

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 20, 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:2023:1283](#) 22-09-2023

Cassatieberoep enquêtebeschikking Funda

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:7627](#) 12-09-2023

Curator van Kelder Slaapkamers & Woninginrichting Nijverdal B.V./Zoon formele bestuurders als feitelijk beleidsbepaler

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:2753](#) 29-08-2023

Curator/Bestuurder interieurbouw-vennootschappen

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1756](#) 13-07-2023

Enquête Sequa Petroleum N.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:5830](#) 11-07-2023

Curator van HVG Novio Vastgoed B.V./Bestuurder en haar ex-schoondochter

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:1528](#) 11-07-2023

AIG Europe S.A./Bestuurders van ROKZ Groep B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1900](#) 06-07-2023

Enquête B.V. Huizenmij

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:4514](#) 30-05-2023

Conflict tussen oud-bestuurder en bestuurders Stichting Shri Ganesh

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:3729](#) 20-09-2023

Bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurders Megahome-concern

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:3727](#) 20-09-2023

Van der Hel en Eringa q.q./Nebo Vastgoed B.V. c.s.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:8296](#) 06-09-2023

Bestuurders zorgstichting aansprakelijk voor privé-uitgaven ten laste van de stichting

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

Nederlandse Huizen Maatschappij B.V./Verkopers pand

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:3934](#) 02-08-2023

Bestuurdersaansprakelijkheid bij verplaatsing winstgevende activiteiten en
turboliquidatie

RECHTSPRAAK

Conflict tussen oud-bestuurder en bestuurders Stichting Shri Ganesh

De oud-bestuurder van een stichting is van mening dat de huidige bestuurders van deze stichting, die hem bij meerderheidsbesluit hebben ontslagen, nooit bestuurders zijn geworden, terwijl hij dat zelf altijd is gebleven. Hij vordert bovendien vernietiging van het ontslagbesluit. De rechtbank oordeelde dat de huidige bestuurders rechtsgeldig zijn benoemd en dat de oud-bestuurder rechtsgeldig is ontslagen. In hoger beroep oordeelt het hof dat uit de feiten en omstandigheden voldoende blijkt dat uit de wil en gedragingen van appellante voldoende volgt dat hij wel degelijk wilde dat de huidige bestuurders zouden toetreden tot het bestuur en dus ook zijn toegetreden. Gevolg is dat de huidige bestuurders rechtsgeldig hebben kunnen besluiten tot het ontslag van de oud-bestuurder als bestuurder van de stichting.

Geschil

Dit geschil betreft in de kern de vraag wie bestuurder is of bestuurders zijn van Stichting Shri Ganesh ('de Stichting'). Sinds de oprichting van de Stichting was appellant ('de Oud-bestuurder') bestuurder van de Stichting. Op enig moment heeft de Oud-bestuurder een van de geïntimeerden betrokken bij de Stichting ('de Eerste betrokkene') en hebben zij tezamen nog twee bestuurders benoemd als medebestuurder (geïntimeerden, gedrieën tezamen: 'de Bestuurders'). Om te beoordelen wie uiteindelijk bestuurder is van de Stichting, dient eerst onderzocht te worden of de Eerste betrokkene rechtsgeldig is benoemd tot bestuurder. Dit is immers van belang voor de vervolgvragen of de Oud-bestuurder en de Eerste betrokkene de medebestuurders rechtsgeldig hebben benoemd en die laatste twee bestuurders vervolgens rechtsgeldig de Oud-bestuurder hebben ontslagen.

De Oud-bestuurder heeft in eerste aanleg onder meer gevorderd voor recht te verklaren dat de Bestuurders geen bestuurder zijn en de Oud-bestuurder dat wel is. Hiertoe heeft hij onder meer aangedragen dat het niet zijn bedoeling is geweest om de Eerste betrokkene als bestuurder te benoemen en dat als zodanig ook de overige bestuurders niet rechtsgeldig zijn benoemd. De rechtbank heeft de vorderingen van de Oud-bestuurder afgewezen, nu zou zijn gebleken dat de Eerste betrokkene wel degelijk is benoemd tot bestuurder, hetgeen tot gevolg heeft dat ook de andere bestuurders rechtsgeldig zijn benoemd, en rechtsgeldig hebben kunnen besluiten tot het ontslag van de Oud-bestuurder (zie OR 2020-0176)

Beoordeling

Het hof stelt voorop dat in de tijd dat de Oud-bestuurder enig bestuurder was, er een kernteam binnen de Stichting bestond dat op enig moment de Eerste betrokkene heeft aangewezen als bestuurder. De Oud-bestuurder is hierop met de Eerste betrokkene bij de Kamer van Koophandel geweest om hem in het Handelsregister in te schrijven als bestuurder.

Bij de aanschaf van een pand heeft de notaris de Stichting er vervolgens op gewezen dat de Stichting volgens haar statuten drie bestuurders diende te hebben. Hierop heeft de Oud-bestuurder een van de andere bestuurders gevraagd om bestuurder te worden en is hij ook met hem bij de Kamer van Koophandel geweest om hem als bestuurder in te schrijven in het Handelsregister. Gedrieën hebben zij vervolgens een document ondertekend met de titel 'bestuursbesluit' met betrekking tot de koop, levering en financiering van het pand, waarna zij ook akten hiertoe hebben ondertekend. Ook later hebben bestuursvergaderingen plaatsgevonden waarin zij tezamen optraden.

Om te beoordelen wie bestuurder is van de Stichting dient het hof te beoordelen of het bestuur besluiten heeft genomen, of dat personen die slechts meenden bestuurder te zijn maar dat niet waren, hebben geprobeerd besluiten te nemen. Op grond van de statuten kan het bestuur buiten vergadering met algemene stemmen besluiten nemen. Hoewel een dergelijk besluit vervolgens dient te worden vastgelegd, staat de niet-vastlegging op zichzelf niet in de weg aan de totstandkoming van het besluit. Nu bestuurders vormvrij benoemd kunnen worden, kan een dergelijk besluit ook stilzwijgend plaatsvinden en besloten liggen in gedragingen of verklaringen van het bevoegd orgaan (art. 3:37 BW jo. art. 3:59 BW).

Het hof stelt vast dat de Oud-bestuurder de Eerste betrokkene als medebestuurder wenste en beschouwde, hetgeen blijkt uit het gegeven dat zij tezamen voor de inschrijving in het Handelsregister hebben gezorgd en ook ten overstaan van de notaris zich hebben gedragen als zijnde bestuurder. Na de benoeming van de andere bestuurder hebben zij bovendien het besluit genomen tot aanschaf van het pand en daarbij behorende verplichtingen. Hieruit volgt

dat de wil van de Oud-bestuurder gericht was op het behandelen van de Bestuurders als zijnde bestuurder van de Stichting.

Nu vaststaat dat de Bestuurders rechtsgeldig bestuurder zijn geworden, betekent dit dat de twee bestuurders bij meerderheid van stemmen hebben kunnen besluiten tot het ontslag van de Oud-bestuurder op de bestuursvergadering waarvoor de Oud-bestuurder wel was uitgenodigd, maar waarop hij niet was verschenen. Het hof wijst de vordering van de Oud-bestuurder af en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

T.M. Goudzwaard, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:4514

Zaaknummer: 200.292.353

Rechters: S.M. Evers, G.P. Oosterhoff en A.S. Gratama

Advocaten: J. de Koning Gans, F.A. Geevers en M.E. van Zutphen

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

AIG Europe S.A./Bestuurders van ROKZ Groep B.V.

De bestuurders van een gefailleerde vennootschap treffen een schikking met de curator. Zij vorderen een vergoeding door de verzekeraar van het door hen betaalde schikkingsbedrag onder de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering van de gefailleerde vennootschap. De verzekeraar doet onder meer een beroep op de uitsluitingsclausule in de polisvoorwaarden die bepaalt dat onrechtmatige persoonlijke winst niet wordt vergoed. De rechtbank gaat hier niet in mee en wijst de vordering toe. Het hof stelt de verzekeraar in de gelegenheid aan te tonen welke specifieke vorderingen van de curator niet onder de verzekering vallen vanwege uitsluitingsclausules en welke bedragen van de schikking daarmee in verband stonden.

Feiten

ROKZ Groep B.V. ('ROKZ') sluit in 2017 met verzekeraar AIG Europe S.A. ('AIG') een aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders, commissarissen en toezichthouders ('de Polis'). Op deze verzekering zijn de polisvoorwaarden BusinessGuard Private D&O NL 2016 ('de Polisvoorwaarden') van toepassing. De Polisvoorwaarden omvatten bepalingen met betrekking tot dekking, definities en uitsluitingen, waarbij specifiek wordt vermeld dat verlies als gevolg van onrechtmatige persoonlijke winst niet wordt vergoed. Verweerders in deze procedure ('de Bestuurders') zijn bestuurders en aandeelhouders van ROKZ en verzekerd onder de Polis.

Nadat ROKZ en haar dochtervennootschappen failliet worden verklaard, stelt de curator de Bestuurders wegens onbehoorlijk bestuur aansprakelijk voor het gehele tekort in de faillissementen van ROKZ en haar dochtervennootschappen, dat ongeveer € 3 miljoen bedraagt. AIG en de Bestuurders treffen een schikking met de curator; de Bestuurders betalen € 300.000 aan de boedel ter beëindiging van het geschil. De Bestuurders starten vervolgens

een procedure tegen AIG, waarin zij vorderen dat AIG het door hen betaalde schikkingsbedrag vergoedt op basis van de polis. AIG meent dat het schikkingsbedrag niet onder de dekking van de Polis valt, omdat het schikkingsbedrag geen 'verlies' is zoals bedoeld in de Polisvoorwaarden. Bovendien beroept AIG zich op een uitsluitingsclausule in de Polisvoorwaarden, op grond waarvan zij niet gehouden is verlies te vergoeden dat voortvloeit uit het feit dat een verzekerde persoonlijke winst heeft behaald of een vergoeding heeft ontvangen waartoe hij wettelijk niet gerechtigd was. De betalingsverplichting die op grond van de schikking op de Bestuurders rust, is volgens AIG een claim die voortvloeit uit, is gebaseerd op, of is toe te schrijven aan het feit dat de Bestuurders een vergoeding ontvingen waartoe zij wettelijk niet gerechtigd waren, namelijk 'fees voor het harde werken', zodat AIG niet gehouden is het bedrag van de schikking te vergoeden.

Oordeel rechtbank

De rechtbank oordeelt dat de Bestuurders in beginsel recht hebben op vergoeding van het bedrag van de schikking, nu de schikking met instemming van AIG is overeengekomen en daarmee volgens de Polisvoorwaarden onder de definitie van 'verlies' valt. De dekkingsuitsluiting is volgens de rechtbank niet van toepassing, omdat het schikkingsbedrag voortkomt uit een allesomvattende vaststellingsovereenkomst en niet specifiek gerelateerd is aan onrechtmatige persoonlijke winst. Het zelfstandig beroep op het indenniteitsbeginsel wordt eveneens afgewezen, omdat de Bestuurders door de schikking niet in een duidelijk voordeligere positie zijn gekomen. De rechtbank wijst de vordering van de Bestuurders toe. AIG gaat in beroep.

Oordeel hof

Het hof overweegt allereerst dat het hier gaat om uitleg van polisvoorwaarden waarover – zo neemt het hof aan, omdat partijen niet anders hebben gesteld – niet is onderhandeld door partijen. De uitleg daarvan is volgens het hof met name afhankelijk van objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van de in een voorkomend geval bij de polisvoorwaarden behorende toelichting.

Het hof concludeert dat het schikkingsbedrag niet onder de dekking van de Polis valt. Volgens het hof kan niet worden aangenomen dat een bedrag met instemming van AIG tot stand is gekomen door middel van een schikking in de zin van de Polisvoorwaarden, nu uit een e-mail van AIG valt op te maken dat AIG weliswaar heeft gemeld geen bezwaar te hebben tegen het aangaan van een schikking met de curator, maar ook dat zij haar verweer dat er voor een eventueel schikkingsbedrag geen dekking onder de verzekering is, uitdrukkelijk niet prijs gaf.

Ook hebben de Bestuurders zich uitdrukkelijk voorbehouden om de discussie met AIG over de dekking onder de verzekering voor een eventueel schikkingsbedrag op een later moment te hervatten.

Voorts moet volgens het hof beoordeeld worden in hoeverre de getroffen schikking is gebaseerd op vorderingen van de curator die wel onder de dekking van de verzekering en niet onder de uitsluitingsgronden van de Polisvoorwaarden vallen, om concreet te kunnen maken of, en zo ja: voor welk deel of percentage, het schikkingsbedrag gedekt is. Het betoog van AIG, dat de schikking uitsluitend ziet op de 'fees voor het harde werken', wordt verworpen. Uit de correspondentie met de curator blijkt volgens het hof niet of onvoldoende dat de schikking uitsluitend betrekking had op deze fees. Het hof stelt AIG in de gelegenheid aan te tonen welke specifieke vorderingen van de curator niet onder de verzekering vallen vanwege uitsluitingsclausules en welke bedragen van de schikking daarmee in verband stonden. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

L.L. Bakker, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 11-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:1528

Zaaknummer: 200.307.745/01

Rechters: F.J. Verbeek, C.A. Joustra en K. Engel

Advocaten: F. van der Woude en O.J.W. Reijnders

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Curator van HVG Novio Vastgoed B.V./Bestuurder en haar ex-schoondochter

De curator van een gefailleerde bv stelt de bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort na schending van de boekhoudplicht. De curator heeft bovendien op de voet van artikel 2:248 lid 9 BW de verkoop van een appartementsrecht door de bestuurder aan haar (ex-)schoondochter, die het appartement vervolgens heeft doorverkocht aan derden te goeder trouw, buitengerechtelijk vernietigd. Het hof houdt de bestuurder aansprakelijk en oordeelt dat de vernietiging van de verkoop van het appartementsrecht slaagt, maar ontzegt aan die vernietiging alle rechtsgevolgen en veroordeelt in plaats daarvan de ex-schoondochter tot betaling van een geldbedrag aan de curator voor zover de bestuurder niet in staat blijkt tot voldoening van haar schuld aan de boedel.

De bestuurder van de failliete vennootschap HVG Novio Vastgoed B.V. ('HVG') wordt aansprakelijk gesteld op de voet van artikel 2:248 BW. Zij had op 8 mei 2014 haar overleden echtgenoot opgevolgd als bestuurder van die vennootschap en samen met haar zoon de aandelen in de vennootschap geërfd.

Aan de vordering heeft de curator onder meer een gestelde schending van de boekhoudplicht ten grondslag gelegd. De bestuurder heeft daartegenover gesteld dat ze slechts haar overleden echtgenoot opvolgde, dat haar daarom eventuele gebrekkige administratie niet kan worden verweten en dat ze slechts bestuurder werd op grond van (gesteld slecht) advies van de accountant om de vennootschap, waarvan ze (een deel van) de aandelen had geërfd, te liquideren. Het hof overweegt dat zij twee jaar lang bestuurder is geweest voor het faillissement en dat ook wanneer zij de vennootschap slechts wilde liquideren, bepaalde minimumvereisten gelden voor de boekhouding en dat die daaraan niet voldeed, althans niet voor zover de bestuurder stelt en bewijst.

Daarmee staat schending van de boekhoudplicht vast en wordt vermoed dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De bestuurder voert tegen dit causaliteitsvermoeden aan dat de vennootschap in feite al jaren 'technisch failliet' was. Deze bewering wordt echter, aldus het hof, onvoldoende gestaafd door de gestelde feiten en bewijsstukken. Daarmee heeft de bestuurder onvoldoende aangevoerd om het vermoeden te ontzenuwen en wordt de bestuurder veroordeeld tot betaling van het boedeltekort aan de curator.

De curator heeft op de voet van artikel 2:248 lid 9 BW de verkoop van een appartementsrecht door de bestuurder aan haar (ex-)schoondochter buitengerechtelijk vernietigd. Het appartement werd verkocht voor € 85.000, terwijl de WOZ-waarde € 228.000 bedroeg. De koopsom is niet aan de bestuurder overgemaakt, maar voldaan door middel van schuldoverneming, aldus nog steeds de curator. Vervolgens heeft de ex-schoondochter het appartement doorverkocht aan derden te goeder trouw. Het hof oordeelt dat de vernietiging van de verkoop slaagt, maar ontzegt aan die vernietiging alle rechtsgevolgen en veroordeelt in plaats daarvan de ex-schoondochter tot betaling van een geldbedrag aan de curator voor zover de bestuurder niet in staat blijkt tot voldoening van haar schuld aan de boedel.

Redactie, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:5830

Zaaknummer: 200.311.817

Rechters: G.P. Oosterhoff, D.M.I. de Waele en M.P.M. Hennekens

Advocaten: I. van Bakkum en R.J.W. Pijls

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Curator/Bestuurder interieurbouw-vennootschappen

In deze zaak heeft het hof 's-Hertogenbosch zich gebogen over de vraag of het aangaan van een koopovereenkomst en een financieringsconstructie, zonder zekerheidsbeding, bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onbehoorlijke taakvervulling, onbehoorlijk bestuur dan wel onrechtmatig handelen oplevert. Naar het oordeel van het hof is daarvan geen sprake, nu de later failliete (gelieerde) vennootschappen belang hebben gehad bij het verstrekken van deze lening zonder zekerheden. In hoger beroep toont de curator onvoldoende aan dat de (indirect) bestuurder onredelijke risico's heeft genomen bij het verstrekken van een lening voor een koopovereenkomst.

Feiten

Op 26 april 2013 zijn Holding N.V. ('Holding') en haar dochtervennootschappen Projects B.V. ('Projects') en Metaal B.V. ('Metaal') failliet verklaard, waarbij de curator als faillissementscurator is aangesteld. De vennootschappen waren actief in de interieurbouw. De geïntimeerde in hoger beroep ('de Bestuurder') was enig bestuurder van Holding en indirect aandeelhouder van deze vennootschap. Holding was enig bestuurder van Projects en Metaal. De Bestuurder is ook enig bestuurder en enig aandeelhouder van Z B.V.

Er bestond een rekening-courantverhouding tussen Z B.V. en Holding, waarbij Z B.V. een schuld van ruim € 500.000 had aan Holding. In 2010 kocht Z B.V. machines, onderhanden werk, goodwill, voorraden, debiteuren en voertuigen uit de faillissementsboedel van Interieurbouw B.V. ('Interieurbouw') voor € 580.000, gefinancierd door Projects, zonder zekerheid te bedingen ('de deal'). Dit werd ten laste gebracht van de rekening-courantverhouding tussen Z B.V. en Projects. Projects droeg haar vordering op Z B.V. over aan Holding, waardoor de eerdere rekening-courantvordering van Holding op Z B.V. opliep tot € 895.150. Holding trof een voorziening voor mogelijke oninbaarheid van die schuld ter

waarde van € 586.745.

Geschil

De curator stelt de Bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW, artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. Hij eist de veroordeling van de Bestuurder tot het betalen van het tekort in de faillissementen van Holding, Projects en Metaal, en/of tot het vergoeden van de geleden en nog te lijden schade.

In eerste aanleg zijn de vorderingen van de curator afgewezen. In hoger beroep voert de curator negen grieven aan. Hij betoogt dat de Bestuurder als (indirect) bestuurder van Holding en Projects geen lening had mogen verstrekken aan Z B.V., wetende dat Z B.V. deze lening niet kon terugbetalen. Volgens de curator had (de bestuurder van) Z B.V. deze schuld niet mogen aangaan, omdat de Bestuurder wist dat Z B.V. haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de door Holding en Projects geleden schade. De curator stelt dat de Bestuurder een onverantwoord risico heeft genomen door de deal met Interieurbouw te sluiten en deze door Projects te laten financieren. Gezien de bestaande rekening-courantschuld aan Holding en de door haar getroffen voorziening, heeft de financieringsconstructie Z B.V. bevoordeeld ten koste van de gefailleerde vennootschappen. De financieringsconstructie was risicovol en valt aan te merken als onbehoorlijk bestuur (vergelijk hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5105). De curator concludeert dat de financieringsconstructie de gefailleerde vennootschappen heeft benadeeld.

Beoordeling

Het hof oordeelt echter dat het verstrekken van een lening zonder zekerheden niet automatisch leidt tot onbehoorlijk bestuur, gezien de bijzondere omstandigheden in deze zaak. Het hof oordeelt dat de curator onvoldoende heeft gesteld en bewezen waaruit zou volgen dat de Bestuurder Z B.V. heeft laten profiteren van investeringen ten koste van de andere gefailleerde vennootschappen. Het hof overweegt dat de deal juist in het belang was van de latere gefailleerde vennootschappen, die behoefte hadden aan nieuwe orders en het onderhanden werk van de gefailleerde Interieurbouw konden overnemen. Het klantenbestand dat Z B.V. bij de deal verwierf, werd kosteloos overgedragen aan Projects, wat gunstig was voor deze vennootschap. Dat de Bestuurder andere bedoelingen had met de lening aan Z B.V. voor de deal, heeft de curator onvoldoende onderbouwd.

Het hof wijst ook het argument van de curator af dat de deal voordeliger zou zijn geweest voor de gefailleerde vennootschappen als ze deze zelf hadden gesloten. Eveneens verwerpt het hof het betoog dat Z B.V. de schuld aan de gefailleerde vennootschappen heeft afgelost met geld dat haar niet toekwam. Het hof oordeelt dat zelfs als er risico's waren verbonden aan de

financiering van de deal, dit op zichzelf geen onbehoorlijk bestuur of onrechtmatig handelen door de Bestuurder impliceert. Ook heeft de curator onvoldoende aangetoond dat de Bestuurder onredelijke risico's heeft genomen bij het verstrekken van de lening. Hoewel de gefailleerde vennootschappen meer liquide middelen zouden hebben gehad zonder de lening, betekent dit niet dat de financiering als onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig bestuur moet worden beschouwd. Evenmin heeft de curator bewezen dat de Bestuurder wist of redelijkerwijs had moeten weten dat Z B.V. de lening niet zou terugbetalen.

Concluderend wijst het hof de negen grieven van de curator af en bekrachtigt het hof het vonnis. De curator wordt veroordeeld tot het betalen van de proceskosten.

E. Ayerdem, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-08-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:2753

Zaaknummer: 200.312.119_01

Rechters: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy en G.J.S. Bouwens

Advocaten: J.P. Bakkers en D. Stikkelbroeck

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:138/248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curator van Kelder Slaapkamers & Woninginrichting Nijverdalen B.V./Zoon formele bestuurders als feitelijk beleidsbepaler

Het gaat hier om een uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden naar aanleiding van een vordering van de curator op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 7 BW. In de uitspraak staat de vraag centraal of de zoon van de formele bestuurders is opgetreden als feitelijk beleidsbepaler. Op grond van de inhoud van een controlerapport van de Belastingdienst, met daarin de verklaring van de zoon dat hij het bedrijf al geruime tijd hoofdzakelijk alleen runde, acht het hof de stellingen van de curator over het feitelijk bestuurderschap voorshands bewezen. De zoon wordt toegelaten tot het leveren van tegenbewijs.

Feiten en vordering

Appellant is curator in het faillissement van Kelder Slaapkamers & Woninginrichting Nijverdalen B.V. ('Kelder Slaapkamers'). Kelder Holding Nijverdalen B.V. ('Kelder Holding') is bestuurder en enig aandeelhouder van Kelder Slaapkamers. Een man en een vrouw, aangeduid als Naam 2 en Naam 1, zijn oprichters, aandeelhouders en bestuurders van Kelder Holding. De curator stelt dat hun zoon, aangeduid als Geïntimeerde 1, is aan te merken als feitelijk leidinggevende/beleidsbepaler van Kelder Slaapkamers. Niet in geschil is dat iedere bestuurder van Kelder Slaapkamers in beginsel hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort.

Juridisch kader

Het hof overweegt over het juridisch kader dat in de wetsgeschiedenis staat dat een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur vereist is om iemand als 'beleidsbepaler als ware hij bestuurder' te kunnen aanmerken. Hiermee is niet beoogd tot uitdrukking te brengen dat de

feitelijk beleidsbepaler moet hebben bestuurd in plaats van en met uitsluiting van het formele bestuur. Uit het woord ‘mede’ in artikel 2:248 lid 7 BW kan worden afgeleid dat van feitelijke beleidsbepaling ook sprake kan zijn indien één of meer formele (middellijk) bestuurders hun taken als bestuurder bleven uitoefenen. Deze overwegingen zijn in navolging van een recent arrest van de Hoge Raad over dit onderwerp (HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445).

Beoordeling

Naar het oordeel van het hof heeft de curator zijn stellingen over het feitelijk bestuurderschap van de zoon voldoende onderbouwd. De curator heeft onder andere aangevoerd dat de zoon tegenover de Belastingdienst heeft verklaard de onderneming al geruime tijd alleen te drijven. De zoon heeft onder andere aangevoerd dat de reden voor deze verklaring is dat de man ervoor heeft gekozen om de zoon naar voren te schuiven tijdens het belastingonderzoek, om daarmee tijd te winnen en zich beter te kunnen voorbereiden op vragen van de Belastingdienst. Gelet op de gemotiveerde betwisting door de zoon is het aan de curator om zijn stellingen hierover te bewijzen.

Op grond van de inhoud van het controlerapport van de Belastingdienst acht het hof dat bewijs voorshands geleverd. Uit het rapport blijkt dat de zoon heeft verklaard dat zijn ouders in een echtscheiding verwickeld waren en dat zijn vader met ernstige gezondheidsproblemen kampte. Deze situatie vormt een direct verband met de verklaring van de zoon dat hij het bedrijf al geruime tijd hoofdzakelijk alleen runde. Deze verklaringen kunnen moeilijk anders worden begrepen. Het ligt dan ook op de weg van de zoon om tegenbewijs te leveren, door aannemelijk te maken dat zijn rol anders was dan wat hij daarover bij de Belastingdienst heeft verklaard.

Het hof heeft de zoon, overeenkomstig zijn aanbod, toegelaten tot dat tegenbewijs.

D.R.C. Smit, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-09-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:7627

Zaaknummer: 200.313.775

Rechters: H.L. Wattel, R.A. Boon en J.P.H. van Driel van Wageningen

Advocaten: F. Kolkman en S.J. de Vries

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Van der Hel en Eringa q.q./Nebo Vastgoed B.V. c.s.

De curatoren van de failliete Megahome-vennootschappen hebben de bestuurders aansprakelijk gesteld op grond van artikel 6:162 BW. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders persoonlijk aansprakelijk zijn wegens onthouding van pachtinkomsten aan gefailleerden door deze door te sluizen naar niet-gelieerde vennootschappen, om gelden buiten het bereik van de zekerheidsgerechtigde te houden.

Inleiding

Gedurende 2016 is een vijftal aan elkaar gelieerde bedrijven failliet verklaard, met aanstelling van een tweetal curatoren. De activiteiten van deze vennootschappen bestonden onder meer uit het verwerven van grond voor projectontwikkeling. De gefailleerde vennootschappen hadden twee bestuurders, hierna Bestuurder A en Bestuurder B.

Tot eind 2012 werden pachtgelden betaald aan een van de gefailleerde vennootschappen. Vanaf december 2012 heeft deze gefailleerde vennootschap de facturatie gestaakt en hebben Nebo Vastgoed B.V. ('Nebo'), New Polder Grond B.V. ('NP Grond') en New Polder Investment B.V. ('NP Investment') de inning van pachtgelden overgenomen (hierna gezamenlijk: 'de NP-Vennootschappen'). Bestuurder A was vanaf 2020 bestuurder van Nebo, terwijl een derde (hierna Bestuurder C) bestuurder was van NP Grond en NP Investment. De NP-Vennootschappen waren niet gelieerd aan de gefailleerde vennootschappen.

Het geschil

De staking van de facturatie van de pachtgelden en voortzetting daarvan door de NP-Vennootschappen vormen de aanleiding en het onderwerp voor de procedure die tot onderhavige uitspraak heeft geleid. De curatoren spreken Bestuurder A, B en C aan tot vergoeding van de schade die het gevolg is van de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers, die is ontstaan door de pachtinkomsten uit het vermogen van de gefailleerde vennootschappen te houden. Het betreft pachtinkomsten ter hoogte van € 207.193,14.

Beoordeling

Dat de pachtinkomsten vanaf 2012 door de NP-Vennootschappen werden geïnd, staat niet ter discussie, noch dat deze inkomsten aan de gefailleerde vennootschappen toekwamen. Verder is niet betwist dat het de bedoeling was om de pachtinkomsten buiten de gefailleerde vennootschappen te brengen en nimmer meer daar terug te laten vloeien. De bedoeling was om deze gelden buiten het bereik van Rabobank te plaatsen, die daarop verhaalsmogelijkheden had.

Volgens de rechtbank betekent deze gang van zaken in beginsel dat er aan de gefailleerde vennootschappen toebehorend vermogen is onttrokken. In beginsel, want er kunnen volgens de rechtbank ook deugdelijke redenen zijn waarom dat niet het geval is. Als dergelijke redenen ontbreken, is echter sprake van een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers.

Als reden voor de incasso van de pachtinkomsten door de NP-Vennootschappen wordt aangevoerd dat daarvoor een bonafide werkafsprake bestond, die achteraf als ongelukkig kon worden gekwalificeerd. Dit acht de rechtbank echter geen deugdelijke reden, omdat daarmee gelden buiten het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers werden gebracht. Er bestond verder geen enkele verbondenheid tussen de gefailleerde vennootschappen en de NP-Vennootschappen. De werkafspraken waren bovendien niet schriftelijk vastgelegd, terwijl de gefailleerde vennootschappen slechts kosten maakten en geen profijt hadden van deze werkafspraken.

Het onttrekken van de pachtinkomsten aan de gefailleerde vennootschappen zou onder meer zijn ingegeven om deze buiten het bereik van Rabobank te stellen. Deze zou na een eerdere kredietopzegging een nieuwe overeenkomst met torenhoge rente hebben afgedwongen. Voor het goed functioneren van de bedrijfsvoering zouden daarom zo veel mogelijk middelen buiten het bereik van Rabobank moeten worden gebracht. Geheel vanzelfsprekend acht de rechtbank dit niet een valide reden. Niet alleen worden daarmee de middelen buiten het bereik van andere schuldeisers gebracht, maar verder betreft het ook een schoolvoorbeeld van het frustreren van verhaal.

Slotsom

Alles bij elkaar acht de rechtbank het handelen onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers, waarbij vervolgens nog de vraag moet worden beantwoord of Bestuurders A, B en C daarvoor aansprakelijk zijn. Aan de hand van de maatstaf zoals uiteengezet in *Roelofsen/Ontvanger* acht de rechtbank ieder van de bestuurders aansprakelijk. Bestuurder A vanwege het feit dat hij de betrokken handelwijze heeft opgezet, bestuurder B omdat hij zich intensief bemoeide met het beleid van de gefailleerde vennootschappen en het uitvoeren van

die handelwijze en bestuurder C omdat hij medewerking daaraan verleende. De Bestuurders treft volgens de rechtbank een persoonlijk ernstig verwijt.

M.Y.J. Smeets, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:3727

Zaaknummer: C/o8/285348 / HA ZA 22-320

Rechters: M.A.M. Essed, C.A. de Beaufort en T.J. Thurlings-Rassa

Advocaten: J. van der Hel en C.J. van Dijk

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurders Megahome-concern

De curatoren van de failliete Megahome-vennootschappen hebben de bestuurders aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW. De rechtbank oordeelt dat schending van de administratieplicht niet vaststaat. Een vijf weken te late deponering van jaarrekeningen wordt aangemerkt als onbelangrijk verzuim, omdat het bestuur een vergissing had gemaakt en de jaarrekeningen door de vennootschappen zelf moesten worden opgesteld omdat de boekhouder de samenwerking had beëindigd. Toch zijn de bestuurders wel aansprakelijk, omdat zij een ‘beschermingsconstructie’ hadden opgetuigd waarmee het vermogen van de vennootschappen buiten het bereik van Rabobank (en andere schuldeisers) werd geplaatst. Deze constructie was onzedelijk. Geen redelijk denkend bestuurder zou dat hebben gedaan. Schuldeisers zijn hierdoor benadeeld en de constructie is een belangrijke oorzaak van het faillissement. De bestuurders worden veroordeeld tot betaling van het boedeltekort.

Geschil

De curatoren in de faillissementen van het Megahome-concern houden de twee bestuurders aansprakelijk voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. Volgens de curatoren hebben de bestuurders (i) de administratieplicht (ex art. 2:10 BW) geschonden, en (ii) van 2009 t/m de faillissementen in 2016 een constructie opgetuigd en uitgevoerd waarbij het vermogen van de vennootschappen werd overgeheveld naar andere rechtspersonen waarvan de bestuurders bestuurder waren.

Administratieplicht

Allereerst zijn de jaarrekeningen van 2013 te laat gedeponeerd. De rechtbank oordeelt echter dat sprake is van een onbelangrijk verzuim nu sprake is van een beperkte termijnoverschrijding van nog geen vijf weken, die verklaard kan worden door (i) een vergissing van het bestuur, en (ii) het feit dat de boekhouder de samenwerking met het Megahome-concern beëindigde, waardoor de vennootschappen de jaarrekeningen opeens zelf moesten opstellen.

Verder voeren de curatoren aan dat hen niet de volledige administratie is overhandigd, en bepaalde schuldposities niet correct op de balans zijn verwerkt. Ook hier gaat de rechtbank niet in mee. Volgens de rechtbank kan uit het enkele gegeven dat niet de (volledige) administratie is overgelegd niet zonder meer worden afgeleid dat er geen afdoende administratie aanwezig is. Voor de onjuiste balansposten geldt volgens de rechtbank dat uit de jaarrekening wel blijkt dat er (aanzienlijke) schulden waren erkend, en dat daarmee aan de (lage) eis van een afdoende administratie is voldaan.

Beschermingsconstructie

Volgens de rechtbank staat wel vast dat de bestuurders een constructie hebben opgetuigd en uitgevoerd waarbij het vermogen van de vennootschappen werd overgeheveld naar andere rechtspersonen (de 'beschermingsconstructie' genoemd). Deze beschermingsconstructie was bewust opgezet om (tegen de achtergrond van een dreigende kredietopzegging) vermogensbestanddelen buiten de invloedssferen van de Rabobank te houden, zoals ook door de bestuurders wordt erkend. De beschermingsconstructie was dus gericht op het benadelen van de schuldeisers, in het bijzonder de Rabobank. Het opzetten van de beschermingsconstructie was daarmee onzedelijk en geen redelijk denkend en handelend bestuurder zou overgaan tot het verrichten van onzedelijke rechtshandelingen, aldus de rechtbank.

Volgens de bestuurders was niet de beschermingsconstructie, maar het gedrag van de Rabobank de oorzaak van het faillissement. Dit omdat de Rabobank (i) de financiering opzegde, (ii) in strijd met het gewekte vertrouwen opeens wilde dat extra assets werden ingebracht bij een vaststellingsovereenkomst, en (iii) een onereuze rentebepaling van 26,8% op jaarbasis hanteerde. De rechtbank gaat niet mee in deze verweren. Voor acties van Rabobank onder (i) en (ii) geldt volgens de rechtbank dat deze juist de consequentie waren van het opzetten van de beschermingsconstructie. Voor (iii) geldt dat dit een boeterente betrof, en de verschuldigdheid hiervan aan de bestuurders zelf te wijten is nu zij niet aan de verplichtingen onder de financieringsovereenkomst voldeden.

Verder voeren bestuurders onder andere nog het verweer dat de handelingen voor de

beschermingsconstructie deels buiten de referteperiode van drie jaar voor faillissement vallen. Ook hier gaat de rechtbank niet in mee nu een groot deel van de rechtshandelingen voor de beschermingsconstructie binnen de referteperiode vallen, de beschermingsconstructie een voortdurend project was, en de bestuurders binnen de referteperiode nimmer de handelingen van voor de referteperiode hebben teruggedraaid. Door het niet terugdraaien van de rechtshandelingen van voor de referteperiode, is ook sprake van onbehoorlijk bestuur binnen de referteperiode.

De rechtbank oordeelt dan ook dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 BW.

S. Zonneveld, september 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:3729

Zaaknummer: C/08/286834 / HA ZA 22-353

Rechters: T.J. Thurlings-Rassa, C.A. de Beaufort en M.A.M. Essed

Advocaten: M.T. Nooijen en C.J. van Dijk

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders zorgstichting aansprakelijk voor privé-uitgaven ten laste van de stichting

Een zorgstichting heeft kort voor haar faillietverklaring salarisbetalingen verricht aan haar bestuurders. De curator heeft ten aanzien van deze salarisbetalingen een beroep gedaan op artikel 47 Fw. Dit beroep wordt door de rechtbank gehonoreerd. De curator vordert op grond van artikel 2:9 BW ook betaling van diverse onzakelijke uitgaven van de stichting. Het gaat onder meer om hoge uitgaven in horecagelegenheden (ongeveer € 42.000), reizen naar landen als Dubai en Curaçao (ongeveer € 40.000) en grote bedragen die zijn besteed aan (merk)kleding (ongeveer € 81.000). De bestuurders moeten de onzakelijke uitgaven vergoeden aan de stichting.

Een stichting ('de Stichting') is door de rechtbank Rotterdam in 2021 failliet verklaard. De Stichting had twee bestuurders en exploiteerde een zorgonderneming in de regio Rotterdam waarmee zij ondersteuning en zorg leverde aan cliënten met een verstandelijke en/of psychische beperking in het kader van de Wet langdurige zorg, de Wet maatschappelijke ondersteuning en de Wet forensische zorg. Deze zorg werd vergoed door respectievelijk Zilveren Kruis, de gemeente Rotterdam en de Dienst Justitiële Inrichtingen. Het statutaire doel van de Stichting is dan ook gefocust op de zorg op basis van voornoemde wetten. Na de indiening van het faillissementsrekest hebben de bestuurders nog salarisbetalingen aan zichzelf verricht. Daarnaast hebben de bestuurders voor zichzelf in privé op grote schaal (luxe)goederen aangeschaft op kosten van de Stichting.

De curator van de Stichting heeft een aantal salarisbetalingen die door de Stichting aan de bestuurders zijn verricht buitengerechtelijk vernietigd op grond van artikel 47 Fw. Ook stelt de curator verschillende betalingen aan de orde die hij heeft ingedeeld in verschillende categorieën. In de procedure vordert de curator een verklaring voor recht dat de

salarisbetalingen zijn vernietigd, dan wel vernietiging van de betalingen. Ten aanzien van de andere betalingen stelt de curator zich op het standpunt dat sprake is van onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:9 BW, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad. De curator motiveert dit standpunt per betaling, met de conclusie dat de betalingen aan de bestuurders niet binnen het statutaire doel en de activiteiten van de Stichting vallen.

De bestuurders stellen zich op het standpunt dat de salarisbetalingen niet paulianeus waren, aangezien sprake was van batchbetalingen en een reddingsoperatie in gang was gezet. De rechtbank verwerpt deze verweren en overweegt dat de curator heeft aangetoond dat de betalingen handmatig waren ingevoerd en uit niets blijkt dat sprake was van een reddingsoperatie. Ook staat vast dat sprake is van benadeling, nu het saldo ter beschikking zou hebben gestaan aan de gezamenlijke schuldeisers van de Stichting als de betalingen niet waren verricht. De rechtbank concludeert dus dat sprake is van paulianeuze (salaris)betalingen.

De rechtbank oordeelt dat de bestuurders de stelling van de curator dat de administratie gebrekkig was niet voldoende gemotiveerd hebben kunnen betwisten. Aan de hand van de verschillende categorieën oordeelt de rechtbank dat de uitgaven niet binnen het statutaire doel van de Stichting vallen, en de betalingen daarmee als kennelijk onbehoorlijk bestuur zijn aan te merken, en de bestuurders hiervan een persoonlijk ernstig verwijt te maken valt. De rechtbank acht het bijvoorbeeld niet geloofwaardig dat aanzienlijke uitgaven bij horecagelegenheden en vakanties naar bestemmingen als Dubai, zonder nadere administratieve onderbouwing die ontbreekt, als zakelijk zijn aan te merken. Ten aanzien van een grote post voor (merk)kleding komt de rechtbank tot dezelfde conclusie. Daarbij is ook relevant dat voornoemde gezondheidsrechtelijke regelgeving hoge(re) eisen stelt aan de administratie van een zorgonderneming, die naar haar aard publieke gelden onder zich heeft.

A.C. Frentz, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:8296

Zaaknummer: 644726

Rechters: J.M.J. Arts

Advocaten: E.R.P. von Hegedus en J.G.M. Roijers

Wetsartikelen: 47 Fw en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid bij verplaatsing winstgevende activiteiten en turboliquidatie

Ex-echtgenoten zijn gezamenlijk eigenaar van een pand. Een van de ex-echtgenoten is bestuurder en enig aandeelhouder in een vennootschap, die op haar beurt bestuurder en enig aandeelhouder van twee dochtervennootschappen was. Vanuit de dochtervennootschappen werd een onderneming geëxploiteerd. Op enig moment wordt de dochteronderneming die het pand van de ex-echtgenoten huurde, middels turboliquidatie opgeheven. Vlak voor liquidatie zijn de winstgevende activiteiten van de onderneming naar de andere dochteronderneming overgeheveld. Door de liquidatie kan de dochteronderneming niet meer aan haar huurverplichtingen voldoen. Een van de ex-echtgenoten beroept zich op verhaalsfrustratie. De rechtbank oordeelt dat daarvan kan worden gesproken en dat de andere ex-echtgenoot, de moederonderneming en andere dochteronderneming onrechtmatig hebben gehandeld jegens de ex-echtgenoot. Zij zijn dan ook hoofdelijk aansprakelijk voor de schade.

Feiten

Deze zaak betreft een geschil tussen eiser ('Voormalig partner') en haar ex-echtgenoot ('DGA') en de vennootschap waarvan hij bestuurder en aandeelhouder is ('Onderneming'). De Voormalig partner en DGA zijn ex-echtgenoten, maar (nog steeds) samen voor de helft eigenaar van een pand ('Pand'). De Onderneming is bestuurder en enig aandeelhouder van twee dochtervennootschappen: Dochtervennootschap I en Dochtervennootschap II.

Op 17 juni 2021 is Dochtervennootschap II middels een turboliquidatie opgeheven. Dochtervennootschap II huurde tot het moment van liquidatie het Pand. De huurovereenkomst kende een looptijd tot en met februari 2022. Vervolgens ontstond een

geschil tussen de Voormalig partner en DGA, de Onderneming en Dochtervennootschap II over verschillende onderwerpen, zoals de vraag of Dochtervennootschap II als huurder van het Pand over een bepaalde periode huur aan de Voormalig partner was verschuldigd.

De huur van het Pand werd door de Voormalig partner en DGA ieder apart maandelijks voor de helft gefactureerd. Vanaf april 2012 heeft Dochtervennootschap II bedragen ingehouden op het aan de Voormalig partner toekomende deel van de huur om deze vervolgens te verrekenen met vorderingen van DGA en de Onderneming op de Voormalig partner. Tegen deze manier van verrekenen heeft de Voormalig partner geprocedeerd bij de kantonrechter en het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Uit de procedure bij het hof volgt dat Dochtervennootschap II gehouden is de achterstallige huur en de huurprijs over de resterende looptijd te voldoen. Daarmee is Dochtervennootschap II een bedrag van € 212.814,54 aan de Voormalig partner verschuldigd, dat tot op heden nog niet is voldaan.

De Voormalig partner meent dat sprake is van verhaalsfrustratie door DGA, de Onderneming en Dochtervennootschap I door (i) over te gaan op turboliquidatie nadat de eerst winstgevende activiteiten van Dochtervennootschap II zijn overgeheveld naar Dochtervennootschap I, en (ii) door eind 2019 te besluiten tot een dividenduitkering vanuit Dochtervennootschap II van € 300.000. Volgens de Voormalig partner is het te wijten aan onrechtmatig handelen door DGA, de Onderneming en Dochtervennootschap I dat hij zijn vordering op Dochtervennootschap II niet meer kan incasseren.

De Voormalig partner vordert in conventie onder andere hoofdelijke veroordeling van DGA, de Onderneming en Dochtervennootschap I tot betaling van, na wijziging van de eis, een bedrag van € 232.814,54.

Beoordeling

De rechtbank herhaalt eerst het algemene juridische kader voor de beoordeling van onrechtmatig handelen van bestuurders. De rechtbank overweegt vervolgens als volgt:

i. In lijn met vaste rechtspraak (zie HR 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1058) rust op de Onderneming een verzwaarde motiverings- of betwistplicht. Van de Onderneming mag worden verwacht dat zij ter motivering van haar verweer tegen de stellingen van de Voormalig partner concrete informatie verschaft over feiten die in haar domein liggen, zoals informatie uit de administratie van Dochtervennootschap II. De rechtbank stelt vast dat de Onderneming niet aan deze plicht heeft voldaan.

ii. Uit de jaarrekening van Dochtervennootschap II volgt dat Dochtervennootschap II de

gehele huurverplichting tegenover de Voormalig partner uit de boeken heeft gehouden. DGA, de Onderneming en Dochtervennootschap I hebben geen gegevens overlegd waaruit iets anders blijkt, waardoor de rechtbank ervan uitgaat dat over 2020 en bij liquidatie geen rekening is gehouden met de achterstallige en lopende huurverplichtingen aan de Voormalig partner. Dat is op zichzelf onzorgvuldig van de Onderneming als bestuurder van Dochtervennootschap II. De Onderneming moest namelijk op dat moment ernstig rekening houden met het bestaan van de huurverplichting tegenover de Voormalig partner.

iii. Het valt niet uit te sluiten dat in het kader van de liquidatie onrechtmatige selectieve betaling heeft plaatsgevonden.

iv. Dochtervennootschap II is enkele maanden voor haar opheffing gestopt met de (succesvolle) online verkoop van merkartikelen. De verkoop is vervolgens voortgezet vanuit Dochtervennootschap I. De Onderneming had (als bestuurder) die activiteiten niet mogen verplaatsen naar Dochtervennootschap I zonder verhaal te bieden voor de huurvordering van de Voormalig partner. De Onderneming wist dat verplaatsing van de online verkoop tot gevolg zou hebben dat Dochtervennootschap II haar winstgevende activiteit zou verliezen en daardoor niet de huurverplichting zou kunnen voldoen. Hierdoor valt de Onderneming een persoonlijk ernstig verwijt te maken.

Gelet op deze punten oordeelt de rechtbank dat de Onderneming aansprakelijk is voor de schade die de Voormalig partner heeft geleden als gevolg van het onrechtmatig verplaatsen van de activiteiten van Dochtervennootschap II naar Dochtervennootschap I. Hetzelfde geldt op grond van artikel 2:11 BW voor DGA.

Daarnaast oordeelt de rechtbank dat Dochtervennootschap I onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de Voormalig partner door misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen Dochtervennootschap II en Dochtervennootschap I. De wetenschap van de Onderneming als bestuurder van beide vennootschappen is toerekenbaar aan Dochtervennootschap I, want door mee te werken aan de verplaatsing van de online verkoop wist of behoorde zij te weten dat zij de Voormalig partner met een onverhaalbare huurvordering op Dochtervennootschap II zou opzadelen. Door hieraan mee te werken heeft Dochtervennootschap I een eigen onrechtmatige daad gepleegd tegenover de Voormalig partner.

Als laatste stelt de rechtbank de schade van de Voormalig partner gelijk aan de achterstallige huurvordering en de verschuldigde proceskosten. DGA, de Onderneming en Dochtervennootschap I zijn hoofdelijk aansprakelijk.

M. Deppe, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 02-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:3934

Zaaknummer: C/16/538620 / HA ZA 22-273

Rechters: H.J. ter Meulen

Advocaten: C.J. van Dijk en R.A.F. Harmsen

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Sequa Petroleum N.V.

OK; enquête. Een minderheidsaandeelhouder verzoekt de OK een enquête te gelasten en een onmiddellijke voorziening te treffen, namelijk benoeming van een tijdelijke bestuurder met beslissende stem of een tijdelijke commissaris met beslissende stem. De OK oordeelt dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken, die een onderzoek rechtvaardigen. Daaraan legt de OK ten grondslag dat in de jaren 2020 en 2021 geen aandeelhoudersvergaderingen zijn gehouden; voor de jaarstukken 2019 en 2020 geen accountantsverklaring is afgegeven; de omvang van de raad van commissarissen sinds medio 2019 niet voldoet aan het in de statuten genoemde minimum; volgens de jaarrekening 2020 er een bepaald bedrag aan liquide middelen was terwijl het twijfelachtig is of deze middelen wel vrijelijk beschikbaar waren, maar in de aandeelhoudersvergadering wel is gemeld dat vrijelijk over deze tegoeden kon worden beschikt; onvoldoende schriftelijke controleerbare informatie is verstrekt aan de aandeelhouders over bepaalde transacties. De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken en benoemt een nader aan te wijzen en bekend te maken persoon tot commissaris met beslissende stem.

Inleiding

Sequa Petroleum N.V. ('Sequa') is een olie- en gasonderneming. Nadat enkele eerdere projecten wegens gebrek aan perspectief zijn gestaakt, heeft Sequa in 2022 met twee Afrikaanse partijen een joint venture gesloten om onderdelen te kopen van een *offshore* olieveld bij Angola van Sonangol, de Angolese staatsoliemaatschappij ('de Angola-transactie'). Verzoekster, ADS Securities LLC ('ADS'), is sinds enkele jaren aandeelhouder (36,3%) van

Sequa.

ADS stelt dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Sequa die een onderzoek rechtvaardigen. ADS stelt dat de *checks and balances* bij Sequa ondermaats zijn en dat de informatieverstrekking aan de aandeelhouders door Sequa, ook over de joint venture, tekortschiet. Er is in de jaren 2020 en 2021 geen aandeelhoudersvergadering gehouden. De jaarstukken 2019 en 2020 zijn niet gecontroleerd door een accountant, maar wel geagendeerd voor de aandeelhoudersvergadering om te worden vastgesteld. Ook voldoet de raad van commissarissen sinds 2019 niet aan de statutaire eis dat deze minstens uit drie personen bestaat. Dat is nog niet hersteld, ondanks de toezegging van het bestuur dat in de vacatures zou worden voorzien.

Over de reden waarom de accountant van Sequa de controle van de jaarrekeningen 2019 en 2020 niet heeft afgerond, zijn volgens ADS onjuiste verklaringen verstrekt. Dat de jaarrekeningen ondanks het ontbreken van een accountantsverklaring een juist beeld geven, kan niet worden aangenomen, omdat is gebleken dat de bij Shard Capital Partners LLP ('Shard') aangehouden liquide middelen niet direct en op eerste verzoek door Shard worden verstrekt. Het vermelden van die middelen in de jaarstukken onder het kopje '*cash and cash equivalents*' is daarom onterecht.

Ook de vragen van ADS over de joint venture en de Angola-transactie zijn voorafgaand, tijdens en na de aandeelhoudersvergadering van juni 2022 onvoldoende (verifieerbaar) beantwoord, waardoor ADS die transactie niet kan beoordelen. Dat klemmt volgens ADS temeer omdat bij de investeringen die Sequa eerder heeft gedaan, het volledige geïnvesteerde vermogen van in totaal \$ 142,2 miljoen verloren is gegaan. Dat schept geen vertrouwen voor het slagen van de Angola-transactie. Voor de Angola-transactie zal Sequa al haar resterende liquide middelen moeten aanwenden; het is daarmee een 'alles of niets'-transactie.

Beoordeling OK

De OK is van oordeel dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Sequa, die een onderzoek rechtvaardigen. Daartoe overweegt de OK het volgende.

In de jaren 2020 en 2021 heeft Sequa geen aandeelhoudersvergaderingen gehouden. Uitgangspunt is dat op Sequa de wettelijke en statutaire verplichting rust jaarlijks aandeelhoudersvergaderingen te houden. Dat in 2020 en 2021 geen aandeelhoudersvergaderingen zijn gehouden, roept daarom vragen op.

Voor de jaarstukken van Sequa over 2019 en 2020 is geen accountantsverklaring afgegeven.

Een en ander roept vragen op over de wijze waarop Sequa de problemen met het verkrijgen van de accountantsverklaringen heeft geadresseerd. Daarnaast is het de vraag of Sequa ADS juist heeft geïnformeerd over de reden van het ontbreken van de twee accountantsverklaringen.

De OK constateert dat de omvang van de raad van commissarissen van Sequa al sinds medio 2019 niet voldoet aan het in haar statuten genoemde minimum. De bezwaren die ADS reeds bij brief op dit vlak kenbaar maakte, hebben tot op heden niet geleid tot verandering, laat staan tot verbetering, van de samenstelling van raad van commissarissen van Sequa.

De OK acht niet goed begrijpelijk waarom Sequa niet van aanvang af heeft bewerkstelligd dat haar kasgelden op een normale bankrekening bij een goed bekend staande financiële instelling werden aangehouden, in plaats van bij een instelling, Shard, die daarvoor geen vergunning heeft. Uit hetgeen Sequa heeft aangevoerd, leidt de OK af dat twijfelachtig is dat die tegoeden steeds vrijelijk beschikbaar zijn en waren. Het is onduidelijk of Sequa die tegoeden in haar jaarstukken terecht onder het kopje '*cash and cash equivalents*' heeft opgenomen. Dat brengt mee dat vooralsnog niet kan worden beoordeeld of de informatieverstrekking daarover aan de aandeelhouders aan de daaraan te stellen maatstaven voldeed.

De OK acht de door Sequa vooraf verstrekte schriftelijke informatie over de joint venture en de Angola-transactie naar voorlopig oordeel onvoldoende, met name door het ontbreken van enig inzicht over het te verwachten rendement en de mogelijke risico's. Over de relevante kwesties is mondeling in de algemene vergadering wel meer concrete informatie verstrekt, maar aandeelhouders is geen mogelijkheid verstrekt die informatie op juistheid te controleren. De aandeelhoudersgoedkeuring voor de Angola-transactie zou immers in diezelfde vergadering moeten worden gegeven. Dat die goedkeuring wordt gevraagd voordat het *due diligence* onderzoek was voltooid en rapporten van deskundige derden nog niet waren afgerond, doet twijfel rijzen over de mate waarin (het bestuur van) Sequa de algemene vergadering in staat heeft willen stellen zich daadwerkelijk een eigen oordeel over de transactie te vormen.

Beslissing OK

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Sequa. De OK is van oordeel dat de toestand van Sequa het nodig maakt een commissaris (met beslissende stem) te benoemen en benoemt een nog nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot commissaris van Sequa.

S.G.H. Nieuwendijk, september 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1756

Zaaknummer: 200.324.502/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, A.W.H. Vink, M.A.M. Vaessen, A.J.C.C.M. Loonen en V.G. Moolenaar

Advocaten: V.R. Vroom, B. Kemp, W.M. Smelt, R.M. Leeuwenburgh, S.V. Stephenson en J. van Hemel

Wetsartikelen: 2:349a BW, 2:346 BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Enquête B.V. Huizenmij

OK; enquête. De enig aandeelhouder van de vennootschap is een Stak, waarbinnen de erfgenamen van de oorspronkelijke oprichters van de vennootschap vertegenwoordigd zijn. Binnen het bestuur van de Stak ontstaat ruzie, waarna enkele bestuurders niet meer op de algemene vergadering van de vennootschap komen opdagen. Daardoor kan de Stak niet worden vertegenwoordigd en kunnen binnen de algemene vergadering geen besluiten meer worden genomen. De vennootschap verzoekt zelf om een enquête en verzoekt daarbij dat alle aandelen in de vennootschap worden overgedragen aan een beheerder. De OK wijst het verzoek toe.

Het feitencomplex van de enquêteprocedure inzake B.V. Huizenmij ('Huizenmij') is complex, maar komt in de kern op het volgende neer. Huizenmij is een vastgoedonderneming die eind 19e eeuw door twee families is opgericht. Alle aandelen in de vennootschap worden gehouden door een Stak, die de aandelen heeft gecertificeerd. Beide families zijn gelijk vertegenwoordigd in het bestuur van de Stak. Het bestuur van de Stak fungeert in feite als de algemene vergadering van Huizenmij.

Door het overlijden van bepaalde familieleden en ruzie tussen andere familieleden is de samenstelling binnen het bestuur van de Stak veranderd. Dit heeft tot aanvullende conflicten geleid.

Binnen één familie speelt het probleem dat vanwege het overlijden van een familielid de familie een groot bedrag aan successierechten moet betalen. Het idee is dat deze familie een superdividend krijgt. De andere familie heeft geen belangstelling in dat dividend en krijgt daarom preferente aandelen, zodat zij de komende jaren via preferent dividend gecompenseerd kan worden.

Vanwege groeiende conflicten binnen het bestuur van de Stak weigeren twee bestuurders nog

op algemene vergaderingen van Huizenmij te komen. Daardoor kan de Stak niet worden vertegenwoordigd en kunnen binnen de algemene vergadering geen besluiten meer worden genomen, waaronder het besluit tot vaststelling van de jaarrekening en het uitkeren van het superdividend.

Huizenmij wil dat de impasse binnen de algemene vergadering wordt doorbroken en verzoekt zelf om een enquête. Zij verzoekt daarbij dat de aandelen die door de Stak worden gehouden bij wijze van onmiddellijke voorziening worden overgedragen aan een beheerder. De weigerachtige bestuurders van de Stak ontkennen de impasse niet, maar voeren aan dat de impasse is veroorzaakt door de opstelling van andere bestuurders.

De OK overweegt dat de vennootschap zorgvuldigheid heeft te betrachten jegens de certificaathouders en dat de uitkering van een superdividend daartoe de aangewezen weg is. Ook overigens is de impasse in de algemene vergadering van Huizenmij volgens de OK bezwaarlijk, nu de vennootschap voor ingrijpende beslissingen staat. Dit vergt constructief inhoudelijk overleg met haar aandeelhouder en certificaathouders, dat nu niet plaatsvindt.

De OK gelast een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Huizenmij en draagt bij wijze van onmiddellijke voorziening de aandelen in Huizenmij ten titel van beheer over aan een beheerder.

S.L. Haanschoten, september 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 06-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1900

Zaaknummer: 200.325.125/01OK

Rechters: A.W.H. Vink, J.M. de Jongh, M.A.M. Vaessen, A.G. Thomassen en M.J.R. Broekema

Advocaten: M.P.H. Sanders, J.S. Mennema, J. Stikkelbroeck, G.C. Endedijk en S. Knottnerus

Wetsartikelen: 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Cassatieberoep enquêtebeschikking Funda

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep tegen de beschikking van de OK waarin een enquête is gelast bij Funda. De Hoge Raad overweegt dat het bevelen van een enquête een discretionaire bevoegdheid van de OK is, die moet zijn gestoeld op een afweging van de betrokken belangen. Het handelen van een organisatorisch met de rechtspersoon verbonden andere rechtspersoon, bijvoorbeeld een middellijk aandeelhouder, kan vallen onder het bereik van het beleid en de gang van zaken van die eerstbedoelde rechtspersoon.

De Hoge Raad oordeelt voorts dat artikel 2:8 BW, net als veel andere bepalingen van Boek 2 BW, is geformuleerd vanuit het perspectief van één rechtspersoon. Voor de uitleg van dergelijke bepalingen van Boek 2 BW kan van belang zijn dat sprake is van een organisatorisch verband van rechtspersonen. De omstandigheden van het geval kunnen daarom meebrengen dat onder de reikwijdte van artikel 2:8 lid 1 BW ook de organisatorisch verbonden rechtspersoon vallen en degenen die krachtens de wet en de statuten bij die organisatorisch verbonden rechtspersoon zijn betrokken.

In een uitgebreide wenk onder de samenvatting analyseert en duidt Stijn Haanschoten beide onderdelen van deze uitspraak.

Deze samenvatting betreft het cassatieberoep tegen de Funda-beschikking van de OK van 10 februari 2022. Zie voor een bespreking van die zaak OR 2022-0057.

Feiten

Het platform Funda is in 2000 ontstaan op initiatief van NVM. Funda B.V. ('Funda') is hierbij opgericht als zelfstandige rechtspersoon, die juridisch en operationeel op afstand van NVM

zou staan. NVM is echter wel indirect, via haar dochteronderneming NVM Holding B.V. ('NVM Holding'), de belangrijkste aandeelhouder van Funda; zij vertegenwoordigt 90% van de stemrechten in de algemene vergadering.

De overige 10% van de stemrechten wordt gehouden door STAK Funda. STAK Funda heeft certificaten van de door haar gehouden aandelen uitgegeven om werkkapitaal te vergaren. NVM Holding houdt ruim 11% van die certificaten. De overige certificaten zijn uitgegeven aan NVM-leden die zich hadden ingeschreven. NVM Holding en de certificaathouders houden een winstrecht van 70,6% respectievelijk 29,4%.

Verschillende partijen hebben door de jaren heen hun interesse kenbaar gemaakt om te investeren in Funda. De waarderingen van de onderneming op basis waarvan geïnteresseerde partijen zeiden te willen investeren, waren veel hoger dan de waarde waartegen certificaten werden verhandeld tussen certificaathouders. Bij een deel van de certificaathouders is de wens ontstaan te profiteren van de waardeontwikkeling van de aandelen in Funda. Verschillende certificaathouders hebben zich bij STAK Funda, Funda of NVM gemeld met het verzoek de interesse van de investeerders sterk in overweging te nemen.

NVM Holding vindt dat Funda zich bij het bepalen van haar strategie dient te richten naar de belangen van NVM en haar leden. Funda daarentegen vindt dat zij om succesvol te blijven, autonoom haar strategie moet kunnen bepalen.

Deze discrepantie heeft ertoe geleid dat de vereniging FundaBelang, die 89 houders van certificaten van aandelen vertegenwoordigt, de OK heeft gevraagd een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Funda.

Oordeel OK

De OK heeft het verzoek toegewezen. Zij overweegt daarbij dat NVM Holding als groootaandeelhouder de schakel vormt tussen NVM en haar leden enerzijds en Funda anderzijds. Het succes en de verdere groei van Funda worden als een potentiële bedreiging gezien door de actieve NVM-leden. Een beperking van de vrijheid van Funda om te innoveren en te groeien, belemmert volgens de OK mogelijk het bestendige succes van Funda's onderneming. De certificaathouders hebben een gerechtvaardigd belang bij waardevermeerdering van hun certificaten en een deel van hen wil na twintig jaar een reële mogelijkheid om die waarde door verkoop te realiseren. De OK meent dat toetreding van een strategische externe aandeelhouder die mogelijkheid zou kunnen bieden, maar dit betekent wel een beperking van de zeggenschap van NVM Holding en daarmee de invloed van de NVM-leden. De OK overweegt dat tegen die achtergrond NVM Holding al jaren probeert tot besluitvorming te komen over de toekomst van de aandeelhoudersstructuur, de positie van

Funda, het al dan niet toetreden van een derde aandeelhouder en een mogelijke exit voor de certificaathouders. Dit slaagt echter steeds niet.

De OK overweegt dat in de gegeven omstandigheden de op grond van artikel 2:8 BW op NVM en NVM Holding, als (middellijk) meerderheidsaandeelhouders, rustende zorgvuldigheidplicht meebrengt dat zij Funda, STAK Funda en de certificaathouders niet langer in het ongewisse mogen laten en dat zij een heldere keuze moeten maken over de toekomst van de aandeelhoudersstructuur, de positie van Funda en een mogelijke exit voor de certificaathouders.

De OK is daarom van oordeel dat het onvermogen van NVM en NVM Holding om een dergelijk besluit te nemen, in samenhang gezien met de invloed die dat heeft gehad en heeft op de ontwikkeling en de uitvoering van de strategie van Funda en de door haar gedreven onderneming, een gegronde reden oplevert om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Funda.

Het cassatieberoep

NVM heeft cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van de OK. De Hoge Raad gaat in zijn arrest in op twee klachten.

De eerste klacht stelt de vraag aan de orde of het handelen van NVM als indirect aandeelhouder onderwerp van de enquêteprocedure kan zijn. Hoewel de Hoge Raad dit middel verwerpt vanwege een gebrek aan feitelijke grondslag, wijdt hij wel een overweging ten overvloede aan het onderwerp.

De Hoge Raad overweegt dat het bevelen van een enquête een discretionaire bevoegdheid van de OK is, die moet zijn gestoeld op een afweging van de betrokken belangen. Daarbij moeten mede de aard van het tussen de verzoekers en de rechtspersoon bestaande geschil worden betrokken en de bezwaren tegen een ruime toepassing van het enquêtemiddel. Daarmee strookt dat ook het handelen van een organisatorisch met de rechtspersoon verbonden andere rechtspersoon, bijvoorbeeld een middellijk aandeelhouder, kan vallen onder het bereik van het beleid en de gang van zaken van die eerstbedoelde rechtspersoon.

Of bepaald handelen onder het bereik van het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon valt, is afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden kunnen, aldus de Hoge Raad, onder meer behoren: de hoedanigheid of functie van degene wiens handelingen het betreft, diens organisatorische verbondenheid met of betrokkenheid bij de rechtspersoon waarop het enquêteverzoek betrekking heeft, en diens invloed, al dan niet rechtstreeks, op het beleid en de gang van zaken

van die rechtspersoon. Niet noodzakelijk is dat degene om wiens handelen het gaat, ook bestuurder is van de rechtspersoon of met die rechtspersoon in een groep is verbonden.

De tweede klacht stelt dat de OK ten onrechte heeft geoordeeld dat NVM als indirect aandeelhouder van Funda onder de reikwijdte van artikel 2:8 BW valt. Op die grond kan op NVM geen zorgvuldigheidsplicht rusten zoals de OK heeft aangenomen, zo wordt aangevoerd.

De Hoge Raad oordeelt dat artikel 2:8 BW, net als veel andere bepalingen van Boek 2 BW, is geformuleerd vanuit het perspectief van één rechtspersoon. Voor de uitleg van dergelijke bepalingen van Boek 2 BW en de toepassing daarvan in een concreet geval kan van belang zijn dat sprake is van een organisatorisch verband van rechtspersonen. De omstandigheden van het geval kunnen daarom meebrengen dat onder de reikwijdte van artikel 2:8 lid 1 BW ook de organisatorisch verbonden rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij die organisatorisch verbonden rechtspersoon zijn betrokken, vallen.

De Hoge Raad voegt daaraan toe dat ook buiten het toepassingsbereik van artikel 2:8 lid 1 BW concrete zorgvuldigheidsnormen kunnen voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid en uit hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Wenk

Inleiding

De beschikking van de OK van 10 februari 2022 was op zichzelf al een belangrijke uitspraak voor de verhoudingen binnen de vennootschap. De OK benadrukte in die beschikking dat een aandeelhouder bij de uitoefening van zijn rechten in beginsel zijn eigen belang tot richtsnoer mag nemen, maar dat hij het belang van de vennootschap in beginsel niet mag veronachtzamen. Naarmate zijn invloed op de vennootschap en haar onderneming groeit en naarmate meer belangen van andere betrokkenen in het geding zijn, dient een aandeelhouder volgens de OK in het algemeen meer gewicht toe te kennen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. In bijzondere omstandigheden kan dit zelfs meebrengen dat een meerderheidsaandeelhouder het belang van de vennootschap dient te laten prevaleren boven zijn eigen belangen. Deze overweging is niet per se nieuw of verrassend, maar het geeft wel helder en kort weer hoe de OK de rol van een meerderheidsaandeelhouder binnen de vennootschap ziet.

Deze beschikking van de Hoge Raad is eveneens belangrijk, maar om een andere reden. De Hoge Raad erkent dat Boek 2 BW, dat in veel bepalingen uitgaat van een enkele rechtspersoon,

niet altijd recht doet aan de (economische) werkelijkheid waarbinnen die rechtspersoon opereert. Vennootschappen kunnen organisatorisch met elkaar verbonden zijn, zonder dat sprake is van een groep in de zin van artikel 2:24b BW. Onder omstandigheden dienen de bepalingen van Boek 2 BW overeenkomstig te worden uitgelegd. Deze beschikking geeft daarvan twee concrete voorbeelden.

Reikwijdte van de enquête

Het eerste voorbeeld ziet op de reikwijdte van de enquête. De Hoge Raad overweegt dat het handelen van een partij die weliswaar niet direct bij een rechtspersoon (ik noem die hierna: de ‘doelvennootschap’) is betrokken maar daarmee wel organisatorisch is verbonden – zoals een indirect aandeelhouder – onderwerp van enquête op het niveau van die doelvennootschap kan zijn. Wanneer dit aan de orde is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad noemt enkele gezichtspunten, waaronder (i) de hoedanigheid of functie van degene wiens handelen het betreft, (ii) diens organisatorische verbondenheid met of betrokkenheid bij de doelvennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft, en (iii) diens invloed, al dan niet rechtstreeks, op het beleid en de gang van zaken van die doelvennootschap. Niet toevallig precies de omstandigheden die van toepassing zijn op NVM. NVM beschikt immers, als enig aandeelhouder van NVM Holding, over 90% van de zeggenschapsrechten en 29,4% van de winstrechten van Funda. Zij probeert zich, via NVM Holding, intensief met de organisatie van Funda te bemoeien. Dat haar handelen onderdeel kan zijn van de door de OK gelaste enquête bij Funda, verbaast mij dus niet.

Toepassingsbereik artikel 2:8 BW

Het tweede voorbeeld ziet op de reikwijdte van artikel 2:8 BW. De vraag welke partijen wel en niet onder die reikwijdte vallen, is met name voor minderheidsaandeelhouders en -certificaathouders relevant. Zij kunnen in de meeste situaties niet rekenen op specifieke wettelijke bescherming; zij moeten het juist van de bescherming van de redelijkheid en billijkheid hebben. Valt een partij niet binnen de reikwijdte van artikel 2:8 BW, dan zijn er minder opties voor de minderheidsaandeelhouder of -certificaathouder om zijn belangen jegens die partij te beschermen. Dat is immers ook precies wat NVM met haar cassatiemiddel beoogde te bewerkstelligen.

Artikel 2:8 BW richt zich tot degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon – de doelvennootschap – zijn betrokken. De OK legt dit artikel doorgaans ruim uit. Zo meent zij onder meer dat toekomstige aandeelhouders (Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, OR 2017-0178), voormalig aandeelhouders (Hof Amsterdam (OK) 11 juni 2020, OR 2020-0275) of aan de meerderheidsaandeelhouder gelieerde

vennootschappen (Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, OR 2019-0055) onder de reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid kunnen vallen. In de literatuur is wel kritisch op dergelijke uitspraken gereageerd, waarbij onder meer is aangevoerd dat een toekomstig aandeelhouder niet tot de betrokkenen van de vennootschap zou kunnen worden gerekend. Het handelen van een toekomstig aandeelhouder zou volgens die kritiek dan moeten worden beoordeeld aan de hand van artikel 6:162 BW, en niet van artikel 2:8 BW (zie bijv. H.K. Schrama, 'Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang', V&O 2012, afl. 6, p. 101-106).

In deze beschikking maakt de Hoge Raad aan dergelijke discussies een einde. Net zoals bij de reikwijdte van de enquête, dient ook voor de uitleg van artikel 2:8 BW de (economische) werkelijkheid waarbinnen de doelvennootschap opereert in ogenschouw te worden genomen. Organisatorisch met de doelvennootschap verbonden rechtspersonen kunnen dus onder de reikwijdte van het artikel vallen. En dat niet alleen, zelfs de partijen die op hun beurt krachtens de wet en de statuten verbonden zijn aan de 'organisatorisch verbonden rechtspersoon', kunnen onder de reikwijdte van artikel 2:8 BW vallen ten opzichte van de doelvennootschap.

In bredere zin overweegt de Hoge Raad dat de redelijkheid-en-billijkheidsnorm ook van toepassing is op partijen die strikt genomen niet onder het wettelijk bereik van artikel 2:8 BW vallen. A-G Assink memoreert in dit verband in zijn conclusie bij deze beschikking dat de redelijkheid en billijkheid een grondnorm van het ondernemingsrecht is, waarbij het open, buigzame, intrinsiek contextuele karakter van artikel 2:8 BW relevant is. Daarmee acht hij het aanvaardbaar dat onder omstandigheden de reikwijdte van artikel 2:8 BW kan worden opgerekt. De Hoge Raad is het daarmee eens, en oordeelt dat ook buiten het toepassingsbereik van artikel 2:8 lid 1 BW concrete zorgvuldigheidsnormen kunnen voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid en uit hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Voor de vraag wanneer die omstandigheden aan de orde kunnen zijn, geeft de Hoge Raad géén gezichtspunten. Mijns inziens is het sleutelbegrip in dit verband *actieve betrokkenheid*. Een partij die actief betrokken is bij de doelvennootschap, valt in mijn ogen onder de reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid, ongeacht of hij bijvoorbeeld een indirect aandeelhouder of een toekomstig aandeelhouder is. Het betrokkenheidsbegrip past ook beter bij andere, met de redelijkheid en billijkheid verband houdende leerstukken. Zo kan iedere belanghebbende op grond van artikel 2:15 BW een besluit vernietigen. Het is niet ondenkbaar dat een indirect of toekomstig aandeelhouder als belanghebbende kwalificeert in de zin van dit artikel. Die indirect of toekomstig aandeelhouder heeft dan wel vernietigingsbevoegdheid, maar niet wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW wordt geëist, als wordt aangenomen dat hij niet onder de werkingssfeer ervan valt. Ik zie geen reden voor

deze discrepantie en meen dat een partij die onder de omstandigheden een besluit kan vernietigen, ook onder de reikwijdte van artikel 2:8 BW valt.

In de literatuur is in dit verband wel voorgesteld om de tekst van artikel 2:8 BW aan te passen, bijvoorbeeld door de zin ‘een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken’ te veranderen in ‘een rechtspersoon en de bij de rechtspersoon betrokken belanghebbenden’ (zie o.a. B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid* (diss. Maastricht; VDHI nr. 129), Deventer: Kluwer 2015, nr. 7.7.1.). Wat daarvan zij, met deze beschikking van de Hoge Raad is aanpassing van artikel 2:8 BW niet nodig. Het artikel moet worden uitgelegd met inachtneming van de (economische) werkelijkheid waarbinnen de rechtspersoon zich bevindt. Dit kan er onder omstandigheden toe leiden dat de waaier van partijen die onder de reikwijdte van artikel 2:8 BW vallen vele malen breder is dan de tekst van het artikel suggereert. Vanuit het perspectief van de bescherming van minderheidsaandeelhouders kan ik dat alleen maar toejuichen.

S.L. Haanschoten, september 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 22-09-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:1283

Zaaknummer: 22/01738

Rechters: M.J. Kroeze, C.E. Du Perron, H.M. Wattendorff, F.R. Salomons en F.J.P. Lock

Advocaten: J.W.H. van Wijk, R.J. van Galen, R.L.L.M. Tan, D. Rijpma en B.I. Kraaijpoel

Wetsartikelen: 2:350 BW en 2:8 BW

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