

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 2, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:1848](#) 09-12-2022

Bestuurder van Small Bite B.V./OCS, Ortho Corpus Slim B.V.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:1743](#) 25-11-2022

Inno Nautic Holding B.V./Oud-bestuurders Cuckoo Company B.V.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:1601](#) 11-11-2022

Bestuurder Genmed Holding Corporation/Obligatiehouders

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:4179](#) 06-12-2022

Curator/Bestuurders van House of Shoes Nederland B.V. en House of Shoes Retail B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:3236](#) 16-11-2022

Enquête Stichting Reinier Haga Groep en Stichting Reinier de Graaf Groep

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:3421](#) 16-11-2022

Enquête Vermeulen Food Group B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:3071](#) 27-10-2022

Enquête Willibrordushof Projectontwikkeling B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:9177](#) 25-10-2022

Curator van Roelofs Kipper B.V./Kooiker Bedrijfswagenspuiterij en Carrosserie B.V. c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:3229](#) 17-10-2022

Enquête Freedom Registry B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:2861](#) 16-09-2022

Enquête Solar Park Devnya B.V. en STAK

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:1910](#) 22-06-2022

Enquête ICTS International N.V.

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:11471](#) 28-12-2022

Curator/Bestuurders van Abengoa Bioenergy Netherlands B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:11461](#) 28-12-2022

Geslaagd beroep op andere oorzaken faillissement en terugbetaling rekening-courant

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:7652](#) 14-12-2022

Obligatiehouders/HEMA B.V.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:7368](#) 02-11-2022

Bestuurders failliete bv aansprakelijk na niet betalen btw, verstrekken ongedekte lening en onvoldoende beschermen van de bv tegen claims

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:10471](#) 23-09-2022

Kort geding na eindvonnis DPB/MNP

RECHTSPRAAK

Bestuurder van Small Bite B.V./OCS, Ortho Corpus Slim B.V.

Een bestuurder wordt door een benadeelde contractspartij aansprakelijk gesteld op grond van de algemene onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelt dat geen sprake is van aanvulling van de grondslagen van de vordering wanneer het hof vervolgens het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid toepast en de vordering toewijst.

Eiser in cassatie heeft een afslankbeugel ontwikkeld en de exploitatie daarvan ondergebracht in Small Bite B.V. ('Small Bite'), waarvan hij enig bestuurder is ('de Bestuurder'). Small Bite gaat een samenwerking aan met gedaagde in cassatie, OCS Ortho Corpus Slim B.V. ('OCS'). De afspraken tussen Small Bite en OCS worden vastgelegd in een samenwerkingsovereenkomst ('de Samenwerkingsovereenkomst'). De Bestuurder heeft de Samenwerkingsovereenkomst getekend, enkel voor wat betreft de geldigheid van zijn octrooirecht. De verhoudingen tussen partijen verslechteren en de Bestuurder uit over de e-mail zeer ernstige beledigingen richting betrokkenen van OCS en derden. De samenwerking ontspoord en wordt beëindigd.

OCS stelt Small Bite en de Bestuurder aansprakelijk wegens een tekortkoming in de nakoming van de Samenwerkingsovereenkomst. De rechtbank wijst de vorderingen toe. Het hof vernietigt de uitspraak van de rechtbank voor zover is geoordeeld dat de Bestuurder is tekortgeschoten in de nakoming van de Samenwerkingsovereenkomst, omdat hij slechts voor één (voor het geschil niet relevante) bepaling heeft meegetekend. Het hof acht de Bestuurder wel aansprakelijk, omdat hij persoonlijk ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en derhalve op grond van de onrechtmatige daad aansprakelijk is jegens OCS. Daartegen komt de Bestuurder op in cassatie.

De Hoge Raad verwierpt de klacht dat de Bestuurder is overvallen door een verrassingsbeslissing van het hof. OCS heeft in haar processtukken gesteld dat de Bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld. Door te oordelen dat de Bestuurder ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, heeft het hof enkel invulling gegeven aan de voor bestuurdersaansprakelijkheid geldende norm. Volgens de Hoge Raad heeft het hof daarmee niet de grondslagen van de vordering aangevuld. Van een verrassingsbeslissing is evenmin sprake. Het hof is verder niet

buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden.

Ook de klacht dat het hof, naast de beledigende uitspraken van de Bestuurder waardoor de samenwerking was ontspoord, aan de hand van alle feiten en omstandigheden beter had moeten motiveren waarom de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt treft, faalt.

B.J. Hermans, januari 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-12-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:1848

Zaaknummer: 21/03355

Rechters: C.H. Sieburgh, A.E.B. ter Heide en F.R. Salomons

Advocaten: B.I. Kraaijoel en D. Rijpma

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Willibrordushof Projectontwikkeling B.V.

OK; enquête. In deze zaak wordt een onderzoek naar de gang van zaken verzocht bij een vennootschap die zich bezighoudt met het ontwikkelen en exploiteren van vastgoed. De vennootschap heeft twee aandeelhouders die beide ook bestuurder zijn. Een van de twee bestuurders wordt buiten de besluitvorming gehouden, terwijl de andere bestuurder transacties verricht met een ogenschijnlijk tegenstrijdig belang, waardoor de vennootschap naar het voorlopig oordeel van de OK een corporate opportunity is ontnomen. Het gaat daarbij om de aankoop door de bestuurder van een perceel, terwijl de herontwikkeling van dat perceel deel uitmaakte van een project dat de vennootschap ontwikkelde. Diverse kosten die betrekking hebben op het perceel, zijn vervolgens wel ten laste van de vennootschap gebracht. Ook heeft de vennootschap, daarbij vertegenwoordigd door de bestuurder die de verzoekende bestuurder onvoldoende betreft, twee van de door de vennootschap ontwikkelde percelen tegen zeer gunstige voorwaarden verkocht aan familieleden, zonder dat de aandeelhoudersvergadering van de vennootschap daarvan op de hoogte is gesteld. Naar zeggen van de verzoekende bestuurder worden door hem gedane voorstellen voor agendapunten niet op de agenda van de algemene vergadering geplaatst en wordt aan hem stelselmatig informatie onthouden. Het voorgaande getuigt volgens de OK van een verstoorde verhouding tussen de bestuurders, zowel in hun hoedanigheid van aandeelhouder als in die van bestuurder. Als gevolg van de verstoorde verhouding wordt de benodigde besluitvorming van de gezamenlijk bevoegde bestuurders belet en heeft de verzoekende bestuurder, ondanks dat hij bestuurder is, geen toegang tot de administratie en de bankrekeningen van de vennootschap. Nu geen

verweer wordt gevoerd, acht de OK daarmee voldoende gronden aanwezig om te twijfelen aan een juist beleid en de juiste gang van zaken en wordt een onderzoek bevolen.

Willibrordushof Projectontwikkeling B.V. ('Willibrordushof') is opgericht door Pensioen B.V. ('Pensioen') en Vastgoed B.V. ('Vastgoed'), die ieder 50%-aandeelhouder en bestuurder zijn van Willibrordushof. Willibrordushof houdt zich bezig met het ontwikkelen, exploiteren en beheren van vastgoed. Pensioen verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Willibrordushof, omdat, naar zeggen van Pensioen, Vastgoed onvoldoende informatie over de onderneming verstrekt en bovendien ten onrechte diverse kosten ten laste van Willibrordushof heeft gebracht. Vastgoed voert geen verweer tegen het verzoek.

Pensioen voert aan dat Vastgoed als bestuurder van Willibrordushof haar eigen belangen heeft laten prevaleren boven die van de vennootschap. Zo heeft Vastgoed een perceel gekocht en buiten Willibrordushof gehouden, terwijl de herontwikkeling van dat perceel deel uitmaakte van het project dat Willibrordushof ontwikkelde. Vervolgens zijn diverse kosten die betrekking hebben op het perceel, dat dus niet in Willibrordushof is ondergebracht, wel ten laste van de vennootschap gebracht. Tevens heeft Vastgoed twee van de ontwikkelde percelen tegen zeer gunstige voorwaarden verkocht aan familieleden, zonder dat de aandeelhoudersvergadering van Willibrordushof daarvan op de hoogte is gesteld. Bij gebrek aan verweer gaat de OK er vooralsnog van uit dat Willibrordushof door deze gang van zaken een *corporate opportunity* is ontnomen, waarbij Vastgoed als bestuurder geen oog lijkt te hebben gehad voor het tegenstrijdig belang dat daarbij speelde.

Volgens Pensioen weigert Vastgoed stelselmatig haar van informatie te voorzien, worden door Pensioen aangedragen agendapunten niet opgenomen op de agenda van de algemene vergadering en worden bovendien de notulen niet naar waarheid opgemaakt.

Het voorgaande getuigt volgens de OK van een verstoorde verhouding tussen Pensioen en Vastgoed, zowel in hun hoedanigheid van aandeelhouder als in die van bestuurder van Willibrordushof. Als gevolg van de verstoorde verhouding wordt de benodigde besluitvorming van de gezamenlijk bevoegde bestuurders belet en heeft Pensioen, ondanks dat zij bestuurder is, geen toegang tot de administratie en de bankrekeningen van Willibrordushof. Het voorgaande is voor de OK voldoende om te twijfelen aan de juiste gang van zaken binnen de onderneming.

Ten slotte voert Pensioen aan dat er sprake is van onverantwoord bedrijfseconomisch beleid ten aanzien van de verkoop van een appartement middels een Groninger akte, waarbij de ontbindende voorwaarde niet is ingeroepen toen de koper uiteindelijk niet heeft betaald. De OK oordeelt dat dit geen reden is voor voldoende twijfel aan een verantwoord bedrijfseconomisch beleid, nu uit de stukken blijkt dat Willibrordushof wel beslag heeft laten leggen op het appartement en tevens een procedure is gestart tegen de koper.

Nu er voldoende gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij Willibrordushof, beveelt de OK een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken.

T.M. Goudzwaard, januari 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:3071

Zaaknummer: 200.314.742/01 OK

Rechters: A.J. Wolfs, C.C. Meijer, J.M. de Jongh, V.G. Molenaar en W. Wind

Advocaten: T.G.L.M. Meevis en R. van Kersbergen

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

**Bestuurder Genmed Holding
Corporation/Obligatiehouders**

Een bestuurder geeft brochures uit voor de uitgifte van obligaties waarin onjuiste informatie blijkt te staan. Enkele obligatiehouders spreken hem aan voor de daardoor door hen geleden schade. Zowel de rechtbank als het hof wijzen de vordering van de obligatiehouders toe en oordelen dat de brochures misleidende mededelingen bevatten en dat de bestuurder in verband daarmee persoonlijk aansprakelijk is jegens de obligatiehouders. Het gaat hier om een specifiek geval van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW: een bestuurder brengt misleidende informatie over de toestand van de vennootschap naar buiten, waarbij beleggers op basis van die onjuiste informatie transacties hebben verricht die uiteindelijk slecht zijn uitgepakt. A-G Lindenberg bespreekt dat in zo'n geval voorzienbaarheid in twee opzichten van betekenis is bij de toetsing aan de ernstigverwijtmaatstaf. Ten eerste (i) dat de onjuistheid en/of onvolledigheid van de mededeling bij de bestuurder bekend is (althans moet zijn) en die mededeling van zodanige aard is dat voorzienbaar is dat een schuldeiser hierdoor een misleidende voorstelling van zaken wordt geboden; en (ii) dat het voor de bestuurder voorzienbaar is dat beleggers nadeel door zijn mededeling kunnen ondervinden. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep nu de klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest van het hof, en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO, overeenkomstig de conclusie van A-G Lindenberg.

Feiten

Genmed B.V. ('Genmed') is een importeur en verkoper van farmaceutische producten. Alle aandelen in Genmed worden gehouden door de Amerikaanse beursgenoteerde onderneming Genmed Holding Corporation ('Genmed Holding'). De bestuurder van Genmed Holding, is tevens een bestuurder van Genmed ('de Bestuurder').

Genmed heeft tweemaal een brochure voor de uitgifte van obligaties uitgebracht. De AFM heeft Genmed een last onder dwangsom opgelegd, strekkende tot rectificatie van feitelijk onjuiste informatie in de brochures.

Aan het einde van de looptijd van de obligaties bleek Genmed niet in staat de inleg van de obligatiehouders terug te betalen, waardoor zij schade hebben geleden. De obligatiehouders hebben bij de rechtbank een verklaring voor recht gevorderd dat de Bestuurder aansprakelijk is voor de door hen geleden schade. Ook hebben zij betaling van een schadevergoeding door de Bestuurder gevorderd.

Rechtbank en het hof

Het hof heeft, in navolging op de rechtbank, geoordeeld dat de brochures onjuiste en/of misleidende mededelingen bevatten en dat de bestuurder in verband daarmee persoonlijk aansprakelijk is jegens de obligatiehouders.

De bestuurder heeft daarmee volgens het hof persoonlijk ernstig verwijtbaar gehandeld jegens de obligatiehouders, doordat hij ten tijde van het aanbieden van de brochures wist of behoorde te weten dat de daarin opgenomen informatie onjuist en/of onvolledig was en die informatie de obligatiehouders op het verkeerde been zou zetten, omdat zij in werkelijkheid grotere (financiële) risico's liepen dan hun werd voorgespiegeld. Het hof acht evenzeer ernstig verwijtbaar dat de bestuurder onjuiste informatie in de brochure niet heeft gecorrigeerd. Het hof oordeelt ten slotte dat de schade die de obligatiehouders hierdoor hebben geleden voor de bestuurder voorzienbaar was.

Zie voor een samenvatting van de uitspraak van de rechtbank OR 2020-0078 en OR 2021-0258 voor een samenvatting van het arrest van het hof.

Conclusie A-G en oordeel van de Hoge Raad

A-G Lindenbergh overweegt dat het in deze zaak gaat om een specifieke vorm van externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van een misleidende prospectus en om de wetenschap van benadeling van obligatiehouders van de vennootschap in dat verband. De A-G gaat uitvoerig in op het bestaande juridische kader ten aanzien van deze variant van bestuurdersaansprakelijkheid.

De A-G gaat daarbij eerst in op de klassieke figuur van de externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de onrechtmatige daad wegens het benadelen of onbetaald laten van een schuldeiser of schuldeisers ECLI:NL:HR:2006:AZO758 (*Ontvanger/Roelofsen*).

De Hoge Raad onderscheidt daarin twee situaties waaruit aansprakelijkheid voor de bestuurder volgt op grond van de onrechtmatige daad. De eerste situatie doet zich voor indien: (i) de bestuurder een verplichting is aangegaan namens de vennootschap. Van de tweede situatie is sprake indien: (ii) de bestuurder heeft bewerkstelligd of heeft toegelaten dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bij externe bestuurdersaansprakelijkheid jegens schuldeisers van de vennootschap wordt als hoofdregel aangenomen dat voor de bestuurder ten tijde van zijn handelwijze daadwerkelijke schade van de schuldeiser(s) als gevolg van die handelwijze van de bestuurder voorzienbaar was (wetenschap van benadeling).

De A-G vervolgt met het vaststellen dat ook scenario's bestaan buiten deze twee genoemde categorieën. Namelijk de gevallen waarin beleggers een bestuurder aansprakelijk stellen in verband met door de bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder naar buiten gebrachte misleidende informatie over de toestand van de vennootschap, waarbij die beleggers op basis van die onjuiste informatie transacties hebben verricht die uiteindelijk slecht zijn uitgekapt.

In die gevallen is de voorzienbaarheid in twee opzichten van betekenis bij de toetsing aan de ernstigverwijtmaatstaf. Ten eerste (i) dat de onjuistheid en/of onvolledigheid van de mededeling(en) bij de bestuurder bekend is/zijn (althans moet(en) zijn) en die mededeling(en) van zodanige aard is/zijn dat voorzienbaar is dat een schuldeiser hierdoor een misleidende voorstelling van zaken wordt geboden; en (ii) het voor de bestuurder voorzienbare nadeel dat beleggers door zijn mededeling kunnen ondervinden.

De A-G concludeert dat de invulling van de voorzienbaarheid (wetenschap van benadeling) afhankelijk is van het type bestuurdersaansprakelijkheid en de overige omstandigheden van het geval.

Vervolgens gaat hij in op het cassatiemiddel dat uit twee onderdelen bestaat. Het eerste onderdeel stelt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en/of artikel 24 Rv heeft geschonden. De A-G concludeert dat de Bestuurder de stellingen van de obligatiehouders te beperkt heeft gelezen en dat het hof dus niet buiten de grenzen van de

rechtsstrijd is getreden en/of artikel 24 Rv heeft geschonden.

Het tweede onderdeel valt uiteen in acht subonderdelen en stelt dat het oordeel van het hof ten aanzien van de factor wetenschap van benadeling onbegrijpelijk en onjuist is. De A-G gaat uitvoerig in op deze subonderdelen en komt tot de slotsom dat ook dit middel faalt. De Hoge Raad wijst, onder verwijzing naar artikel 81 RO en in lijn met de conclusie van de A-G, alle cassatiemiddelen af en verwerpt het beroep.

Y. Boekhout, januari 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 11-11-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:1601

Zaaknummer: 21/03878

Rechters: H.M. Wattendorff, F. R. Salomons en G.C. Makkink

Advocaten: J.W. de Jong en B.I. Kraaijpoel

Wetsartikelen: 6:162 BW, 6:193b BW, 6:193c BW, 6:193j BW en 24 Rv

RECHTSPRAAK

Bestuurders failliete bv aansprakelijk na niet betalen btw, verstrekken ongedekte lening en onvoldoende beschermen van de bv tegen claims

De curator van een gefailleerde bv stelt de (in)direct bestuurders aansprakelijk op grond van artikel 2:248 lid 1 BW. De rechtbank wijst de vordering toe. Het kennelijk onbehoorlijk bestuur bestaat uit drie elementen: het niet afdragen van btw, het verstrekken van een lening aan de schoonzoon van de bestuurder en het niet voldoende treffen van maatregelen om de bv te beschermen tegen claims.

In deze zaak wordt een aantal directe en indirecte bestuurders van een gefailleerde bv door de curator aangesproken op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW (jo. art. 2:11 BW). De vennootschap hield zich bezig met de verkoop van prefabwoningen. De bouw van de woningen werd in onderaanneming uitbesteed. Het door de curator gestelde kennelijk onbehoorlijk bestuur bestaat in wezen uit drie elementen: (1) het niet afdragen van omzetbelasting, (2) het verstrekken van een lening aan de schoonzoon van de indirect bestuurder en (3) het niet voldoende treffen van maatregelen om de vennootschap te beschermen tegen claims.

Vaststaat wat betreft (1) dat er geen omzetbelasting door de bv is afgedragen. Dit komt doordat grote binnenkomende bedragen direct werden doorgestort naar een onderaannemer. Dat de bestuurder dit liet gebeuren getuigt, aldus de rechtbank, niet van een behoorlijke taakvervulling. Daaraan doet niet af dat de onderaannemer verklaard heeft bereid te zijn een borgstelling af te geven ter zake van de belastingschuld, nu die verklaring slechts een bereidverklaring betreft die geen zekerheid biedt dat de omzetbelasting alsnog zou worden voldaan. Wat betreft (2) is gebleken dat de bv een bedrag van € 227.000 heeft uitgeleend aan de schoonzoon van de indirect bestuurder, zonder dat enige zekerheid werd bedongen. Niet is gebleken welk vennootschappelijk belang gediend was met het verstrekken van deze lening. Ten aanzien van (3) geldt dat een aantal opdrachtgevers van de failliete bv claims heeft ingediend wegens schade uit hoofde van gebrekkige werkzaamheden. In totaal is voor ongeveer € 780.000 aan claims ingediend. Van de bestuurder(s) mag in de gegeven

omstandigheden, aldus de rechtbank, gevraagd worden dat zij de vennootschap tot op zekere hoogte beschermen tegen claims, zeker nu de vennootschap optreedt als hoofdaannemer en daarmee eerstverantwoordelijke is richting haar opdrachtgevers, zonder dat zij enige betrokkenheid heeft bij de totstandkoming van (in dit geval) de prefabwoningen.

In verband met het voorgaande concludeert de rechtbank dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Bovendien is dit een belangrijke oorzaak van het faillissement, nu de curator voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het handelen van de gedaagden ertoe heeft geleid dat de bv haar crediteuren niet meer kon voldoen. De vordering op de voet van artikel 2:248 BW wordt daarom toegewezen. Ook wordt een bestuursverbod voor de duur van vijf jaar opgelegd.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 02-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:7368

Zaaknummer: C/05/402343 / HZ ZA 22-126

Rechters: K.H.A. Heenk, P.F.A. Bierbooms en mr. T. Hermans

Advocaten: A. Slaski en W. Hogenkamp

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Curator van Roelofs Kipper B.V./Kooiker Bedrijfswagenspuiterij en Carrosserie B.V. c.s.

De curator van een failliete vennootschap heeft de (indirect) bestuurders van de vennootschap aansprakelijk gesteld. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen en door hem gelegde conservatoire beslagen opgeheven. De curator vordert bij incident schorsing van de tenuitvoerlegging of uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Het doel van de curator met deze vorderingen is dat de gelegde beslagen herleven. Het hof overweegt dat dit doel niet bereikt kan worden met deze vorderingen, omdat voor opheffing van beslagen geen tenuitvoerlegging nodig is.

De curator van Roelofs Kipper B.V. heeft de (indirect) bestuurders van deze vennootschap aansprakelijk gesteld. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen en conservatoire beslagen die de curator heeft gelegd opgeheven. In dit incident vordert de curator schorsing van de tenuitvoerlegging of uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Het doel van de curator met deze vorderingen is dat de opgeheven conservatoire beslagen herleven bij toewijzing van een van de vorderingen. De curator legt aan zijn vordering ten grondslag dat het vonnis van de rechtbank berust op een feitelijke en juridische misslag.

Het hof overweegt dat de kans van slagen van het hoger beroep bij de beoordeling van het incident buiten beschouwing blijft. De curator heeft onvoldoende omstandigheden naar voren gebracht die toewijzing van de incidentele vorderingen rechtvaardigen. Verder overweegt het hof, in lijn met de stellingen van de bestuurders, dat toewijzing van de incidentele vorderingen niet leidt tot herleving van de gelegde beslagen. Als de rechtbank bij constitutief vonnis beslist dat de beslagen worden opgeheven, is daarvoor geen tenuitvoerlegging nodig. Het beslag wordt opgeheven op het moment dat de rechtbank de opheffing uitspreekt. Schorsing van de tenuitvoerlegging of uitvoerbaarverklaring bij voorraad leidt daarom niet tot herleving van het beslag. Het hof wijst de vorderingen van de curator af.

H.J. de Kloe, januari 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:9177

Zaaknummer: 200.314.423/01

Rechters: J.H. Kuiper, J. Smit en P.S. Bakker

Advocaten: E.A.M. Claassen en I.M. Peeperkorn

Wetsartikelen: 235 Rv en 351 Rv

RECHTSPRAAK

Curator/Bestuurders van House of Shoes Nederland B.V. en House of Shoes Retail B.V.

De curator stelt de bestuurders van twee failliete bv's aansprakelijk voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 lid 1 BW, omdat zij een doorstart hebben bewerkstelligd zonder adequate financiering. Evenals eerder de rechtbank oordeelt het hof dat de doorstart van een onderneming zonder voldoende financiering in casu grond voor bestuurdersaansprakelijkheid oplevert. Omdat ook andere omstandigheden hebben bijgedragen aan het faillissement en niet is gebleken dat de bestuurders persoonlijk voordeel hebben behaald, matigt het hof de aansprakelijkheid met 75%.

Inleiding

House of Shoes Nederland B.V. en House of Shoes Retail B.V. ('HOS c.s.') gaan op enig moment failliet. HOS c.s. waren de doorstart van het House of Shoes B.V. ('HOS-oud'). De bestuurders van HOS c.s. ('de Bestuurders') kochten de activa van HOS-oud uit het faillissement en continueerden de onderneming onder HOS c.s. De Bestuurders hebben de doorstart zelfstandig gedaan na het terugtrekken van een investeerder met wie HOS c.s. eerst zouden gaan samenwerken. Uiteindelijk faillieren de doorgestarte entiteiten en de curator van HOS c.s. houdt de Bestuurders aansprakelijk voor het boedeltekort.

De rechtbank oordeelde in eerste aanleg dat de Bestuurders aansprakelijk zijn omdat zij HOS c.s. bewust zonder toereikende financiering hebben doorgestart. Volgens de rechtbank zou geen redelijk denkend bestuurder zonder financiering zijn doorgestart vanwege de toentertijd zwakke en onzekere schoenenmarkt.

Oordeel gerechtshof

In hoger beroep beoordeelt het hof allereerst of sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in verband met het starten van de activiteiten in HOS c.s. In dat kader is volgens het hof van

belang dat is komen vast te staan dat HOS c.s. van meet af aan een aanzienlijk liquiditeitstekort zouden hebben zonder aanvullende financiering.

De vervolgvraag die het hof zichzelf stelt, is of de Bestuurders ervan mochten uitgaan dat in de financieringsbehoefte zou worden voorzien. De Bestuurders menen van wel. Er zouden betalingsafspraken zijn met schoenleveranciers over een langere betalingstermijn, een eenmalige financiering van € 750.000 en een rekening-courantfaciliteit vanuit groepsvennootschap Helioform Quality Shoes B.V. ('Helioform'). Het hof gaat hierin niet mee. Volgens het hof is slechts komen vast te staan dat met een gering aantal leveranciers betalingsafspraken zijn overeengekomen. Met het merendeel van de schoenleveranciers zijn geen harde afspraken gemaakt. Dat er gesproken is met de leveranciers en deze doorgaans coulant omgaan met de betalingstermijn, biedt onvoldoende zekerheid nu HOS c.s. een latere betaling niet konden afdwingen. Ook de eenmalige financiering ter hoogte van € 750.000 was onvoldoende om het structurele liquiditeitstekort op te lossen. HOS c.s. zouden immers op grond van de prognose in de eerste twee maanden alleen al € 4 miljoen nodig hebben. Tot slot was volgens de Bestuurders ten tijde van het faillissement circa € 1,5 miljoen beschikbaar in de rekening-courantfaciliteit. Het hof is echter van oordeel dat geen sprake is van een rekening-courantfaciliteit in de zin van een krediet op afroep. Het is slechts een rekening-courantfaciliteit waarin rechten en verplichtingen worden geboekt en verrekend. Bovendien blijkt uit de feitelijke gang van zaken dat slechts financiering werd geboden wanneer de financiële situatie van de groepsvennootschappen dat toeliet. Van een op structurele wijze oproepbaar krediet was dan ook geen sprake. Naar het oordeel van het hof bood de rekening-courantfaciliteit dan ook geen structurele oplossing voor het liquiditeitstekort.

Het hof concludeert dat de Bestuurders van begin af aan verplichtingen zijn aangegaan waarvan vaststond dat HOS c.s. deze niet zouden kunnen nakomen. Gezien de omvang en het structurele karakter van het liquiditeitstekort en het zwakke economische tij, mochten de Bestuurders er volgens het hof niet op vertrouwen dat de financiering gaandeweg nog rond zou komen. Dit kennelijk onbehoorlijk bestuur heeft volgens het hof tot gevolg gehad dat onvoldoende liquiditeit bestond om de voorraden aan te vullen, waardoor de benodigde omzet niet behaald kon worden. Daarmee is het een belangrijke oorzaak van het faillissement en staat aansprakelijkheid voor het boedeltekort vast, aldus het hof. Omdat ook andere omstandigheden hebben bijgedragen aan het faillissement en niet is gebleken dat de Bestuurders persoonlijk voordeel hebben behaald, matigt het hof de aansprakelijkheid met 75%.

G.P. van Hooft, januari 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:4179

Zaaknummer: 200.289.494_01

Rechters: E.H. Schulten, N.W.M. van den Heuvel en G. van der Wal

Advocaten: T.M. Schraven en M.J.W. van Ingen

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Obligatiehouders/HEMA B.V.

In deze uitspraak staat de vraag centraal of HEMA onrechtmatig heeft gehandeld jegens haar achtergestelde obligatiehouders door te herstructureren met als gevolg dat de waarde van de obligaties verloren is gegaan. De rechtbank wijst de vorderingen af. HEMA heeft niet onrechtmatig gehandeld door te herstructureren. Eisers hebben in de financieringsdocumentatie diverse rechten prijsgegeven en daarnaast was de herstructurering noodzakelijk en omgeven met waarborgen.

In deze uitspraak staat de vraag centraal of HEMA onrechtmatig heeft gehandeld jegens haar achtergestelde obligatiehouders ('eisers') door te herstructureren met als gevolg dat de waarde van de obligaties verloren is gegaan. De rechtbank wijst de vorderingen af, met de volgende overwegingen.

Eisers waren bij het inschrijven op de obligaties goed geïnformeerd over hun positie in een uitwinningsscenario. De informatie was complex, maar bestemd voor professionele beleggers zoals eisers. Daarnaast had van hen kunnen worden verwacht dat zij advies van een deskundige hadden ingewonnen. Op basis van de financieringsdocumentatie wisten eisers dat zij een lagere rang hadden dan andere schuldeisers en nauwelijks een stem zouden hebben in geval van discontinuïteit. Daarmee hebben eisers bepaalde rechten prijsgegeven. Zij hadden ten minste moeten begrijpen dat zij in dat geval buitenspel konden worden gezet door andere (hoger gerangschikte) schuldeisers. In ruil daarvoor hebben eisers een hogere rente ontvangen. Jegens degenen die zich contractueel hebben verbonden om rechten prijs te geven, wordt in beginsel geen inbreuk gemaakt op een recht of in strijd gehandeld met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, als die rechten vervolgens worden gepasseerd.

Eisers betwisten voorts dat er voor HEMA een noodzaak was om te herstructureren. De rechtbank volgt eisers daarin niet. Er waren namelijk drie kernproblemen. HEMA had een grote schuldenlast (met zeer hoge renteverplichtingen) die zij op het moment dat deze diende

te worden afgelost, niet kon herfinancieren. De kredietwaardigheid van HEMA was verlaagd, hetgeen het lastig maakte om nieuwe investeerders aan te trekken. Ten tweede was er een dreigende ‘*cross default*’ ten aanzien van de financieringen, waardoor de financieringen mogelijk zouden worden opgeëist. Ten derde zorgde de coronapandemie voor liquiditeitsproblemen bij HEMA. Door al deze problemen was HEMA volgens de rechtbank genoodzaakt om te herstructureren ter voorkoming van een faillissement. Vervolgens gaat de rechtbank in op de vraag of HEMA de juiste methode heeft gevolgd om te herstructureren. HEMA heeft gemotiveerd uiteengezet dat er geen andere, haalbare alternatieven waren om de problemen en bedreigingen voor de continuïteit op te lossen. De rechtbank volgt HEMA hierin. Voorts bevatte het gevolgde traject (een *scheme of arrangement* naar Engels recht) diverse waarborgen en kon in het licht van de financieringsdocumentatie niet gesproken worden van een onterechte benadeling van eisers. Zij waren immers ‘*out of the money*’.

Tot slot hebben eisers nog gesteld dat HEMA onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij met Ramphastos, een investeringsbedrijf van Boekhoorn, een overeenkomst heeft gesloten over verrekenbare verliezen. Ook deze grondslag faalt. Vanuit het perspectief van HEMA bezien is het logisch dat zij een eventueel groot belastingvoordeel heeft willen veiligstellen en daar geld voor over heeft gehad. Overigens heeft zij nog geen winst gemaakt en de verrekenbare verliezen nog niet kunnen gebruiken. Het is dus maar de vraag of het betaalde voorschot door Ramphastos kan worden behouden.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, januari 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 14-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:7652

Zaaknummer: C/13/708318 / HA ZA 21-898

Rechters: M.A.M. Vaessen, Q.R.M. Falger en R. le Grand

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en F.J.M. Hengst

Wetsartikelen: 3:251 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Geslaagd beroep op andere oorzaken faillissement en terugbetaling rekening-courant

De curator verwijt twee bestuurders van een failliete vennootschap die investeerde in vastgoed kennelijk onbehoorlijk bestuur. De vordering op grond van artikel 2:248 BW wordt afgewezen omdat de bestuurders erin slagen de (gevolgen van de) vastgoedcrisis die uitbrak in 2008 aan te wijzen als een andere belangrijke oorzaak van het faillissement. De curator vordert daarnaast schadevergoeding voor een aantal handelingen van de bestuurders. Diverse schadevergoedingsvorderingen worden toegewezen. De rekening-courantschuld van een bestuurder moet worden terugbetaald voor zover die niet is belast met een pandrecht. Het beroep van een van de bestuurders op disculpatie en matiging van de schadevergoeding wordt afgewezen. Ondanks verweer daartegen van de bestuurders, verklaart de rechtbank het vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Inleiding

In 2017 is het faillissement van Vastgoed BV (fictieve naam) uitgesproken. Vastgoed BV werd tot oktober 2014 bestuurd door Bestuurder 1 en werd nadien bestuurd door Bestuurder 2. Bestuurder 1 houdt alle aandelen in Vastgoed BV en is tevens *ultimate beneficial owner* van diverse andere aan Vastgoed BV gelieerde (buitenlandse) entiteiten.

Artikel 2:248 BW

De curator vordert allereerst de bestuurders te veroordelen tot betaling van het boedeltekort op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur, omdat sprake is van een schending van de administratieplicht. Die vordering wordt afgewezen omdat de bestuurders erin slagen een andere oorzaak van het faillissement aan te wijzen. De rechtbank besteedt daarom geen aandacht aan de vraag of de administratieplicht is geschonden. De bestuurders hebben

aangevoerd dat het faillissement zijn oorzaak vindt in het mislukken van drie van haar vastgoedprojecten als gevolg van de vastgoedcrisis die in 2008 wereldwijd uitbrak, terwijl de curator deze oorzaak onvoldoende gemotiveerd heeft betwist.

Artikel 2:9 BW (en art. 6:162 BW)

De curator spreekt verder beide bestuurders aan op grond van artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. De verwijten die de curator Bestuurder 1 maakt, komen in de kern neer op het volgende. Op enig moment was het voor Bestuurder 1 kenbaar dat er door mislukte projecten flinke schulden voor Vastgoed BV waren ontstaan of onvermijdelijk zouden ontstaan. Desondanks heeft Bestuurder 1 bewerkstelligd dat het nog beschikbare actief zonder reële tegenprestatie aan Vastgoed BV werd onttrokken. Op die manier heeft hij het nemen van verhaal op Vastgoed BV en op zichzelf nagenoeg onmogelijk gemaakt. De curator verwijt Bestuurder 2 dat hij zich als katvanger heeft laten gebruiken.

Meer specifiek zien de verwijten van de curator op de gebrekkige boekhouding en bijsturing, het bezwaren van alle destijds nog onbezwaarde activa ten gunste van aan Bestuurder 1 gelieerde vennootschappen, het overdragen van vorderingen aan Vastgoed BV, het veroorzaken van schade in verband met de rekening-courantvordering van Vastgoed BV op Bestuurder 1 en het onttrekken van vermogen aan Vastgoed BV. Het gaat de omvang van deze samenvatting te buiten om elk verwijt te behandelen. De rechtbank schaaft zich met betrekking tot diverse verwijten achter de curator en veroordeelt de bestuurders voor enkele handelingen tot het betalen van schadevergoedingen, maar ook enkele verwijten van de curator worden door de rechtbank terzijde gelegd.

Betaling rekening-courantschuld

De curator vordert naast schadevergoeding ook betaling door Bestuurder 1 van zijn rekening-courantschuld aan Vastgoed BV. De rekening-courantschuld bedraagt circa € 7.200.000. In januari 2013 is ten gunste van een schuldeiser een pandrecht op de rekening-courantvordering gevestigd. De pandrechthouder heeft tijdens de verificatievergadering aangegeven dat zijn pandrecht rust op een bedrag van € 4.400.000. De curator vordert daarom betaling van het resterende bedrag van circa € 2.700.000.

De curator voert daartoe aan dat in het kader van de rekening-courantverhouding betalingen aan derden zijn gedaan ten gunste van Bestuurder 1. Daardoor zijn steeds nieuwe rechtsverhoudingen ontstaan. Voor zover die rechtsverhoudingen zijn ontstaan na de vestiging van het pandrecht, vallen de vorderingen niet onder het pandrecht, aldus de curator.

De rechtbank oordeelt dat een deel van de rekening-courantschuld is ontstaan door een lening

van maximaal € 5.000.000 die Vastgoed BV heeft verstrekt aan Bestuurder 1. De leningsovereenkomst dateert van november 2011 – twee jaar voor de vestiging van het pandrecht. Het maximale leningsbedrag is in diverse tranches opgenomen tussen 2010 en 2017. Alle geldopnames berusten op dezelfde rechtsverhouding, namelijk de geldleningsovereenkomst. Omdat het pandrecht is gevestigd na het tot stand komen van de geldleningsovereenkomst, rust het pandrecht op het volledige bedrag dat aan Bestuurder 1 is verstrekt, namelijk € 5.000.000. Het pandrecht rust daarmee echter niet op alle bedragen die – buiten de lening tot € 5.000.000 om – na de vestiging van het pandrecht zijn verstrekt aan Bestuurder 1. Bestuurder 1 wordt veroordeeld tot betaling van het deel van de rekening-courantvordering dat niet met het pandrecht is bezwaard, circa € 2.200.000.

Uitvoerbaar bij voorraad

Het vonnis wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard, ondanks bezwaren van de beide bestuurders. In dit verband speelt steeds een belangenafweging, waarbij in dit geval in het voordeel van de curator wordt beslist. Dat komt met name omdat het restitutierisico voor de bestuurders afwezig is. Bovendien hebben de bestuurders kennelijk in het verleden verhaal door de curator proberen te frustreren en dat wordt nu als zwaarwegende omstandigheid meegenomen.

A.L.M. van Rooij & J.E. van Nuland, januari 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:11461

Zaaknummer: C/10/605373 / HA ZA 20-958

Rechters: C. Bouwman, B. van Velzen en S.V. Hardonk

Advocaten: J.P. Koets

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

RECHTSPRAAK

Curator/Bestuurders van Abengoa Bioenergy Netherlands B.V.

De bestuurders van een failliete vennootschap zijn door de curator aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW. De curator legt aan zijn vordering onder meer ten grondslag dat de bestuurders de administratieplicht hebben geschonden. De bestuurders hebben bij incident afgifte gevorderd van de administratie die voor faillissement is gevoerd op grond van artikel 843a Rv. Mede in verband met het beginsel van equality of arms dat ten grondslag ligt aan artikel 6 EVRM, hebben de bestuurders naar het oordeel van de rechtbank een rechtmatig belang bij afgifte door de curator van de volledige pre-faillissementsadministratie. Een beroep op de AVG is in deze kwestie geen gewichtige reden als bedoeld in artikel 843a lid 4 Rv, omdat de bestuurders bereid zijn geheimhouding overeen te komen.

Het onderhavige vonnis in incident is gewezen in het kader van een procedure waarin de curator van Abengoa Bioenergy Netherlands B.V. haar (voormalig) bestuurders op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk houdt voor het faillissementstekort; onder meer op grond van gestelde schending van de administratieplicht. De bestuurders vorderen van de curator op grond van artikel 843a Rv jo. artikel 6 EVRM primair de verstrekking van een ongeclausuleerde kopie van de volledige pre-faillissementsadministratie tegen vergoeding van redelijke kosten, dan wel subsidiair bepaalde in de processtukken vermelde bescheiden. De curator heeft verweer gevoerd.

De rechtbank toetst de vorderingen van de bestuurders aan de vereisten van artikel 843a Rv (r.o. 3.4-3.7). De primaire vordering heeft betrekking op stukken uit de administratie, ten aanzien waarvan de curator de bestuurders verwijt dat zij hun verplichtingen tot deugdelijk voeren daarvan hebben geschonden. Om die reden is volgens de rechtbank in ieder geval sprake van bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarbij de bestuurders partij zijn.

Vanwege de inherente informatieongelijkheid – de bestuurders worden verwijten gemaakt op basis van administratie waarover zij niet meer beschikken maar die zij wel nodig hebben om zich tegen de verwijten te verweren – hebben zij bij de verstrekking voorts een rechtmatig belang. Dat belang wordt mede ingekleurd door het beginsel van *equality of arms* dat aan artikel 6 EVRM ten grondslag ligt. Zie in vergelijkbare zin bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 14 november 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY7562; Rb. Haarlem 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX9895 en Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:703. De gevorderde bescheiden zijn ook voldoende bepaald, omdat het gaat om de pre-faillissementsadministratie waarvan de curator op een harde schijf een kopie heeft opgeslagen.

De curator heeft zich onder andere op het standpunt gesteld dat de verplichtingen op grond van de AVG zich bij wijze van gewichtige reden tegen de gevorderde verstrekking zouden verzetten. De bestuurders hebben in dat verband kennelijk geweigerd een uitonderhandelde geheimhoudingsovereenkomst te voorzien van hun adresgegevens, waardoor deze niet is geformaliseerd. Omdat de geheimhoudingsovereenkomst bij naleving voldoende waarborgen voor de nakoming van de AVG-verplichtingen van de curator biedt en de bestuurders wel bereid zijn geweest om woonplaats te kiezen bij hun advocaat in Nederland, vormt een en ander geen gewichtige reden in de zin van artikel 843a lid 4 Rv (r.o. 3.9-3.12). Daarmee lijkt overigens nog niet uitgemaakt dat de verplichtingen uit hoofde van de AVG nooit een gewichtige reden zouden kunnen opleveren; bijvoorbeeld als geen vorm van geheimhouding zou zijn overeengekomen.

Tegen deze achtergrond heeft de rechtbank de primaire vordering van de bestuurders toegewezen en de curator veroordeeld in de proceskosten. Merk nog op dat de pre-faillissementsadministratie in verband met artikel 843a Rv – en ook artikel 3:15j sub d BW – moet worden onderscheiden van de boedeladministratie (vgl. r.o. 3.14: 'De bestuurders hebben niet betwist dat de curator tijd nodig heeft om de boedeladministratie van de volledige administratie te scheiden (...)'). Voor verstrekking van de boedeladministratie biedt artikel 843a Rv vermoedelijk geen basis (zie onder 7 van de noot onder HR 8 april 2016, *JOR* 2016/80 (*Schmitz q.q./Aerts Europa*) met verwijzingen).

J.O. Bijloo, januari 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:11471

Zaaknummer: C/10/629178 / HA ZA 21-1012

Rechters: C. Bouwman, Th. Veling en J.M.J. Arts

Advocaten: J.P.M. Borsboom en G. te Winkel

Wetsartikelen: 843a Rv, 6 EVRM en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Solar Park Devnya B.V. en STAK

OK; enquête. In deze procedure verzoeken twee certificaathouders die gezamenlijk 30% van de certificaten houden de OK een onderzoek te gelasten naar een vennootschap en de STAK die al haar aandelen houdt en diverse onmiddellijke voorzieningen te treffen. Verzoeksters zijn niet-ontvankelijk in hun verzoek voor zover dat betrekking heeft op de STAK. Voor het overige wordt het verzoek tot het bevelen van een enquête en tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen afgewezen. De besturen voorzien de certificaathouders van voldoende informatie en er is geen sprake van een impasse in de besluitvorming, noch op bestuursniveau, noch op aandeelhoudersniveau.

Partijen

In oktober 2018 heeft Reco Beheer B.V. ('Reco') alle aandelen in Solar Park Devnya B.V. ('SPD') verworven. Op 13 december 2018 heeft Millenium Capital Limited ('Millenium') alle aandelen in SPD verworven van Reco. Per die datum is Millenium ook benoemd tot bestuurder van SPD. Op 2 juli 2019 is de Stichting Administratiekantoor Spectre Solar Investments ('de STAK') opgericht. Een dag later heeft Millenium alle aandelen in SPD verkocht en overgedragen aan de STAK, die voor elk geleverd aandeel een certificaat aan Millenium heeft geleverd. In december 2019 is Millenium benoemd tot bestuurder van de STAK. In 2020 zijn de STAK en Millenium benoemd tot bestuurders van SPD. In november 2021 heeft de STAK medegedeeld terug te treden als bestuurder van SPD en zijn SPD Holdings I LLC ('SPD Holdings') en [A] benoemd tot bestuurders van SPD ('de Bestuurders').

Inmiddels houdt Niaga Holding Limited ('Niaga') 70% van de certificaten van aandelen in SPD en houden Millenium en Reco elk 15%. Bij besluit van 6 december 2021, waarbij enig aandeelhouder STAK werd vertegenwoordigd door [B], is Millenium ontslagen als bestuurder van SPD ('het Ontslagbesluit'). De jaarstukken 2019 en 2020 van SPD zijn niet vastgesteld. In februari 2022 hebben Millenium en Reco ('Verzoeksters') hun bezwaren tegen het beleid en

de gang van zaken van SPD kenbaar gemaakt.

Verzoek

Verzoeksters hebben de OK verzocht om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van SPD en de STAK over de periode vanaf maart 2019. Bovendien hebben zij als onmiddellijke voorzieningen met betrekking tot SPD verzocht om (a) de Bestuurders te schorsen als bestuurders van SPD, (b) de door de STAK gehouden aandelen in SPD over te dragen aan een door de OK te benoemen beheerder, (c) schorsing van het Ontslagbesluit en (d) de opdracht tussen SPD en haar accountant op te schorten. Met betrekking tot de STAK hebben Verzoeksters verzocht om [B] en medebestuurder [C] te schorsen als bestuurders en daarvoor een derde als bestuurder te benoemen. Tot slot is door Verzoeksters verzocht SPD en de STAK te veroordelen in de kosten van de procedure.

Verzoeksters hebben aan hun verzoek ten grondslag gelegd dat (i) de conceptjaarrekeningen 2019 en 2020 van SPD onjuist zijn opgemaakt, (ii) [B] als bestuurder van de STAK een tegenstrijdig belang had bij de besluitvorming in de algemene vergadering van SPD over de jaarrekeningen van 2019 en 2020 en bij de besluitvorming vanaf juni 2011 omdat hij vorderingen van Reco en Mitex (een vennootschap van de UBO van Millenium) had ontkend en een vordering van 'Brickhaven' had erkend. De Bestuurders zouden ook een tegenstrijdigheid hebben vanwege hun betrokkenheid bij Brickhaven. Daarnaast wordt naar voren gebracht dat (iii) het benoemingsbesluit met betrekking tot de Bestuurders en het Ontslagbesluit ongeldig zijn, (iv) het bestuur van SPD haar informatieplicht jegens Millenium niet is nagekomen en de STAK geen gehoor heeft gegeven aan de verzoeken van Millenium om een bestuursvergadering in te plannen en (v) Brickhaven zich als feitelijk beleidsbepaler gedraagt en daarmee Verzoeksters buitenspel zet. Dit alles zou leiden tot een impasse in de besluitvorming van SPD en haar continuïteit in gevaar brengen. Verweersters en verschillende belanghebbenden ('SPD c.s.') hebben allereerst aangevoerd dat het verzoek, voor zover gericht tegen de STAK, niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Dat verweer slaagt omdat het enquêterecht niet van toepassing is op de STAK.

Oordeel

De OK is van oordeel dat de bezwaren die door Verzoeksters zijn aangevoerd geen gegronde redenen opleveren die leiden tot twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van SPD die een onderzoek rechtvaardigen. Ten aanzien van de jaarrekeningen is niet door Millenium gesteld dat zij vorderingen heeft op SPD die ten onrechte niet in de jaarrekening zijn verwerkt. Ook kan niet worden vastgesteld op grond van welke overeenkomst Mitex volgens Verzoeksters concreet aanspraak zou kunnen maken op enige betaling door SPD. Dit

geldt ook voor de vordering van Reco. Daardoor kan in redelijkheid worden betwijfeld of de door Verzoeksters gepretendeerde vorderingen bestaan en kan het bestuur van SPD geen verwijt worden gemaakt dat zij een onderbouwing van het bestaan daarvan heeft verlangd alvorens deze vorderingen in de jaarrekening op te nemen. Tevens is niet door Verzoeksters concreet gesteld waarom de Bestuurders bij de weigering de vorderingen van Reco en Mitex in de jaarrekening 2019 en 2020 op te nemen, een (persoonlijk) belang hadden dat strijdig was met het belang van SPD. Hetzelfde geldt voor [B]. Er is ook geen reden om aan te nemen dat de gang van zaken ten aanzien van het Ontslagbesluit onjuist is geweest.

Ten aanzien van de informatie die Verzoeksters opvragen, wordt geoordeeld dat dit te breed en ongespecificeerd is, mede gelet op het tijdstip waarop het werd gevraagd, de periode dat het voorgenomen ontslag van Millenium speelde. Het bestuur van SPD kan niet worden verweten daar niet aanstonds aan te hebben voldaan. Er staat dan ook niet vast dat SPD in zijn algemeenheid ongenegen zou zijn om Verzoeksters de redelijkerwijs benodigde informatie te verstrekken. De OK merkt verder op dat door Verzoeksters niet inhoudelijk is toegelicht dat, en zo ja, waarom het handelen van het bestuur van SPD en de STAK niet in het belang van SPD zou zijn en hoe als gevolg daarvan de continuïteit van de onderneming van SPD wordt bedreigd. Ten slotte is de OK van oordeel dat geen sprake is van een impasse in de besluitvorming van SPD en dat zowel op bestuursniveau als op aandeelhoudersniveau de nodige besluiten kunnen worden genomen.

De OK oordeelt dat Verzoeksters niet ontvankelijk zijn in hun verzoek voor zover het betrekking heeft op de STAK en wijst het verzoek voor het overige af. Verzoeksters worden veroordeeld in de kosten van de procedure.

D.E. Mandigers, januari 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-09-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:2861

Zaaknummer: 200.309.692/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, A.J. Wolfs, A.W.H. Vink, E. Eeftink en J.S.T. Tiemstra

Advocaten: M. van Schoonhoven en R.I. Loosen

Wetsartikelen: 2:344 BW en 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Vermeulen Food Group B.V.

OK; enquête. Centraal in deze beschikking staat de verstoorde verhouding tussen twee broers en de nadelige gevolgen daarvan op de holding van de door hen gezamenlijk gedreven onderneming. De zaak ligt voor bij de OK. In de eerstefasebeschikking van de OK is beslist dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij de onderneming en worden er tijdelijke voorzieningen getroffen. Vervolgens wordt in de tweedefasebeschikking vastgesteld dat er sprake is van wanbeleid, waarvoor een van de broers verantwoordelijk wordt gehouden. Het oordeel van wanbeleid volgt niet uit geconstateerde misstanden bij de holding, zoals de ene broer had gesteld, maar wegens de verslechterde verhouding tussen de broers. Het is nu juist de broer die stelde dat er sprake was van misstanden, die door de OK verantwoordelijk wordt gehouden voor de verslechterde verhouding en dus voor het wanbeleid. Die verslechterde verhouding leidde tot nadelige gevolgen voor de holding, namelijk (1) het ontbreken aan constructief overleg, (2) er ontstond een patstelling in het bestuur en (3) uiteindelijk werd de kredietrelatie door de huisbankier opgezegd. Tot slot worden er door de OK eindvoorzieningen getroffen. De OK ontslaat de voor het wanbeleid verantwoordelijke broer als bestuurder van de holding en hij wordt veroordeeld in de onderzoekskosten. Daarnaast zal de holding worden ontbonden, nu die op het moment van de beschikking geen activiteiten meer heeft en dus de belangen van de aandeelhouders en het openbaar belang zich hier niet tegen verzetten. Opvallend is dat de OK aan deze broer ook een verbod oplegt tot het doen van lasterlijke, smadelijke of beledigende uitlatingen over OK-functionarissen, bijvoorbeeld op sociale media, en een contactverbod

met de OK-functionarissen, met uitzondering van contact door tussenkomst van een in Nederland op het tableau ingeschreven advocaat of ter gelegenheid van enige nog te houden aandeelhoudersvergadering.

Achtergrond en geschil

Twee broers ('Broer A' en 'Broer C', gezamenlijk te noemen: 'de Broers') drijven een onderneming die zich bezighoudt met de productie en verkoop van fruitsappen, Flevosap B.V. ('Flevosap'). De moedermaatschappij van Flevosap, Vermeulen Food Group B.V. ('Vermeulen') is voor gelijke delen in handen van de Broers middels hun eigen houdstermaatschappijen ('Broer A B.V.' en 'Broer C B.V.'). Bij Vermeulen ontstaat een liquiditeitstekort en zij wordt onder intensief beheer geplaatst door haar huisbankier ING. Vervolgens raakt de onderlinge verhouding tussen de Broers ernstig verstoord, waardoor een patstelling in het bestuur van Vermeulen ontstaat en er twijfels bestaan over de continuïteit van Vermeulen.

Inmiddels is de onderneming van Vermeulen, waaronder de aandelen in Flevosap, verkocht aan (vennootschappen van) Broer C en een derde persoon. Over de gang van zaken rondom deze verkoop oordeelde de OK eerder, zie voor een bespreking van die beschikking OR 2020-0146. Vermeulen voert thans zelf geen activiteiten meer uit.

Eerstefasebeschikking

In de eerstefasebeschikking (zie OR 2020-0086) is beslist dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij Vermeulen en dat een onderzoek gerechtvaardigd is. Daarnaast treft de OK onmiddellijke voorzieningen, waaronder de schorsing van Broer A B.V. en Broer C B.V. als bestuurders van Vermeulen en de aanstelling van een tijdelijke bestuurder.

Tweedefasebeschikking

Bij het onderzoek wordt voornamelijk ingegaan op de verslechterde verhouding tussen de Broers en de (door Broer A aangevoerde) misstanden in de bedrijfsvoering bij Vermeulen, waaronder (1) een (mogelijk) onjuiste voorraadtelling, (2) het verkopen onder kostprijs ter aflossing van privéschulden door Broer C en (3) het voldoen van privékosten uit het vermogen van Vermeulen door Broer C.

In het onderzoeksverslag wordt echter geconcludeerd dat de verslechterde verhouding tussen de Broers nu juist te wijten is aan Broer A, dat achteraf de voorraad telling slechts bij benadering is vast te stellen, maar dat deze in ieder geval geenszins overeenkomt met de telling verricht door Broer A, er niet is verkocht onder kostprijs en dat de privékosten (na summier onderzoek) terecht zijn voldaan.

De OK merkt op dat het onderzoeksverslag betreffende de misstanden in de bedrijfsvoering onvoldoende aanknopingspunten biedt om wanbeleid bij Vermeulen te constateren. De OK constateert desondanks wanbeleid wegens de verslechterde verhouding tussen de Broers, hetgeen volgens de OK voor nadelige gevolgen heeft gezorgd binnen de onderneming van Vermeulen. Hierdoor (1) ontbrak constructief overleg, (2) ontstond een patstelling in het bestuur en (3) werd uiteindelijk de kredietrelatie door ING opgezegd. De OK legt de verantwoordelijkheid hiervoor bij Broer A en oordeelt dat Broer A in plaats van het vooropstellen van het vennootschapsrechtelijk belang zich meermaals negatief en agressief heeft uitgedrukt, waardoor constructief overleg niet mogelijk was. De OK oordeelt daarnaast dat Broer A meerdere e-mails naar ING heeft gestuurd die Vermeulen ten onrechte in een slecht daglicht stellen, waardoor te verwachten was dat ING zou concluderen dat de continuïteit van de onderneming in acuut gevaar was. Bovendien oordeelt de OK dat Broer A te lichtvaardig het vertrouwen in de accountant heeft opgezegd.

Broer C wordt door de OK verder geen verwijt gemaakt, gezien zijn neutrale houding richting ING en zijn 'destructief gedrag' vertonende broer. De door de OK getroffen eindvoorzieningen zijn als volgt: het ontslag van Broer A als bestuurder van Vermeulen blijft in stand. Broer A wordt veroordeeld in de onderzoekskosten en Vermeulen zal worden ontbonden. Het belang van de aandeelhouders noch het openbaar belang verzetten zich daar niet tegen. De onderneming van Vermeulen is verkocht, er vinden geen activiteiten meer plaats in de vennootschap en er zijn geen werknemers meer in dienst.

De gedragingen van Broer A (die ook al het onderwerp waren van de beschikkingen die zijn besproken in OR 2020-0071 en OR 2020-0146) zijn zodanig dat de OK aan hem een verbod oplegt tot het doen van lasterlijke, smadelijke of beledigende uitlatingen over OK-functionarissen, bijvoorbeeld op sociale media, en aan hem een contactverbod met de OK-functionarissen oplegt, met uitzondering van contact door tussenkomst van een in Nederland op het tableau ingeschreven advocaat of ter gelegenheid van enige nog te houden aandeelhoudersvergadering.

S.J.A. van Gils, januari 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-11-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:3421

Zaaknummer: 200.308.173/01 OK, 200.308.174/01 OK en 200.308.175/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, A.J. Wolfs, A.P. Wessels, D.E.M. Aleman MBA en A.J.C.C.M. Loonen

Advocaten: M. Koelemeijer, J. van Bekkum en J.E. Stam

Wetsartikelen: 2:345 BW , 2:355 BW, 2:356 BW en 2:357 lid 7 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Freedom Registry B.V.

OK; enquête. Een minderheidsaandeelhouder van een besloten vennootschap verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken, en als onmiddellijke voorziening een bestuurder te benoemen met doorslaggevende stem. De minderheidsaandeelhouder stelt door de enig bestuurder en meerderheidsaandeelhouder gebrekkig te zijn geïnformeerd. De historische en huidige financiële en operationele stand van zaken van de vennootschap, hoewel duidelijk is dat die er niet goed voorstaat, is in het geheel niet inzichtelijk. De bestuurder heeft onvoldoende kunnen aantonen dat hij de afspraak uit de aandeelhoudersovereenkomst, inhoudende dat hij 95% van zijn tijd aan de vennootschap zou besteden, heeft nagekomen. Deze omstandigheden leveren volgens de OK gegronde redenen op voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken. De OK gelast dan ook een onderzoek. Volgens de OK zal het gelasten van een onderzoek kunnen bijdragen aan het herstel van de gezonde verhoudingen. De OK ziet ten tijde van de beschikking daarom geen aanleiding om met het oog op de toestand van de vennootschap of in het belang van het onderzoek een tijdelijk bestuurder met doorslaggevende stem te benoemen. Te meer nu de minderheidsaandeelhouder ingevolge de aandeelhoudersovereenkomst het recht heeft om een bestuurder te benoemen.

Investeringsmaatschappij Kima Ventures SAS ('Kima') is minderheidsaandeelhouder in Freedom Registry B.V. ('Freedom'). Freedom is een start-up en drijft een onderneming op het

gebied van domeinnamenhandel en websitediensten. Bitsafe B.V. ('Bitsafe') is meerderheidsaandeelhouder en enig bestuurder van Freedom. Belanghebbende [A] is de controlerend aandeelhouder en enig bestuurder van Bitsafe ('de Bestuurder'). Kima neemt een belang in Freedom op basis van een investeringsvoorstel en een informatiememorandum. Kima en Bitsafe sluiten een aandeelhoudersovereenkomst waarin onder meer staat dat Kima regelmatig zal worden geïnformeerd over de bedrijfsvoering. De Bestuurder zal 95% van zijn tijd besteden aan Freedom. Kima is gerechtigd één bestuurders bij Freedom te benoemen. Kima gaat niet over tot benoeming van een bestuurder.

Kima verzoekt om informatie maar ontvangt deze niet of zeer vertraagd. Bitsafe informeert Kima op enig moment over de tegenvallende marktontwikkelingen en stelt een nieuwe productstrategie bij Kima voor. Daarnaast neemt Bitsafe enkele werknemers van Freedom in dienst. Voorts biedt Bitsafe aan Kima aan om aandelen in Freedom om te zetten in aandelen in Bitsafe. De bedrijfsactiviteiten van Bitsafe zijn, in tegenstelling tot die van Freedom, wel succesvol.

Bezwaren

Kima heeft – onder meer en voor zover van belang – de volgende bezwaren tegen de gang van zaken bij Freedom. Freedom heeft niet geanticipeerd dan wel adequaat gereageerd op de veranderde marktomstandigheden. Freedom heeft niet voldaan aan haar informatieverplichtingen jegens Kima. Freedom heeft herhaaldelijk haar verplichtingen op het gebied van het jaarrekeningenrecht en de publicatieplicht geschonden. En de Bestuurder weet de belangen van Freedom onvoldoende te scheiden van die van Bitsafe.

Verzoek aan OK

Kima verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Freedom en als onmiddellijke voorziening een bestuurder te benoemen met doorslaggevende stem. Daarbij dient de Bestuurder het tot zijn taak te rekenen om te bewaken dat het door Kima geïnvesteerde vermogen conform de bedoeling wordt aangewend en de informatie- en zeggenschapsrechten van Kima worden nageleefd.

Overwegingen OK

Kima weet dat Bitsafe al enige jaren het standpunt inneemt dat het businessmodel van Freedom achterhaald is als gevolg van veranderde marktomstandigheden. Bitsafe heeft Kima daarover geïnformeerd en een ander businessmodel voorgesteld. De OK volgt Kima niet in haar betoog dat Bitsafe in haar hoedanigheid van bestuurder van Freedom niet zou hebben geanticipeerd op veranderde marktomstandigheden en Kima daarover niet zou hebben

geïnformeerd. Dit bezwaar levert geen gegronde reden op voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken.

Volgens de OK heeft Freedom geen uitvoering gegeven aan de afspraken over de informatievoorziening aan Kima in de aandeelhoudersovereenkomst. Freedom heeft structureel nagelaten minderheidsaandeelhouder Kima te voorzien van de haar toekomende informatie over de bedrijfsactiviteiten van Freedom. Dit levert een gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

Bitsafe erkent dat diverse jaarrekeningen niet of niet tijdig zijn gedeponneerd, waarbij voor enkele jaarrekeningen vaststellingsbesluiten van de algemene vergadering van Freedom ontbreken. Verder zijn vraagtekens te plaatsen bij de deugdelijkheid van de administratie van Freedom. Bitsafe heeft vragen over de financiële administratie van Freedom niet of onvoldoende kunnen beantwoorden. Daarmee is de historische en huidige financiële en operationele stand van zaken van Freedom (ofschoon wel duidelijk is dat zij er nu niet goed voor staat) in het geheel niet inzichtelijk. Ook de recentelijk opgestelde voorlopige en interne jaarrekeningen riepen, naar ter zitting bleek, vragen op over de financiële positie van Freedom, die niet beantwoord konden worden. Dit levert een gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

Volgens de OK wordt in een joint-ventureverhouding onder verwijzing naar *Cancun* (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:804) het belang van de vennootschap mede bepaald door de aard en inhoud van de tussen aandeelhouders overeengekomen samenwerking. In dit kader is de afspraak van Kima en Bitsafe van belang dat de Bestuurder 95% van zijn tijd aan Freedom zal besteden. De Bestuurder heeft volgens de OK onvoldoende toegelicht hoe hij zijn taken voor Freedom heeft uitgevoerd. Verder constateert de OK dat Bitsafe een tegenstrijdig belang heeft. De belangen van Freedom en Bitsafe lopen niet steeds parallel. Daarom dient Bitsafe een hogere mate van zorgvuldigheid en transparantie jegens minderheidsaandeelhouder Kima te betrachten. Aangezien Bitsafe dit heeft nagelaten, is dit een gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

Oordeel OK

De OK gelast een onderzoek. Bitsafe heeft toegezegd spoedig een aandeelhoudersvergadering te beleggen. Volgens de OK zal het onderzoek en de aandeelhoudersvergadering de benodigde openheid van zaken geven. Omdat het gelasten van een onderzoek al zal kunnen bijdragen aan het herstel van gezonde verhoudingen, ziet de OK geen aanleiding om met het oog op de toestand van de vennootschap of in het belang van het onderzoek een tijdelijk bestuurder met doorslaggevende stem te benoemen. De benoeming door de OK van een bestuurder vindt de

OK ook niet proportioneel, omdat Kima op basis van de aandeelhoudersovereenkomst zelf een bestuurder bij Freedom kan benoemen.

A.M. Dumoulin-Siemens, januari 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:3229

Zaaknummer: 200.310.047/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, A.W.H. Vink, M.P. Nieuwe Weme, W. Wind en G. van Vollenhoven-Eikelenboom

Advocaten: A.F.J.A. Leijten, K.H.M. de Roo, M. Deckers, J. van Borssum Waalkes, J. van Dam en B.J.G.

Sap

Wetsartikelen: 2:345 BW; 2:350 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Enquête ICTS International N.V.

OK; enquête. Een minderheidsaandeelhouder verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij een naamloze vennootschap waarvan de aandelen op een Amerikaans handelsplatform worden verhandeld. Volgens de minderheidsaandeelhouder wordt de vennootschap in feite gebruikt als familieholding van een familie die de meerderheid van de aandelen houdt, en zijn er tegen niet-marktconforme voorwaarden verschillende transacties verricht met aan die familie gelieerde partijen, zonder dat daarover voldoende transparantie is verschaft. De OK overweegt allereerst dat er geen algemene vergaande informatieplicht bestaat jegens een individuele aandeelhouder. Er is in dit geval geen sprake van besloten verhoudingen, ook al wordt het merendeel van de aandelen gehouden door de familie. Het gaat immers om een naamloze vennootschap en de aandelen daarvan worden verhandeld op een handelsplatform. Bij een tweetal transacties meent de OK dat sprake was van een tegenstrijdig belang, onder andere aandelenuitgifte aan alle leden van de raad van commissarissen, en ziet de OK redenen om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen. De overige transacties rechtvaardigen geen onderzoek. Het verzoek wordt gedeeltelijk toegewezen.

ICTS International N.V. ('ICTS') staat aan het hoofd van een groep die zich bezighoudt met de luchtvaart- en luchthavenbeveiliging. De aandelen in ICTS worden in de Verenigde Staten verhandeld op een *over-the-counter* handelsplatform. De meerderheid van de aandelen wordt gehouden door Spencer Corporation Ltd. ('Spencer'), belanghebbende in de zaak. Nog eens 13% van de aandelen wordt gehouden door de oprichter van ICTS ('de Oprichter'), tevens

voorzitter van de RvC en belanghebbende in de zaak. Achter Spencer zit een Amerikaanse familietrust van de familie van de Oprichter ('de Familie'). Enkele leden van de Familie zitten ook in de RvC van ICTS.

Een minderheidsaandeelhouder ('de Minderheidsaandeelhouder') verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van ICTS. Volgens de Minderheidsaandeelhouder wordt ICTS in feite geleid door de Oprichter en gebruikt de Familie ICTS als hun eigen familieholding. De door de Minderheidsaandeelhouder aangevoerde gronden hebben vooral betrekking op verschillende transacties die door ICTS zijn verricht met aan de Familie gelieerde partijen.

Ontvankelijkheid

ICTS voert aan dat de Minderheidsaandeelhouder niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat hij onvoldoende aandelen houdt in ICTS. Minderheidsaandeelhouder legt verschillende stukken over, waarvan ICTS de authenticiteit in twijfel trekt. Ook zou de Minderheidsaandeelhouder een deel van de aandelen volgens ICTS niet voor zichzelf houden, maar voor een trust. De OK gaat ervan uit dat de Minderheidsaandeelhouder enquêtebevoegd is, nu zonder nader onderzoek niet kan worden vastgesteld of de overgelegde stukken gemanipuleerd zijn en de stelling dat de aandelen niet voor zichzelf worden gehouden te speculatief is om daar consequenties aan te verbinden.

Informatieplicht

ICTS betoogt in het algemeen dat de verwijten van de Minderheidsaandeelhouder zijn gebaseerd op een vergaande informatieplicht van ICTS, en dat van een dergelijke informatieplicht geen sprake is. De OK overweegt hierover dat de verplichting tot het verstrekken van informatie aan aandeelhouders in besloten verhouding inderdaad onder bepaalde omstandigheden ruimer kan zijn. In dit geval gaat het echter om een naamloze vennootschap met verhandelbare aandelen. Dat een meerderheid van die aandelen door Spencer wordt gehouden, doet daar niet aan af. Volgens de OK zijn de klachten van de Minderheidsaandeelhouder over schending van enige informatieplicht door ICTS dan ook ongegrond voor zover deze ervan uitgaan dat jegens hem als individuele aandeelhouder een verderstrekkende informatieplicht zou gelden.

Transacties met gelieerde partijen

– De Minderheidsaandeelhouder verwijt ICTS dat deze voor meer dan 8 miljoen USD valutaschommelingen zou hebben gecompenseerd aan Spencer, die (converteerbare) leningen aan ICTS heeft verstrekt. De OK overweegt hierover dat de door Spencer verstrekte lening

deels in Amerikaanse dollars en een ander deel – ook al was dit in de leningsdocumentatie niet zo overeengekomen – in euro's is uitgeleend. De lening zou in de periode van 14 jaar waarin Spencer leningen verstrekke wel altijd in dollars zijn terugbetaald, waardoor Spencer gedurende die periode als gevolg van de daling van de EUR/USD-koers aanzienlijke verliezen heeft geleden. De leningen waren verstrekt terwijl ICTS in financieel zwaar weer verkeerde en de compensatie voor de door Spencer geleden verliezen zijn door de audit commissie goedgekeurd. Dit meewegende kon deze commissie daarom in redelijkheid beslissen dat het in het belang van ICTS was om de goede relatie met Spencer in stand te houden, wat op het spel zou kunnen komen te staan als alle valutarisico's op Spencer zouden worden afgewenteld. De OK meent dat de valutacompensatie onvoldoende grond is om een onderzoek te gelasten.

– Ook zou ICTS 3 miljoen aandelen hebben uitgegeven aan bestuurders, leden van de RvC en bepaalde werknemers, en zou zij een aan de Familie gerelateerde rechtspersoon de mogelijkheid hebben gegeven om een lening om te zetten in aandelen, beide tegen een opvallend lage aandelenprijs. ICTS voert aan dat deze prijs hoger was dan de marktprijs op dat moment. De OK overweegt dat 2,4 van de 3 miljoen uitgegeven aandelen zijn geplaatst bij leden van de RvC, en dat over de emissie is besloten door de RvC, op voorstel van de auditcommissie en remuneratiecommissie. Omdat alle commissarissen aandelen hebben verkregen, hadden zij allen een tegenstrijdig belang. De statuten van ICTS zijn niet overgelegd, dus veronderstellend dat de RvC ondanks het tegenstrijdige belang bevoegd was tot emissie te besluiten, dienden de commissarissen volgens de OK in elk geval een hoge mate van zorgvuldigheid te betrachten in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de emissie. De OK overweegt verder dat er een waardering had moeten worden gedaan door een onafhankelijke deskundige, nu er ten tijde van het voorstel voor de emissie nauwelijks handel was in de aandelen ICTS en de marktprijs daarom niet als basis voor de aandelenprijs kon worden aangehouden. Daarbij had ICTS meer transparantie moeten verlenen, in bijvoorbeeld haar jaarverslag, over hoe zij tot deze emissiekoers was gekomen. Hetzelfde geldt volgens de OK voor de conversie, en de OK acht een onderzoek naar de gang van zaken rondom de emissie en de conversie gerechtvaardigd.

– ICTS heeft later ook bijna 2 miljoen USD geïnvesteerd in Arrow Ecology & Engineering Overseas (1999) Ltd. ('Arrow'), een aan de Familie gelieerd bedrijf, actief in de afvalrecycling. De Minderheidsaandeelhouder meent dat deze acquisitie niet past binnen het businessmodel van ICTS en dat het besluitvormingsproces daarover niet transparant was. Ook de administratieve diensten die ICTS van Arrow heeft afgenomen, roepen vragen op, aldus de Minderheidsaandeelhouder. ICTS stelt juist dat deze investering binnen het

investeringsbeleid van ICTS past. Daarbij zijn de investering en de dienstverlening in de besluitvorming en verslaggeving behandeld als transactie met een gelieerde partij, en is de daarbij horende zorgvuldigheid in acht genomen. De OK overweegt dat het risico van de transactie is afgedekt door een door Spencer afgegeven garantie. Er is volgens de OK geen risico dat minderheidsaandeelhouders door de transactie worden benadeeld, en ziet de OK hierin geen reden om een onderzoek te gelasten. Ook de dienstverlening is geen reden om aan juist beleid te twijfelen.

Corporate governance

De Minderheidsaandeelhouder klaagt verder dat ICTS niet voldoet aan de regels van Nederlandse corporate governance. De OK overweegt dat de Nederlandse code niet op ICTS van toepassing is, nu het Amerikaanse *over-the-counter* handelsplatform niet kan worden aangemerkt als een gereguleerde markt in de zin van artikel 1:1 Wft.

Misbruik van enquêterecht

Tot slot gaat de OK kort in op de stelling van ICTS dat het verzoek moet worden afgewezen omdat de Minderheidsaandeelhouder misbruik zou maken van het enquêterecht, omdat het laatste alleen gaat om het dwarszitten van de Oprichter in het kader van hun onderlinge persoonlijk conflict. De OK acht het niet ondenkbaar dat persoonlijke motieven een rol hebben gespeeld, maar dat dit geen reden is om daarom aan het verzoek voorbij te gaan. De gang van zaken rondom de emissie en de conversie (waarin de OK gegronde redenen ziet om het onderzoek toe te wijzen) overstijgen het belang van alleen de Minderheidsaandeelhouder. Het verzoek wordt gedeeltelijk toegewezen.

C.W. van Es, januari 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:1910

Zaaknummer: 200.296.167/01 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, J.M. de Jongh, M.N. Hoogendoorn RA en D.E.M. Aleman MBA

Advocaten: U. Aloni, J.P.M. le Clercq, B. Kemp en L.P. Wiggers

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:346 lid 1 sub b BW, 2:350 BW, 2:140 lid 5 BW en 1:1 Wft

RECHTSPRAAK

Enquête Stichting Reinier Haga Groep en Stichting Reinier de Graaf Groep

OK; enquête. Stichting Reinier Haga Groep en Stichting Reinier de Graaf Groep verzoeken de OK een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van beide stichtingen en onmiddellijke voorzieningen te treffen. Volgens de stichtingen zijn er gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Stichting Reinier Haga Groep is oorspronkelijk opgericht ter uitvoering van een bestuursmodel waarbij het de bedoeling was om het Reinier de Graaf Gasthuis ziekenhuis, het Haga Ziekenhuis en het LangeLand ziekenhuis zo snel mogelijk te fuseren. Dat governance model is onwerkbaar geworden vanaf het moment dat gezamenlijk is besloten om niet te fuseren maar juist uiteen te gaan. De belangen van de ziekenhuizen lopen sindsdien niet meer parallel maar zijn juist tegenstrijdig geworden. De stichtingen slagen er niet in om de bestuurlijke inrichting zodanig te wijzigen, dat een eind wordt gemaakt aan de structurele belangenverstrengeling binnen de stichtingen, op een termijn die nodig is om de ontvlechting tot stand te brengen. De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken en treft onmiddellijke voorzieningen.

Inleiding en feiten

Deze zaak gaat over de ontvlechting van de vergaande samenwerking tussen de ziekenhuizen van Stichting Reinier de Graaf Groep ('RdGG'), Stichting Haga Ziekenhuis ('Haga') en Stichting LangeLand Ziekenhuis ('LLZ') (gezamenlijk: 'de Ziekenhuizen'). Stichting Reinier Haga Groep ('RHG') is oorspronkelijk opgericht ter uitvoering van een bestuursmodel waarbij het de bedoeling was om de Ziekenhuizen zo snel mogelijk te fuseren. RHG houdt zelf geen

onderneming in stand. RHG is enig statutair bestuurder van RdGG, Haga en LLZ. Bestuurders van RHG zijn thans de directievoorzitter van RdGG ('Directievoorzitter-RdGG') en de directievoorzitter van LLZ ('Directievoorzitter-LLZ'). In de oorspronkelijke opzet bestaat de raad van bestuur van RHG uit de drie directievoorzitters van de Ziekenhuizen en twee bestuurders die niet aan de Ziekenhuizen gelieerd zijn.

De aanvankelijk beoogde fusie tussen de Ziekenhuizen stuit op onoverbrugbare bezwaren. RHG besluit zodoende om de samenwerking te ontvlechten. Deze beslissing wordt gedragen door de Ziekenhuizen. Onderdeel van de ontvlechtigingsvoorwaarden is dat RdGG zelfstandig verder zal gaan en dat Haga en LLZ op korte termijn zullen fuseren.

Enquêteverzoek

RHG en RdGG verzoeken de OK een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van de stichtingen en onmiddellijke voorzieningen te treffen. Hoewel RHG (anders dan bestuurder van de Ziekenhuizen) geen eigen onderneming in stand houdt, kan RHG volgens de stichtingen wel in haar enquêteverzoek worden ontvangen. Zij doen daarbij een beroep op hetgeen is overwogen in de uitspraak van de OK van 31 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3996 (SRK).

Volgens RHG en RdGG zijn er gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van RHG en RdGG en vereist de toestand van RdGG dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. De gegronde redenen bestaan volgens de stichtingen eruit dat de governance van RHG en RdGG onwerkbaar is geworden. RHG is bestuurlijk ingericht naar de oorspronkelijke bedoeling van de Ziekenhuizen om zo snel mogelijk te fuseren. Dat governance model werkte niet meer vanaf het moment dat gezamenlijk is besloten om niet te fuseren maar juist uiteen te gaan. De belangen van de Ziekenhuizen lopen sindsdien niet meer parallel maar zijn juist tegenstrijdig geworden. RHG en RdGG slagen er niet in om de bestuurlijke inrichting zodanig te wijzigen, dat een eind wordt gemaakt aan de structurele belangenverstrengeling binnen RHG en RdGG, op een termijn die nodig is om de ontvlechting tot stand te brengen.

Beoordeling OK

De OK volgt RHG en RdGG in hun betoog dat RHG in haar enquêteverzoek kan worden ontvangen. De OK overweegt dat vaststaat dat het enquêterecht ex artikel 2:344, aanhef en onder b BW van toepassing is op RdGG. Als stichting houdt RdGG een onderneming in stand waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden (en ook is) ingesteld. Uit het samenstel van de statutaire bepalingen van RHG en RdGG volgt dat beide stichtingen thans economisch en organisatorisch nauw met elkaar zijn verbonden en in wezen deel uitmaken

van één samenhangende structuur. RHG vormt op dit moment een personele en bestuurlijke unie met onder meer RdGG. Dit samenstel van omstandigheden rechtvaardigt dat RHG (naast RdGG) in haar verzoek tot (zelf)enquête kan worden ontvangen. Daaraan doet volgens de OK niet af dat het verzoek ertoe strekt dat aan deze verbondenheid een eind wordt gemaakt.

Naar het oordeel van de OK levert de bestuurlijke inrichting bij RHG en RdGG gegronde redenen op om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Het belang van RHG is gericht op ontvlechting van de samenwerking op een voor alle partijen evenwichtige wijze en deze zo spoedig mogelijk tot stand te brengen. In dat kader zijn grote belangentegenstellingen ontstaan tussen enerzijds Haga en LLZ (die na de ontvlechting willen fuseren) en anderzijds RdGG. De bestuurders van RHG en RdGG zijn in de huidige situatie structureel en ernstig geconflicleerd. Hun hoedanigheid van directievoorzitter van LLZ, respectievelijk RdGG, brengt mee dat Directievoorzitter-LLZ en Directievoorzitter-RdGG als bestuurders van RHG ieder te maken hebben met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden getwijfeld of zij zich bij hun handelen uitsluitend (kunnen) laten leiden door het belang van RHG bij een ontvlechting op een voor alle Ziekenhuizen evenwichtige wijze. Op het niveau van RdGG is als gevolg van de ontvlechting een spiegelbeeldige situatie ontstaan. Deze situaties bij RHG en RdGG leiden tot onwerkbare verhoudingen op een moment waarop een complexe ontvlechting in samenspraak met een groot aantal belanghebbende partijen onder hoge tijdsdruk tot stand moet worden gebracht. Dat geen van de betrokkenen in staat is gebleken een eind te maken aan deze onwerkbare situatie, geeft aanleiding tot gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij RHG en RdGG.

De toestand van RHG en RdGG maken het noodzakelijk om onmiddellijke voorzieningen te treffen. De OK beslist dat RHG als bestuurder van RdGG zal worden vervangen door Directievoorzitter-RdGG. Ter zitting is gebleken dat in dat geval Directievoorzitter-RdGG zal aftreden als bestuurder van RHG. Daarmee wordt (in combinatie met andere onmiddellijke voorzieningen) aan de onwerkbare governance een einde gemaakt.

S.G.H. Nieuwendijk, januari 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-11-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:3236

Zaaknummer: 200.317.950/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, J.M. de Jongh, A.P. Wessels, V.G. Moolenaar en M.J.R. Broekema

Advocaten: A.F.J.A. Leijten, I. Koudstaal, M.F. van Schendel, W.H.A.M. van den Muijsenbergh, P.H.E.

Voûte, M.H.C. Sinninghe Damsté, R.R. Menasalvas Garrones, M. Holtzer, C. Nekeman, M.H.J. van Rest, J.J.M. van Mierlo, E.W.M. Rinnooy Kan, I. Baijens, M.J.A. de Wit, R.F. Abeln, A.J. Rijsterborgh en M.C. Leijten

Wetsartikelen: 2:344 BW, 2:349a lid 2 BW en 2:350 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Kort geding na eindvonnis DPB/MNP

De rechtbank heeft bij eindvonnis geoordeeld dat de overige aandeelhouders dan wel de vennootschap de aandelen van de minderheidsaandeelhouders moeten overnemen op de voet van artikel 2:343 BW. Noch de overige aandeelhouders, noch de vennootschap geven aan de sommatie tot nakoming van dit vonnis gehoor. De minderheidsaandeelhouder verzoekt de voorzieningenrechter om te beslissen dat de te geven beschikking in de plaats treedt van de notariële akte tot levering. De rechtbank wijst dit verzoek toe en verwerpt hierbij gemotiveerd de bedenkingen van de notaris dat de levering strijdig is met de statutaire vereisten van inkoop van eigen aandelen door de vennootschap, dat de vennootschap geen recente jaarrekening beschikbaar heeft en dat de levering strijdig zou zijn met de statutaire blokkeringsregeling.

Dit kort geding volgt op een uittreedprocedure waarin op 8 april 2020 tussenvonnis (OR 2020-0150) en op 4 mei 2022 eindvonnis is gewezen (OR 2022-0135). In het eindvonnis is, kort gezegd, beslist dat de overige drie aandeelhouders de aandelen van de minderheidsaandeelhouder moeten overnemen, en dat, indien een van hen daarmee in verzuim is, de vennootschap de aandelen moet overnemen.

De minderheidsaandeelhouder wendt zich tot de rechtbank omdat noch de overige aandeelhouders noch de vennootschap de veroordeling tot overname van de aandelen nakomen. Zij verzoekt de rechtbank primair te bepalen dat de te geven beschikking op de voet van artikel 3:300 lid 1 BW dezelfde kracht heeft als een notariële akte tot levering door de minderheidsaandeelhouder aan de vennootschap.

De minderheidsaandeelhouder voert aan dat de notaris die de akte van aandelenlevering zou moeten passeren een aantal bedenkingen bij de levering heeft geuit. Hoewel de notaris zich

niet in de procedure heeft gesteld (geen van de verweerders/belanghebbenden heeft zich overigens gesteld), gaat de rechtbank in haar beschikking wel op die bezwaren in.

De eerste bedenking van de notaris is dat de statuten van de vennootschap bepalen dat de bevoegdheid tot inkoop van eigen aandelen is toegekend aan de vergadering van prioriteitsaandeelhouders. De rechtbank overweegt hierover dat dit statutaire vereiste niet aan de orde is, omdat de wettelijke geschillenregeling de rechter op basis van artikel 2:343 BW de bevoegdheid verschaft om een veroordeling tot overname van aandelen uit te spreken. De enige vereiste die de wet daaraan stelt is dat moet zijn voldaan aan de uitkeringstest. De vraag welk orgaan op basis van de wet of statuten bevoegd is tot inkoop van eigen aandelen, is bij toepassing van artikel 2:343 BW niet relevant. Een andere benadering is volgens de rechtbank niet goed verdedigbaar, omdat er dan ofwel een eenvoudige mogelijkheid tot frustratie van de rechterlijke veroordeling bestaat, ofwel de procedure tot gedwongen overname van aandelen gecompliceerd wordt.

De tweede bedenking van de notaris is dat recente jaarrekeningen van de vennootschap nog ontbreken. De rechtbank overweegt dat zij haar oordeel over de uitkeringstest heeft gewezen op basis van het bericht van de deskundige die de waarde van de aandelen heeft vastgesteld. Dit oordeel volstaat. Het feit dat de vennootschap inmiddels een nieuw boekjaar heeft afgesloten of een volgende jaarrekening heeft vastgesteld, is in dat kader niet relevant.

De derde bedenking is dat executie van het vonnis niet mogelijk is met het oog op de blokkeringsregeling die in de statuten van de vennootschap is opgenomen. De rechtbank overweegt dat de wet in artikel 2:343a lid 2 BW een regeling bevat om de over te nemen aandelen aan te bieden aan de aandeelhouders. Die wettelijke regeling, die kan afwijken van de blokkeringsregeling zoals opgenomen in de statuten, is doorslaggevend.

De rechtbank wijst het verzoek van de minderheidsaandeelhouder toe en bepaalt dat de beschikking dezelfde kracht heeft als de notariële akte tot levering. Niet toewijsbaar is, wegens gebrek aan relevantie, het verzoek van de minderheidsaandeelhouder dat de te geven beschikking in de plaats treedt van het besluit van het bestuur van de vennootschap en/of de vergadering van prioriteitsaandeelhouders van de vennootschap tot inkoop van de aandelen.

S.L. Haanschoten, januari 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 23-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:10471

Zaaknummer: c/09/632139 HA RK 2022-279

Rechters: H.J. Vetter

Advocaten: M.C. Schepel

Wetsartikelen: 2:343 BW, 2:343a BW en 3:300 BW

RECHTSPRAAK

Inno Nautic Holding B.V./Oud-bestuurders Cuckoo Company B.V.

Twee oud-bestuurders worden op grond van artikel 6:162 BW persoonlijk aansprakelijk gesteld voor het verrichten van onrechtmatige selectieve betalingen. Nadat de vordering in eerste aanleg door de rechtbank wordt verworpen, oordeelt het hof in hoger beroep dat inderdaad sprake is van onrechtmatige selectieve betalingen. Het hof overweegt dat de bestuurders geen bijzondere omstandigheden hebben aangevoerd die rechtvaardigen dat de opbrengsten van een activaverkoop niet zijn gereserveerd om de vordering van de eiser te betalen en/of waarom eventuele intercompany vorderingen met voorrang zijn betaald. Het hof is van oordeel dat de oud-bestuurders daarvan een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken en dat zij aansprakelijk zijn voor de door de eiser als gevolg daarvan geleden schade. In cassatie houdt de uitspraak van het hof stand en worden alle cassatiemiddelen, overeenkomstig de conclusie van A-G Assink, verworpen.

Achtergrond en geschil

Inno Nautic B.V. ('Inno Nautic'), en later zijn 100% aandeelhouder Inno Nautic Holding B.V. ('INH'), is in conflict met Cuckoo Company B.V. ('Cuckoo'). Inno Nautic heeft een pop-up (shape-set) tank voor vloeistof uitgevonden, die voornamelijk wordt gebruikt in de pleziervaart. Op enig moment blijkt dat Cuckoo een octrooiaanvraag op eigen naam heeft ingediend voor de uitvinding van Inno Nautic. Na hierover verschillende procedures te hebben gevoerd, wordt Cuckoo door het gerechtshof Den Haag veroordeeld tot vergoeding van de schade die door Inna Nautic is geleden wegens het niet tijdig op haar naam stellen van de octrooiaanvraag. In een schadestaatprocedure moet vervolgens komen vast te staan wat de

hoogte is van de schade die door Inno Nautic is geleden.

Nadat Inno Nautic op eigen aangifte failliet wordt verklaard, draagt de curator de vorderingen van Inno Nautic uit hoofde van het arrest van het hof over aan INH. INH legt conservatoir beslag op verschillende vennootschappen die gelieerd zijn aan Cuckoo.

In de schadestaatprocedure wordt Cuckoo, na hoger beroep van INH, veroordeeld tot vergoeding van de door Inno Nautic geleden schade, vermeerderd met wettelijke rente en proceskosten.

Eerste aanleg en hoger beroep

In de onderhavige procedure worden de oud-bestuurders van Cuckoo (Cuckoo is op dat moment inmiddels ontbonden) gedagvaard door INH. INH vordert, kort en goed, dat de oud-bestuurders ('de Bestuurders') hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding op grond van externe bestuurdersaansprakelijkheid (art. 6:162 BW) wegens het verrichten van onrechtmatige selectieve betalingen voorafgaand aan de ontbinding van Cuckoo. INH verwijt de Bestuurders te hebben bewerkstelligd of toegelaten dat Cuckoo haar vordering niet heeft betaald en geen verhaal biedt doordat de activa van Cuckoo zijn overgedragen aan Perla International B.V. ('Perla Int.') Perla Int. is in de periode van het octrooigeschil opgericht en heeft alle aandelen van Cuckoo en een aan Cuckoo gelieerde vennootschap verkregen. Vervolgens zijn de activiteiten van Cuckoo gestaakt en is Cuckoo daarna ontbonden zonder vereffening. INH stelt daarom dat Cuckoo bewust is leeggehaald (selectieve wanprestatie). Daarnaast stelt INH dat de voor de activa overeengekomen koopprijs volledig is besteed aan andere betalingen, zonder rekening te houden met en/of een voorziening te treffen voor de vordering van INH (selectieve betaling). In eerste aanleg wordt de vordering van INH afgewezen.

In hoger beroep wordt de vordering van INH merendeels toegewezen. Het hof overweegt ten eerste dat als een vennootschap een vordering op haar niet betaalt en geen verhaal biedt, de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan treffen en aansprakelijk kan zijn als hij wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden. Het hof oordeelt vervolgens dat Cuckoo, vanaf het moment dat de voorzieningenrechter de schade had begroot, er ernstig rekening mee moest houden dat de vordering van INH aanzienlijk hoger was dan waar zij aanvankelijk rekening mee had gehouden. Toen nadien activa werden verkocht en de activiteiten werden gestaakt, was een situatie ontstaan dat de Bestuurders wisten of redelijkerwijs hadden behoren te begrijpen dat Cuckoo haar mogelijke verplichtingen jegens INH niet volledig zou nakomen en

geen verhaal zou bieden.

Vervolgens gaat het hof voorbij aan het verweer van de Bestuurders dat de intercompany schulden later zijn betaald dan andere schulden, omdat deze stelling onvoldoende is gemotiveerd. Ervan uitgaande dat de intercompany schulden niet later zijn betaald dan andere schulden, overweegt het hof dat de Bestuurders geen bijzondere omstandigheden hebben aangevoerd die rechtvaardigen dat de opbrengst van de activaverkoop niet is gereserveerd om de vordering van INH te betalen en/of waarom eventuele intercompany vorderingen met voorrang zijn betaald. Het hof is daarom van oordeel dat beide Bestuurders daarvan een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken en dat zij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door INH als gevolg daarvan geleden schade.

Cassatie

De Bestuurders gaan tegen de uitspraak van het hof in cassatie. In cassatie worden door de Bestuurders vier grieven aangevoerd. Ten eerste voeren de Bestuurders aan dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat hen een persoonlijk ernstig verwijt als bestuurder kan worden gemaakt. Ten tweede stellen de Bestuurders zich op het standpunt dat de berekening van de schade door het hof onjuist heeft plaatsgevonden. Ten derde ageren de Bestuurders tegen hun hoofdelijke aansprakelijkheid. Tot slot stellen de Bestuurders dat het hof ten onrechte aan het bewijsaanbod van de Bestuurders de eis heeft gesteld dat het bewijsaanbod wordt gespecificeerd.

A-G Assink gaat in zijn conclusie uitvoerig in op de cassatiemiddelen en komt tot de slotsom dat alle middelen falen. De Hoge Raad wijst, onder verwijzing naar artikel 81 RO en in lijn met de conclusie van de A-G, alle cassatiemiddelen af en verwerpt het beroep.

A. El Allaoui, januari 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 25-11-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:1743

Zaaknummer: 21/04044

Rechters: M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en F.J.P. Lock

Advocaten: C.S.G. Janssens

Wetsartikelen: 6:162 BW