur van) NHM al bekend was. Naar het oordeel van de rechtbank is NHM dus niet geturboliquideerd, maar blijft zij voortbestaan zolang dit tot vereffening van haar vermogen nodig is.

De rechtbank oordeelt dat NHM niet is opgehouden te bestaan en ontvankelijk is.

Wenk

Op grond van de uitspraak is niet duidelijk waarom de bestuurder had moeten instemmen met het ontbindingsbesluit; de uitspraak bevat geen verwijzing naar de statuten. Ingevolge artikel 2:19 lid 1 aanhef en onder a BW wordt een besloten vennootschap ontbonden door een besluit van de algemene vergadering. Deze bepaling is (voor alle rechtspersonen met leden, dus niet voor de stichting) van dwingend recht, de statuten kunnen de bevoegdheid niet aan een ander orgaan of persoon toekennen (zie o.a. Asser/Kroeze 2-I 2021/380). Het is daarom niet mogelijk dat de statuten bepalen dat het bestuur of de bewuste bestuurder het besluit had moeten nemen. Uit de uitspraak blijkt ook niet wie aandeelhouder(s) is (zijn) van NHM. Mocht de bestuurder tevens aandeelhouder zijn met doorslaggevende stem en is hij niet betrokken geweest bij het besluit, dan is het besluit nietig op grond van artikel 2:14 lid 1 BW. Zulks is ook het geval indien het verkeerde orgaan het besluit had genomen. In die gevallen was bekrachtiging door de bestuurder niet mogelijk geweest, want een besluit waarbij desbetreffende bestuurder niet betrokken is geweest, valt dan niet onder het bereik van artikel 2:14 lid 2 BW.

Artikel 2:19 lid 1 aanhef en onder a BW laat wel toe dat de bevoegdheid tot ontbinding statutair wordt beperkt, door bijvoorbeeld te vereisen dat een ander (orgaan) het voorstel doet tot of goedkeuring geeft aan ontbinding. Indien het ontbindingsbesluit is genomen in weerwil van een dergelijk statutair voorgeschreven voorafgaande handeling of goedkeuring door een ander, is het nietig op grond van artikel 2:14 lid 2 BW en kan het door die ander worden bekrachtigd. Is goedkeuring achteraf vereist, dan is het besluit zonder deze goedkeuring niet nietig, maar kan het pas worden uitgevoerd na verkrijging van deze goedkeuring. (Zie

opnieuw Asser/Kroeze 2-I 2021/380, die verwijst naar Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing BW 1991, p. 168.) Het zou kunnen dat de statuten van NHM aldus voor ontbinding een voorstel dienaangaande door of de voorafgaande goedkeuring van het bestuur dan wel de desbetreffende bestuurder vereisen en dat die statutaire eis niet is nageleefd.

De rechtbank overweegt dat de desbetreffende bestuurder in een later KvK-formulier heeft verzocht de liquidatie 'te rectificeren/heropenen', waarmee hij volgens de rechtbank het ontbindingsbesluit als het ware heeft bekrachtigd. Bekrachtiging moet geschieden door een daarop gerichte rechtshandeling van de ander (Asser/Kroeze 2-I 2021/324). Het ondertekenen en indienen van een KvK-formulier kwalificeert weliswaar als een rechtshandeling, maar het is de vraag of de bestuurder daarmee de (impliciete) wil heeft uitgesproken de ontbinding te bekrachtigen, nu de indiening van het formulier juist ten doel had de bv langer te laten voortbestaan. Mogelijk heeft de rechtbank gedacht aan artikel 3:58 lid 1 BW (jo. art. 3:59 BW), dat bepaalt dat een rechtshandeling kan zijn bekrachtigd indien tussen de rechtshandeling en de vervulling van een voor haar geldigheid gesteld wettelijk vereiste alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op dit gebrek hadden kunnen beroepen, de handeling als geldig hebben aangemerkt. Ook daarvoor lijkt mij het bewuste KvK-formulier geen sterke aanwijzing.

De rechtbank vervolgt dat volgens het bewuste KvK-formulier in eerste instantie een turboliquidatie (art. 2:19 lid 4 BW) van NHM heeft plaatsgevonden. Ook die gevolgtrekking verbaast, nu bij de eerdere registratie bij de KvK van de ontbinding van NHM haar bestuurders zijn aangemerkt als vereffenaars. Ingeval van turboliquidatie vindt geen vereffening plaats en worden geen vereffenaars benoemd.

Artikel 2:19 lid 5 BW bepaalt dat de rechtspersoon na ontbinding blijft voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. Indien ten tijde van de beoogde (turbo)liquidatie sprake is van aan het bestuur van de rechtspersoon bekende baten, blijft de rechtspersoon nog voortbestaan en is deze nog niet geliquideerd. Zulks volgt ook uit artikel 2:23b lid 9 BW jo. artikel 2:19 lid 6 BW. De weg van artikel 2:23c lid 1 BW is dan niet nodig. De rechtbank volgt hier de bestendige lijn in de jurisprudentie en de literatuur, die aansluit bij de tekst van de wet.

De uitkomst is juridisch juist: NHM is weliswaar ontbonden, maar dat staat – anders dan de verkopers stellen – haar procesbevoegdheid niet in de weg, nu zij nog niet is geliquideerd.

K.H. Boonzaaijer, september 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:7444

Zaaknummer: C/10/653230 / HA ZA 23-176

Rechters: P. Joele

Advocaten: J.R. van Manen en J.J.M. Spierings

Wetsartikelen: 2:19 lid 1 BW, 2:19 lid 4 BW, 2:19 lid 5 BW, 2:19 lid 6 BW, 2:23c lid 1 BW en 2:14 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Leerwerkbedrijf Zwijndrecht Werkt

Een stichting verzoekt de rechtbank machtiging te verlenen tot omzetting van de stichting in een bv. De rechtbank wijst het verzoek af, omdat een expliciet bestuursbesluit tot omzetting ontbreekt en het bestuursbesluit tot statutenwijziging nietig is aangezien het niet conform de statutaire regeling is genomen.

Stichting Leerwerkbedrijf Zwijndrecht Werkt ('de Stichting') verzoekt de rechtbank op de voet van artikel 2:18 lid 4 BW machtiging te verlenen tot omzetting van de Stichting in een bv. De rechtbank wijst het verzoek af. Uit de overgelegde stukken blijkt dat niet is voldaan aan de toepasselijke wettelijke en statutaire regels die gelden voor omzetting en statutenwijziging.

Voor omzetting zijn namelijk onder meer geldige bestuursbesluiten tot omzetting en tot statutenwijziging vereist (art. 2:18 lid 2 BW). De statuten van de Stichting schrijven dwingend voor dat een besluit tot statutenwijziging alleen in een vergadering kan worden genomen en in casu is het besluit buiten vergadering genomen. Het bestuursbesluit is daarom nietig. Artikel 2:18 lid 2 onder a BW vereist dat het besluit tot omzetting dient te worden genomen met inachtneming van de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging. Ook het besluit tot omzetting zou daarom nietig zijn, maar in casu bevat het overgelegde bestuursbesluit geen expliciet besluit tot omzetting, dus reeds daarop stuit het verzoek af.

Een en ander volgt ook artikel 2:18 lid 5 BW dat bepaalt dat machtiging tot omzetting 'in elk geval' wordt geweigerd 'indien een vereist besluit nietig is'.

K.H. Boonzaaijer, september 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-07-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:7435

Zaaknummer: C/10/656675 / HA RK 23-409

Rechters: J.B. Smits

Advocaten: J.M.C. Wessels

Wetsartikelen: 2:18 lid 2 BW, 2:18 lid 4 BW, 2:18 lid 5 BW en 2:14 BW

RECHTSPRAAK

Jaarrekeningprocedure Momentum Capital B.V. c.s./Momentum Estate Fund I B.V.

OK; jaarrekeningprocedure. Een investeringsfonds dat investeringen heeft in twee Braziliaanse vastgoedondernemingen hanteert op enig moment een gewijzigde waarderingmethode ten aanzien van die vastgoedondernemingen zonder dit toe te lichten in de jaarrekening. Daarnaast worden voor deze vastgoedondernemingen voorzieningen opgenomen in de jaarrekening, terwijl geen sprake is van een waarschijnlijke betalingsverplichting van het investeringsfonds. De OK beveelt het investeringsfonds op verzoek van haar moederverenootschap de jaarrekening op deze punten te herzien. Verder wordt de OK verzocht te bevestigen dat het investeringsfonds, in weerwil van het oordeel van de Autoriteit Financiële Markt en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, de vastgoedvennootschappen in de jaarrekening terecht heeft gerubriceerd als participatie en niet als deelneming in de zin van artikel 2:24c BW. De OK oordeelt dat deze rubricering inderdaad terecht is.

Achtergrond en verzoek

In deze zaak gaat het om een geschil tussen investeringsmaatschappij Momentum Capital B.V. ('Momentum') en haar indirect 10%-aandeelhouder ('de Aandeelhouder') enerzijds en Momentum Estate Fund I B.V. ('MEFI') anderzijds. Momentum is de bestuurder en enig aandeelhouder van MEFI.

Op enig moment verkrijgt MEFI een aandelenbelang in twee Braziliaanse vastgoedondernemingen ('de Vastgoedondernemingen'), wat is gefinancierd door obligaties uit te geven aan investeerders. In verschillende documenten die aan de obligatiehouders zijn

verstrekt, wordt melding gemaakt van een zogenoemde 'Exit' in 2019, waarmee kort gezegd wordt bedoeld dat wordt beoogd het belang in de Vastgoedondernemingen ultimo 2019 te verkopen.

Het geschil dat tussen partijen is ontstaan ziet op de vraag of (i) bij het opstellen van de jaarrekening 2021 terecht geen toelichting is gegeven op de ten opzichte van de voorgaande jaarrekeningen gewijzigde waarderingsmethodiek die is gehanteerd en (ii) of de opgenomen voorzieningen in verband met de negatieve nettovermogenswaarden van de Vastgoedondernemingen terecht zijn opgenomen in de jaarrekening. Momentum en de Aandeelhouder (gezamenlijk 'Momentum c.s.') verzoeken de OK MEFI te bevelen de jaarrekening op die punten te herzien. MEFI verzoekt in haar verweer afwijzing van beide verzoeken.

Verder heeft de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') in een bestuursrechtelijke procedure, waarin tot aan het College van Beroep voor het Bedrijfsleven is geprocedeerd en de AFM in het gelijk is gesteld, geoordeeld dat de belangen in de Vastgoedondernemingen kwalificeren als deelneming in de zin van artikel 2:24c BW en niet als participatie. Omdat de Vastgoedonderneming als participatie is gerubriceerd in de jaarrekening, heeft AFM een last onder dwangsom opgelegd aan Momentum wegens strijd met artikel 8.8 Wet handhaving consumentenbescherming (oneerlijke handelspraktijken door het verstrekken van misleidende/onjuiste informatie aan consumenten). Zowel Momentum c.s. als MEFI zijn van mening dat de belangen in de twee Vastgoedondernemingen moeten worden gekwalificeerd als participatie en niet als deelneming, en zouden door de OK bevestigd willen zien dat deze belangen in de jaarrekening terecht als participaties zijn gerubriceerd. Hoewel de AFM door de OK in de gelegenheid wordt gesteld te worden gehoord, ziet hij af van deze mogelijkheid omdat MEFI niet kwalificeert als beleggingsonderneming of beleggingsinstelling in de zin van de Wet op het financieel toezicht (Wft).

Oordeel OK

Rubricering belangen Vastgoedondernemingen

De OK overweegt ten aanzien van de Vastgoedondernemingen dat van begin af aan sprake is geweest van een exit-strategie. Dit volgt uit de verschillende documenten die melding maken van een exit in 2019. Dat de exit wegens ongunstige marktomstandigheden (nog) niet is gerealiseerd, maakt dat naar het oordeel van de OK niet anders. De OK overweegt dat de belangen in de Vastgoedondernemingen door MEFI niet duurzaam worden gehouden en daarom, in weerwil van het rechtsvermoeden van artikel 2:24c BW, niet kwalificeren als deelnemingen als bedoeld in dat artikel. De OK oordeelt dat de Vastgoedondernemingen

terecht als participatie zijn gerubriceerd.

Waarderingsmethodiek

Ten aanzien van de gewijzigde waarderingsmethodiek oordeelt de OK dat deze wijziging niet zonder toelichting had mogen blijven. De schatting van de waarde van de Vastgoedondernemingen wijkt naar het oordeel van de OK zodanig af van die van 2020, zowel wat betreft de wijze van schatten als wat betreft de kwantitatieve uitkomst daarvan, dat in een toelichting nadere uitleg over de schattingswijziging en het effect daarvan op de verslagperiode gegeven had moeten worden.

Opgenomen voorziening

Naar het oordeel van de OK is geen sprake van een waarschijnlijke betalingsverplichting van MEFI, nu MEFI niet aansprakelijk is voor de negatieve vermogenswaarden van de Vastgoedondernemingen en zij daarvoor ook geen garanties heeft afgegeven. Tegen die achtergrond oordeelt de OK dat ten onrechte een voorziening in de jaarrekening over 2021 is opgenomen voor de negatieve nettovermogenswaarden van de Vastgoedondernemingen.

Slotsom

De OK komt tot het oordeel dat de jaarrekening over 2021 van MEFI niet het vereiste inzicht verschaft en geen getrouw beeld geeft van het vermogen van de rechtspersoon en oordeelt dat de gebreken in deze jaarrekening moeten worden hersteld. De OK beveelt MEFI in de Jaarrekening 2021 (i) de (af)waardering van de belangen in de Vastgoedondernemingen van een toelichting te voorzien en (ii) de in verband met de negatieve nettovermogenswaarden van de Vastgoedondernemingen opgenomen voorziening te verwijderen.

A. El Allaoui, september 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-08-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1971

Zaaknummer: 200.324.554/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, W.A.H. Melissen, C.C. Meijer, M.N. Hoogendoorn en E. Eeftink

Advocaten: J.B.S. Hijink, G.P. Roth, L.B.G. Hillen, L. in 't Veld en L.K. van Dijk

Wetsartikelen: 2:24c BW, 2:362 lid 1 BW, 2:367 BW, 2:384 lid 1 BW en 2:374 BW

RECHTSPRAAK

Leferink q.q./ (voormalig) bestuurders De Rozenhof B.V.

De curator van een gefailleerde zorginstelling stelt de bestuurder en twee voormalig bestuurders aansprakelijk. De bestuurder wordt aansprakelijk gehouden op grond van artikel 2:248 BW, mede omdat over 2018 tot en met 2021 geen definitieve jaarrekeningen zijn gepubliceerd. De voormalig bestuurders worden niet aansprakelijk gehouden op grond van artikel 2:248 BW, omdat de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW (bijna) is verstreken. Het bestuurderschap van een van de bestuurders valt met enkele dagen binnen de driejaarstermijn. De rechtbank oordeelt dat de curator onvoldoende heeft gemotiveerd dat zich specifiek binnen deze paar dagen een bestuurlijk verzuim heeft voorgedaan dat rechtvaardigt dat deze bestuurder op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk is. In zijn wenk plaatst Sjors Kessels vraagtekens bij dit oordeel. Overigens houdt de rechtbank de voormalig bestuurders wel aansprakelijk op grond van artikel 2:9 BW.

Inleiding

De curator van het gefailleerde De Rozenhof B.V. ('De Rozenhof'), een zorginstelling, stelt de bestuurder ('Bestuurder A') en twee voormalige bestuurders ('Bestuurders B en C') aansprakelijk op grond van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. De rechtbank stelt vast dat Bestuurder A op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk is voor het boedeltekort. Bestuurders B en C hebben hun bestuurstaak volgens de rechtbank onbehoorlijk vervuld en zijn daarom op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk voor de schade die De Rozenhof daardoor heeft geleden.

Bestuurder A

De rechtbank stelt vast dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting uit artikel 2:394 BW tot tijdige openbaarmaking van de jaarrekening. Over de boekjaren 2018 tot en met 2021 zijn namelijk slechts niet-vastgestelde jaarrekeningen van voorlopige aard gedeponeerd.

De vaststelling dat niet is voldaan aan de openbaarmakingsplicht, brengt op grond van artikel 2:248 lid 2 BW mee dat vaststaat dat Bestuurder A zijn bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en dat wordt vermoed dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van De Rozenhof.

Bestuurder A tracht zonder succes het vermoeden te weerleggen dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hij draagt als oorzaak van het faillissement aan dat zorgverzekeraars waarbij De Rozenhof declareerde voor zorgverlening aan hun verzekerden, vanaf begin 2019 ophielden om de declaraties van De Rozenhof te voldoen. De rechtbank oordeelt dat Bestuurder A verre van aannemelijk heeft gemaakt dat het staken van de betalingen door de zorgverzekeraars niet is terug te voeren op onbehoorlijk bestuur.

Bestuurders B en C

De rechtbank oordeelt dat Bestuurders B en C niet aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW. Aan dat oordeel ligt ten grondslag dat uit artikel 2:248 lid 6 BW volgt dat alleen onbehoorlijke taakvervulling binnen de termijn van drie jaar voorafgaand aan het faillissement in aanmerking wordt genomen.

De rechtbank stelt vast dat Bestuurder B en Bestuurder C op respectievelijk 27 februari en 1 februari 2019 als statutair bestuurders zijn afgetreden. De bestuursperiode van Bestuurder C valt aldus geheel buiten de driejaarstermijn. Het bestuurderschap van Bestuurder B valt wel met enkele dagen binnen de driejaarstermijn. De rechtbank oordeelt dat de curator onvoldoende heeft gemotiveerd dat zich specifiek binnen deze paar dagen een bestuurlijk verzuim heeft voorgedaan dat rechtvaardigt dat Bestuurder B op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk is.

Bestuurders B en C ontkomen echter niet geheel aan aansprakelijkheid. De rechtbank stelt vast dat zij op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk zijn wegens onbehoorlijk bestuur. Bestuurders B en C hebben volgens de rechtbank hun kerntaak om erop toe te zien dat de zorg die bij de zorgverzekeraars werd gedeclareerd, voldeed aan de voorwaarden voor declaratie, ernstig veronachtzaamd. Daarnaast is aan Bestuurders B en C ernstig verwijtbaar dat zij hebben bewerkstelligd of toegelaten dat bepaalde uitgekeerde vergoedingen aan De Rozenhof zijn onthouden.

Bestuurders B en C ontkomen niet aan aansprakelijkheid op grond van de onderlinge taakverdeling binnen het bestuur. Een beroep op diezelfde taakverdeling leidt er wel toe dat Bestuurder A wordt veroordeeld om aan Bestuurder C het bedrag te vergoeden dat hij uit hoofde van de veroordeling betaalt aan hetzij de curator, hetzij aan Bestuurder A of Bestuurder B op grond van zijn onderlinge bijdraagplicht als bedoeld in artikel 6:10 BW.

Wenk

Het oordeel van de rechtbank dat Bestuurder B niet aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 BW omdat de curator onvoldoende heeft gemotiveerd dat zich specifiek in de paar dagen binnen de driejaarstermijn een bestuurlijk verzuim heeft voorgedaan dat aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW rechtvaardigt, is opvallend. Het (onweerlegbare) vermoeden dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling indien niet (tijdig) is voldaan aan de openbaarmakingsplicht, is slechts beperkt door de voorwaarde dat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim. Het gaat daarbij om de vraag of de schending van de openbaarmakingsplicht (of boekhoudplicht) zo onbelangrijk is dat deze geen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur oplevert. Dat betekent dat het geringe aandeel dat een *individuele* bestuurder heeft gehad niet door deze bestuurder kan worden aangevoerd als reden om een onbelangrijk verzuim aan te nemen (HR 1 november 2013, *NJ* 2014/7 (Verify)). Uit de uitspraak volgt niet dat de bestuurder een dergelijk verweer heeft beoogd/ingesteld, noch dat de rechtbank hier het oog op had.

S.W.M. Kessels, september 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 30-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:3475

Zaaknummer: C/08/282261 / HA ZA 22/203

Rechters: A.E. Zweers, A.M. van Diggele en S. Kuipers

Advocaten: A.T. Brouwer, O.J. de Vries en B.J.H.L. Brouwer

Wetsartikelen: 2:9 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Klein q.q. en Wevers q.q./Bestuurders van Drent Holding B.V., Drent Goebel B.V. en Trend Graphic Services B.V.

Twee bestuurders van enkele gefailleerde concernvennootschappen worden door de curatoren aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort dan wel de door de vennootschappen geleden schade. Naar het oordeel van het hof is het handelen van de bestuurders geen directe oorzaak van het faillissement, zodat zij niet aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:248 BW. Het handelen van de bestuurders is wel onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers. Dat het hof dit oordeelt, is opvallend, omdat de curator had gevorderd dat de bestuurders aansprakelijk worden gehouden voor de door de failliete vennootschappen geleden schade.

Inleiding

In deze zaak staat de vraag centraal of twee bestuurders van Drent Holding B.V. ('Drent Holding'), Drent Goebel B.V. ('Drent Goebel') en Trend Graphic Services B.V. ('Trend') aansprakelijk zijn voor het tekort in de faillissementen van deze vennootschappen. De curatoren hebben hun vorderingen gebaseerd op verschillende gronden, namelijk kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW), onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW) en onrechtmatig handelen (art. 6:162 BW).

Het Drent-concern bestaat onder andere uit Drent Holding, Drent Goebel en Trend, actief in het ontwerpen, vervaardigen, reviseren en verkopen van (grafische druk)machines. Drent Holding is de enige aandeelhouder van Trend en Drent Goebel.

De curatoren betogen dat diverse transacties voorafgaand aan de faillissementen hebben geleid tot de uitholling van de vennootschappen. Zo verkoopt Drent Holding op 2 juli 2009 haar patenten voor € 2.000.000 aan een Duitse vennootschap, de grootste concurrent van Drent Goebel. De betaling vindt plaats op de bankrekening van Drent Holding bij KBC Bank,

die de ontvangen koopprijs verreken met haar vordering op het Drent-concern. Op 5 juli 2009 vraagt Drent Goebel haar eigen faillissement aan vanwege de intrekking van de kredietfaciliteit door KBC Bank, waardoor ze niet meer kan opereren. Op 6 juli 2009 wordt Drent Goebel failliet verklaard. Op 2 november 2009 volgt het faillissement van Trend, kort na de verkoop van haar machines en voorraad.

Artikel 2:248 BW

De curatoren betogen dat de handelingen van de bestuurders, inclusief de genoemde transacties, belangrijke oorzaken zijn van de faillissementen van de vennootschappen volgens artikel 2:248 BW. Het hof oordeelt dat de transacties niet als belangrijke oorzaak kunnen worden beschouwd voor de faillissementen van Drent Holding en Drent Goebel, vanwege hun al bestaande liquiditeitsproblemen ten tijde van de transacties (r.o. 5.6-5.11). Bovendien had het faillissement van Drent Goebel gevolgen voor Trend, die volledig afhankelijk was van Drent Goebel. Zonder Drent Goebel kon Trend – die drukmachines die klanten inleverden, schoonmaakte, reviseerde en verkocht – geen gebruikte machines meer kopen en werden de werknemers van Trend ontslagen vanwege het faillissement van Drent Goebel, omdat deze bij Drent Goebel in dienst waren. Dit leidde tot het stilvallen van de activiteiten van Trend. Het hof neemt aan dat het faillissement van Trend onvermijdelijk was en de verkoop van haar vermogensbestanddelen niet als een belangrijke oorzaak van het faillissement kan worden beschouwd (r.o. 5.31-5.32). Aldus deelt het hof het oordeel van de rechtbank: de bestuurders zijn niet aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW.

Artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW

Verder stellen de curatoren dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor *alle door Drent Holding geleden schade* wegens onrechtmatig handelen. Ze stellen dat de bestuurders de belangen van de schuldeisers hadden moeten laten prevaleren, gezien hun mening dat Drent Goebel in feite (materieel) al failliet was (5.12). Het hof verschilt van oordeel met de rechtbank en oordeelt dat de bestuurders bij de verkoop van patenten kort voor het faillissement wel onrechtmatig hebben gehandeld *tegenover de gezamenlijke schuldeisers van Drent Holding* (r.o. 5.28). De bestuurders werkten mee aan de onrechtmatige selectieve betaling aan de bank in het zicht van het faillissement met als doel de verliezen van KBC Bank te beperken en deze bereid te vinden voor een doorstart. Terwijl de bestuurders hun eigen belangen bevorderden, zijn de gezamenlijke schuldeisers van Drent Holding benadeeld: de patenten waren niet langer beschikbaar voor verhaal door de schuldeisers. Het hof oordeelt dat de bestuurders zodanig onzorgvuldig hebben gehandeld tegenover de gezamenlijke schuldeisers dat hun een ernstig verwijt valt te maken.

Betreffende de onder de marktwaarde verkochte activa van Trend is het hof het niet eens met de curatoren dat het nooit zou zijn toegestaan om activa te verkopen in het zicht van faillissement. Het hof oordeelt dat dit niet is verboden, zolang de verkoop tegen reële prijzen gebeurt met inachtneming van de belangen van de vennootschap en haar schuldeisers. De verkoop van activa namens Trend werd echter gesloten door haar bedrijfsleider zonder voorafgaande toestemming van een van de bestuurders. Omdat Drent Goebel failliet was en het faillissement van Trend naderde, had de bestuurder die hiervoor verantwoordelijk was, moeten zorgen voor zorgvuldige en reële prijzen bij deze transactie. Van het nalaten van adequaat toezicht op deze transactie kan de betreffende bestuurder een ernstig verwijt worden gemaakt. Zodoende is die bestuurder aansprakelijk voor de door Trend geleden schade (r.o. 5.35).

De beslissing van het hof wijkt enigszins af van de vordering van de curatoren op grond van artikel 6:162 BW. De curatoren vorderen de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor de (nader te berekenen) schade die *de vennootschappen* hebben geleden. Het hof daarentegen beslist dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor de door de *gezamenlijke schuldeisers* geleden en te lijden schade. De formulering van het oordeel en de beslissing van het hof sluiten aan bij een op onrechtmatige daad gebaseerde, zogenoemde *Peeters q.q./Gatzen-vordering* ('de PGV'). De ingestelde vorderingen van de curatoren verschillen van de PGV in zoverre dat deze afwijken van het te dienen belang, namelijk het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Reden waarom in cassatie is geklaagd dat het hof met zijn oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou zijn getreden door een PGV toe te wijzen, terwijl die niet was ingesteld (ECLI:NL:HR:2023:967, OR 2023-0135).

E. Ayerdem, september 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:9619

Zaaknummer: 200.249.147

Rechters: H.L. Wattel, B.J. Engberts en E. Bagheri Ziabari

Advocaten: M. Wevers, R. Klein, H.S. Mensonides en R. van der Jagt

Wetsartikelen: 2:9, 2:248 en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Schuldeiser, koper van havenkranen/Bestuurders bemiddelingskantoor in havenmateriaal

De schuldeiser van een bv vordert een schadevergoeding van de bestuurders van die bv wegens vertraging in de levering van door de schuldeiser van de bv gekochte havenkranen. De schuldeiser stelt dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld door een substantieel hogere managementvergoeding te onttrekken en dividenduitkeringen te doen, waardoor de bv niet langer in staat was de als tegemoetkoming voor de vertraging overeengekomen transportbijdrage te betalen. De rechtbank wijst de vordering af, maar het hof oordeelt in hoger beroep dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld tegenover de schuldeiser door hun persoonlijke belangen boven die van de schuldeiser te stellen. Daardoor hebben zij financiële schade veroorzaakt. Het hof verklaart de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor de door de schuldeiser geleden schade.

Feiten

Geïntimeerden ('de Bestuurders') zijn (indirect) bestuurders en aandeelhouders van een bv ('de BV'), een bemiddelingskantoor in havenmateriaal. Appellante ('de Schuldeiser') heeft twee havenkranen gekocht van de BV en heeft een bevrachtingsovereenkomst gesloten om de kranen te vervoeren naar Rotterdam. Er is echter enorme vertraging ontstaan in het vervoer van de kranen, waardoor de Schuldeiser schade heeft geleden. De Schuldeiser geeft dan ook bij de BV aan dat zij de kranen nog steeds wenst af te nemen, maar alleen indien de geleden schade wordt vergoed. Tussen de BV en de Schuldeiser is vervolgens diverse e-mailcorrespondentie gevoerd, onder andere over de afname en betaling van de havenkranen, alsmede over het vervoer daarvan. Onderdeel van de uiteindelijk gemaakte afspraken is dat de BV een transportbijdrage zou doen aan de Schuldeiser. De Schuldeiser heeft echter uiteindelijk – om verscheping naar Rotterdam mogelijk te maken – de volledige koopprijs

voor de kranen (zonder aftrek van de transportbijdrage) voldaan aan de BV. Vervolgens heeft de Schuldeiser bij de BV aanspraak gemaakt op vergoeding van de schade die zij heeft geleden als gevolg van de vertraging in de verscheping.

Vordering

In de onderhavige procedure vordert de Schuldeiser hoofdelijke veroordeling van de Bestuurders en de BV tot betaling van haar vordering tot schadevergoeding. De Schuldeiser houdt de Bestuurders als (indirect) bestuurders van de BV uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk voor de schade als gevolg van de wanprestatie van de BV. In een separate procedure is de BV veroordeeld tot betaling aan de Schuldeiser van de overeengekomen transportbijdrage.

De Schuldeiser legt aan haar vordering tegen de Bestuurders – kort gezegd – ten grondslag dat de Bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld jegens de Schuldeiser door te bewerkstelligen dan wel toe te laten dat de vordering van de Schuldeiser niet werd betaald. De rechtbank Noord-Holland wijst de vordering van de Schuldeiser wegens bestuurdersaansprakelijkheid af.

De Schuldeiser stelt hoger beroep in tegen het vonnis van de rechtbank en vordert vernietiging van het bestreden vonnis en toewijzing van haar vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. De Schuldeiser legt aan haar stellingen ten grondslag dat de Bestuurders als (indirect) bestuurders van de BV onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld door (te) hoge managementvergoedingen uit te keren en dividend uit te keren, met als gevolg dat de BV niet over voldoende middelen beschikt om het volledige bedrag van de transportbijdrage te voldoen aan de Schuldeiser.

Beoordeling

Dit verwijt van de Schuldeiser in hoger beroep treft doel. Het hof overweegt daartoe allereerst dat vaststaat dat tussen partijen is overeengekomen dat de BV een transportbijdrage zou doen. Deze te betalen transportbijdrage was bedoeld als prikkel voor de Schuldeiser om de havenkranen af te nemen in de vorm van een tegemoetkoming in de door de Schuldeiser geleden schade. De Bestuurders moesten redelijkerwijs begrijpen, althans er ernstig rekening mee houden dat de Schuldeiser aanspraak zou (blijven) maken op betaling van de transportbijdrage, en zij wisten of moesten begrijpen dat de transportbijdrage voor de Schuldeiser van belang was. De Bestuurders hadden echter eenzijdig besloten deze aan de Schuldeiser te onthouden en de verhoudingen waren verstoord.

Niet in geschil is – aldus het hof – dat de BV niet beschikt over voldoende liquide middelen

om de transportbijdrage aan de Schuldeiser volledig te voldoen. De Bestuurders menen dat de BV jarenlang verlies heeft gedraaid, niet in de BV werd geïnvesteerd en de BV niet langer actief is. De transportbijdrage kon en kan dus niet worden voldaan uit de revenuen van de normale bedrijfsvoering van de BV. De BV heeft echter een uitzonderlijk goed jaar gehad, en in dat jaar was er voldoende financiële ruimte om de vergoeding te betalen aan de Schuldeiser. In datzelfde jaar is door de Bestuurders echter een substantieel hogere managementvergoeding en hoger dividend onttrokken aan de BV. Door de onttrekkingen van de managementvergoedingen en de uitkering van dividend hebben de Bestuurders hun daarmee gemoeide persoonlijk belang gesteld boven het belang van de Schuldeiser. Zij wisten of moesten begrijpen dat het bedrag van de transportbijdrage na deze onttrekkingen en uitkering van dividend niet voldaan zou kunnen worden uit de resterende liquide middelen van de BV. De Bestuurders hadden dus ernstig rekening moeten houden met het feit dat de Schuldeiser als gevolg van de onttrekkingen en uitkering van dividend schade zou lijden. Nu de Bestuurders hun persoonlijk gewin ten koste van de Schuldeiser voorop hebben gesteld, treft hen persoonlijk een ernstig verwijt ter zake van de onttrekkingen van de managementvergoedingen en de uitkering van dividend en hebben zij onrechtmatig gehandeld jegens de Schuldeiser. Het hof oordeelt dan ook dat de Bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor bij de Schuldeiser veroorzaakte schade.

I.M. Berends, september 2023

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1646

Zaaknummer: 200.298.106/01

Rechters: P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, J.W.M. Tromp en L. Alwin

Advocaten: G.M. van Voorst en M.M. van Leeuwen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ontslagen bestuurder/Stichting Brabantzorg

Een bestuurder van een stichting wordt door de raad van toezicht ontslagen, zowel als bestuurder alsook als werknemer. De bestuurder verzoekt in voorlopige voorziening wedertewerkstelling en loondoorbetaling. In hoofdzaak verzoekt hij een verklaring voor recht dat geen sprake is van een rechtsgeldig genomen ontslagbesluit, waardoor ook geen sprake is van een rechtsgeldige opzegging. Indien wel sprake is van een rechtsgeldig ontslagbesluit en opzegging, verzoekt de bestuurder diverse vergoedingen. De rechtbank oordeelt dat het rechtspersonenrechtelijk ontslag rechtsgeldig is en dat er een redelijke grond is voor opzegging van de arbeidsovereenkomst, maar dat de contractuele opzegtermijn niet in acht is genomen. Aan de bestuurder wordt een transitievergoeding toegekend.

Feiten

Verzoeker ('de Bestuurder') is in 2016 als werknemer in dienst getreden bij Stichting BrabantZorg ('BrabantZorg') in de functie van bestuurder. Hij is tevens per die datum benoemd tot statutair bestuurder. In zijn hoedanigheid van bestuurder maakte de Bestuurder deel uit van de raad van bestuur ('RvB'). Op 13 oktober 2021 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de Bestuurder en de remuneratiecommissie. In het verslag hiervan zijn punten van kritiek op het functioneren van de Bestuurder en afspraken die met hem zijn gemaakt, weergegeven. In de avond van 13 oktober 2022 heeft een van de andere leden van de RvB het vertrouwen in de Bestuurder opgezegd. In een gesprek met de raad van toezicht ('RvT') op 21 oktober 2022 is vervolgens de conclusie getrokken dat de Bestuurder niet verder kan als bestuurder van BrabantZorg. Hierna zijn de Bestuurder en BrabantZorg vrij snel gestart met gesprekken over een vertrekregeling.

Op 6 december 2021 heeft de Bestuurder zich ziek gemeld bij BrabantZorg. Bij brief van 11 maart 2022 is de Bestuurder uitgenodigd voor de vergadering van de RvT van 17 maart 2022,

waarvoor het voorgenomen ontslag van de Bestuurder als statutair bestuurder is geagendeerd. De Bestuurder is in die vergadering ontslagen als statutair bestuurder. Op dat moment was hij arbeidsongeschikt, als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst niet gelijktijdig is geëindigd. In de desbetreffende vergadering is besloten dat de arbeidsovereenkomst na de herstelmelding van de Bestuurder zou worden opgezegd. Op 7 april 2022 heeft de Bestuurder zich beter gemeld. Bij brief van 12 april 2022 heeft BrabantZorg de arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 mei 2022. De Bestuurder verzoekt in voorlopige voorziening wedertewerkstelling en loondoorbetaling. In hoofdzaak verzoekt hij een verklaring voor recht dat geen sprake is van een rechtsgeldig genomen ontslagbesluit, waardoor ook geen sprake is van een rechtsgeldige opzegging. Indien wel sprake is van een rechtsgeldig ontslagbesluit en opzegging, verzoekt de Bestuurder diverse vergoedingen.

Oordeel

De rechtsgeldigheid van het rechtspersoonsrechtelijke ontslag

Niet betwist is dat de OR en de CCR positief hebben geadviseerd over het ontslag. De Bestuurder heeft slechts aangevoerd dat hij dat niet heeft kunnen controleren, omdat hij daarvan geen (inhoudelijke) stukken heeft gezien. BrabantZorg is echter niet verplicht om dergelijke stukken te verstrekken. Vaststaat dat de OR en de CCR positief over het ontslag hebben geadviseerd. Dat volstaat. Het ontslagbesluit is dus rechtsgeldig.

Is er sprake van een redelijke grond?

Vervolgens gaat de rechtbank in op de vraag of sprake is van een redelijke grond voor ontslag als werknemer. Gelet op de kritiek die van de zijde van de RvT op het functioneren van de Bestuurder is geuit, zou gesproken kunnen worden van een verschil van inzicht tussen de Bestuurder en de RvT met betrekking tot de uitoefening van zijn functie. Van een wezenlijk verschil van inzicht over het te voeren beleid blijkt evenwel niets. BrabantZorg heeft voldoende onderbouwd dat er steekhoudende kritiek op het functioneren van de Bestuurder bestond. Veel kritiek van de RvT was gericht op het functioneren van de gehele RvB, maar waar het het meerjarenhuisvestingsplan en de relatie met BrabantWonen betreft, ziet de kritiek alleen op het functioneren van de Bestuurder. De rechtbank is van oordeel dat BrabantZorg na de opzegging van het vertrouwen in de Bestuurder tot de conclusie heeft kunnen komen dat hij niet langer was te handhaven in zijn functie. Het was in het belang van BrabantZorg dat er op zeer korte termijn weer een bekwame en slagvaardige RvB zou zijn. Dat daarin voor de Bestuurder geen plaats was, is voldoende duidelijk. De rechtbank is van oordeel dat de conclusie van de RvT op 21 oktober 2021 dat de positie van de Bestuurder als bestuurder onhoudbaar was geworden, begrijpelijk is en dat daarom het op 13 oktober

ingezette (verbeter)traject niet hoefde te worden vervolgd. De conclusie is dat sprake is van een voldragen ontslaggrond.

Vergoedingen

Artikel 7:682 lid 3 sub b BW

Uit de wetgeschiedenis volgt dat ernstig verwijtbaar handelen van een werkgever zich slechts voordoet in uitzonderlijke gevallen. Daarvan is hier geen sprake. Ook de wijze waarop BrabantZorg het dienstverband met de Bestuurder na de opzegging heeft afgewikkeld, levert geen grond op voor het aannemen van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van BrabantZorg. De rechtbank is van oordeel dat BrabantZorg wel verwijtbaar heeft gehandeld door slechts een zeer korte opzegtermijn in plaats van de contractuele opzegtermijn in acht te nemen en dit naar buiten toe direct te communiceren, maar dit kan niet worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen.

Vergoeding opzegtermijn

Er is opgezegd met een termijn van 18 dagen. BrabantZorg heeft de opzegtermijn derhalve niet in acht genomen. Op grond van artikel 7:672 lid 11 BW is BrabantZorg dan in beginsel een vergoeding aan de Bestuurder verschuldigd. De rechtbank is het echter met BrabantZorg eens dat het betalen van salaris over de opzegtermijn onder de WNT heeft te gelden als een uitkering wegens beëindiging van het dienstverband. Dit neemt niet weg dat BrabantZorg onregelmatig heeft opgezegd. BrabantZorg had op zijn vroegst mogen opzeggen tegen 1 november 2022. Zij was dan aan salaris over de opzegtermijn, gelet op de bepalingen van de WNT, echter geen hoger bedrag dan € 75.000 bruto verschuldigd geweest (gelijk zij ook nu aan de Bestuurder heeft betaald). Het verschil zou echter zijn geweest dat de Bestuurder dan recht zou hebben gehad op een transitievergoeding, berekend naar een einddatum van de arbeidsovereenkomst van 31 oktober 2022. Tevens zou de Bestuurder dan de gelegenheid hebben gehad om vanuit een bestaand dienstverband te zoeken naar een nieuwe baan. Aan de Bestuurder wordt de transitievergoeding toegekend naar een einddatum van 31 oktober 2022.

Redactie, september 2023

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 27-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2022:6259

Zaaknummer: C/01/383450 / EX RK 22-92

Rechters: J.H. Wiggers, J.A.M. van den Berk en I.L.P. Crombeen

Advocaten: A.M. Breedveld, K. van Kranenburg-Hanspians en Q.J.J. van Boxtel

Wetsartikelen: 2:298a BW, 7:671 lid 1 sub e BW, 7:673 BW, 7:669 lid 3 BW, 7:669 lid 3 lid h BW, 7:669 lid 3 lid d BW, 2:15 BW, 7:682 lid 3 sub b BW en 7:672 lid 11 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege onregelmatige opzegging arbeidsovereenkomst

De arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer is onregelmatig opgezegd, waarna de onderneming van de werkgever is geliquideerd en de indirect bestuurder van die onderneming een nieuwe onderneming is gestart. De werknemer verzoekt de kantonrechter de werkgever en diens indirect bestuurder te veroordelen tot betaling van (schade)vergoeding. De kantonrechter wijst de verzoeken van de werknemer toe.

In deze zaak is de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer opgezegd, zonder zijn instemming en zonder toestemming van het UWV of de kantonrechter. Daarna is de onderneming van de werkgever geliquideerd. De (indirect) bestuurder van die onderneming is in de tussentijd een nieuwe onderneming gestart. De werknemer berust in de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst, maar maakt in deze procedure aanspraak op een financiële compensatie vanwege dit ontslag. Hij spreekt daartoe de nieuwe onderneming aan op grond van overgang van onderneming en de indirect bestuurder van zijn voormalige werkgever op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Ook verzoekt de werknemer voor recht te verklaren dat zijn arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig is opgezegd.

De kantonrechter oordeelt dat de verzochte verklaring voor recht kan worden toegewezen, nu niet is betwist dat de arbeidsovereenkomst onregelmatig is opgezegd. Voorts oordeelt de kantonrechter dat sprake is van een overgang van onderneming, nu er sprake is van een economische eenheid die haar identiteit heeft behouden en waarmee dezelfde of een vergelijkbare economische activiteit kan worden voortgezet. Ook is er personeel meegegaan naar de nieuwe onderneming. Aangezien sprake is van overgang van onderneming, zijn de uit de arbeidsovereenkomst van de werknemer voortvloeiende verplichtingen overgegaan. De kantonrechter oordeelt dat zowel de nieuwe onderneming als de indirect bestuurder van de werkgever veroordeeld moeten worden tot betaling van een gefixeerde schadevergoeding, de transitievergoeding en een billijke vergoeding. Het handelen van de indirect bestuurder ten

opzichte van de werknemer is in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Redactie, september 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 25-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:3438

Zaaknummer: 10509903 \ EJ VERZ 23-154

Rechters: M.J.C.M. Manders

Advocaten: H.C. van der Weide en mr. E.F.J. Goossens

Wetsartikelen: 7:663 BW, 154 RV, 2:11 BW en 7:672 lid 11 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Cicerone Holding B.V.

OK; enquête. Een joint venture van twee partijen verkeert in acute geldnood. Op verzoek van een van de twee joint venture partners is door de OK eerder een onmiddellijke voorziening getroffen teneinde deze partij in de gelegenheid te stellen op korte termijn financiering aan de joint venture te verstrekken. Besloten wordt tot uitgifte van aandelen in de joint venture. Daarbij wordt gezien de noodsituatie uitgegaan van een voorlopige waardering. Valt de uiteindelijke waardering hoger of lager uit, dan zal een correctie plaatsvinden van het aantal uitgegeven aandelen. Daaropvolgend wordt een aanvullende voorziening gevraagd om de uitgifte mogelijk te maken zonder de daarvoor op grond van artikel 2:196 lid 1 BW vereiste notariële akte, waarop de OK bepaalt dat in afwijking van voornoemd artikel de aandelen kunnen worden uitgegeven middels onderhandse akte tussen de joint venture en de financiering verstreckende joint venture partner. De uiteindelijke waardering van de aandelen in de joint venture valt zo uit dat aanvullende uitgifte van aandelen is vereist. De OK bepaalt dat ook voor deze uitgifte een onderhandse akte tussen de joint venture en de partner die de financiering verstrekt, volstaat.

Deze beschikking borduurt voort op de beschikkingen van de OK van 15 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2081 (zie OR 2022-0254) en van 15 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3706 (zie OR 2023-0034).

Cicerone Holding B.V. ('Cicerone') is een joint venture tussen Shell Overseas Investments B.V. ('Shell') en Todwick Holdings Ltd. ('Todwick') en exploiteert via haar dochtervennootschap Alliance Holding Ltd. ('Alliance') tankstations in Oekraïne. Ten gevolge van de oorlog in

Oekraïne verkeert Alliance in acute geldnood. Shell wenst tegen uitgifte van aandelen in Cicerone een aanvullende financiering aan Cicerone te verstrekken. Todwick is daarmee niet akkoord gezien de daarmee gepaard gaande verwatering van haar aandelen in Cicerone. Door de OK zijn op 15 juli 2022 onmiddellijke voorzieningen getroffen om Shell in de gelegenheid te stellen op zeer korte termijn deze noodfinanciering aan Cicerone te verstrekken, waaronder de aanstelling van een onafhankelijke bestuurder en de overdracht – ten titel van beheer – van één van de door Todwick gehouden aandelen aan een OK-beheerder.

In oktober 2022 sluiten Shell en Cicerone vervolgens de *subscription agreement*. Daarin is onder meer opgenomen dat vooruitlopend op de waardering een emissie van aandelen zal plaatsvinden waarbij is uitgegaan van een voorlopige waardering van USD 18,7 miljoen. Valt de uiteindelijke waardering lager of hoger uit, dan zal nog een tweede uitgifte of intrekking plaatsvinden ter correctie van het aantal in het kapitaal van Cicerone uitgegeven aandelen.

Voor de uitgifte van aandelen is een door een notaris te verlijden akte vereist, zo volgt uit artikel 2:196 lid 1 BW. In verband met het verplichte cliëntonderzoek moet de notaris onder meer beschikken over een gelegaliseerde kopie van het paspoort van de UBO van Todwick. Todwick geeft geen gehoor aan het verzoek dit document aan de notaris te verstrekken. Uiteindelijk is daardoor geen enkele notaris bereid medewerking te verlenen aan de uitgifte. Shell verzoekt de OK vervolgens voor een tweede maal aanvullende onmiddellijke voorzieningen te treffen. De bij de eerste beschikking van de OK mogelijk gemaakte uitgifte van aandelen kon immers nog steeds niet worden uitgevoerd. Onder verwijzing naar het arrest *SkyGate* (HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138) en *Versatel* (HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888) overweegt de OK dat zij de vrijheid heeft om onmiddellijke voorzieningen te treffen die zij noodzakelijk acht in verband met de toestand van de rechtspersoon en dat aan het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet in de weg hoeft te staan dat dit kan leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits rekening is gehouden met de belangen van de betrokken partijen en een billijke afweging heeft plaatsgevonden.

De OK oordeelt dat de zwaarwegende omstandigheden die ten grondslag lagen aan de eerste beschikking van de OK, nog altijd bestaan en dat aanvullende onmiddellijke voorzieningen moeten worden getroffen om de aandelenuitgifte toch mogelijk te maken. De OK bepaalt dat de aandelen in Cicerone, in afwijking van artikel 2:196 lid 1 BW, kunnen worden uitgegeven middels een onderhandse akte tussen Cicerone en Shell.

Na het sluiten van de onderhandse akte stuiten partijen weer op hetzelfde probleem. De uiteindelijke waardering van de uitgegeven aandelen valt anders uit. Conform de afspraken in de *subscription agreement* dienen daarom nog eens 1.570.636 aandelen in Cicerone aan Shell te worden uitgegeven. De onmiddellijke voorziening van de OK van 15 december 2022 zag niet

op de na de waardering eventueel nog uit te geven aandelen. Voor de uitgifte is daarom wederom een door de notaris te verlijden akte vereist (artikel 2:196 lid 1 BW), terwijl Todwick opnieuw niet bereid of in staat is een gelegaliseerde kopie van het paspoort van haar UBO over te leggen.

De OK is van oordeel – ook nu onder verwijzing naar het arrest *SkyGate* en *Versatel, voornoemd* – dat de huidige omstandigheden nog altijd vereisen dat Cicerone haar verplichtingen jegens Shell uit hoofde van de *subscription agreement* kan nakomen en bepaalt wederom dat de uitgifte mag plaatsvinden middels onderhandse akte. De OK passeert de materiële bezwaren van Todwick. De OK stelt daarbij voorop dat de uitgiftekoers is gewaardeerd op een onafhankelijke waardering, heeft plaatsgevonden in een transparant proces en dat telkens sprake was van een externe validatie. De OK ziet aldus geen aanleiding te twijfelen aan de uitkomst van de waardering. De aanzienlijke verwatering van het aandelenbelang van Todwick is onvoldoende om aan te nemen dat Cicerone handelt in strijd met artikel 2:8 BW door haar verplichtingen uit de *subscription agreement* na te komen, aldus de OK.

S.A. Slijkhuis, september 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-06-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1518

Zaaknummer: 200.311.400/04 OK

Rechters: A.W.H. Vink, C.C. Meijer, A.P. Wessels, M.N. Hoogendoorn en S. ten Have

Advocaten: H.F. ten Bruggencate, J.L. van der Schrieck, M.W. Josephus Jitta en L.H.K. Peereboom-Bogers

Wetsartikelen: 2:349a BW, 2:196 lid 1 BW en 2:8 BW