

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 22, 2024

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:2024:1384](#) 04-10-2024

Matiging van en hoofdelijkheid bij schadevergoeding bestuurdersaansprakelijkheid

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2024:1315](#) 27-09-2024

OI European Group B.V./Petróleos de Venezuela S.A. c.s.

Hof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:2954](#) 22-10-2024

Enquête SIGNA Sports United N.V. (III) - bevel rechter-commissaris

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2024:1578](#) 17-09-2024

Bestuurder van B.V. Machinefabriek M.K.B./Groenewoud q.q.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:2388](#) 03-09-2024

Erfgenamen aspirant-bestuurder/Stichting Pensioenfonds UWV

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:2153](#) 30-05-2024

Enquête Image Building c.s. - Omkoping en andere misstanden leiden tot een enquête

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2024:5775](#) 07-10-2024

Jamin Groothandel B.V./Bestuurder indirecte zakenrelatie

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2024:9150](#) 06-09-2024

Hypotheekgevers/Overzeese Producten Handelsmaatschappij B.V. - Verklaring waardeloosheid recht van hypotheek ontbonden vennootschap

RECHTSPRAAK

Erfgenamen aspirant-bestuurder/Stichting Pensioenfonds UWV

De Stichting Pensioenfonds UWV besluit een aspirant-bestuurslid wegens onvoldoende geschiktheid niet te benoemen tot bestuurslid en zijn aspirant-bestuurslidmaatschap met onmiddellijke ingang te beëindigen. Daarop spant hij een procedure aan, stellend dat desbetreffende besluiten (ver)nietig(baar) zijn en dat hij recht is blijven houden op de vergoeding voor aspirant-bestuursleden. Na zijn overlijden zetten zijn erfgenamen de procedure voort. Het hof oordeelt dat de erven geen belang hebben bij hun vorderingen. Het enkele feit dat de aspirant-bestuurder door de stichting niet (voldoende) geschikt werd geoordeeld voor lidmaatschap van haar bestuur, levert op zichzelf geen aantasting op van zijn reputatie. Volgens het beloningsbeleid had de aspirant-bestuurder geen vacatiegeld ontvangen bij vernietiging van het besluit.

Feiten

De Stichting Pensioenfonds UWV ('de Stichting') heeft bij besluiten van 9 december 2021 besloten om [naam], die eerder was benoemd tot aspirant-bestuurslid, wegens onvoldoende geschiktheid daarvoor niet te benoemen tot bestuurslid en zijn aspirant-bestuurslidmaatschap met onmiddellijke ingang te beëindigen. [Naam], en later de erven, stellen dat die besluiten nietig althans vernietigbaar zijn en dat [naam] daarom ook na 1 december 2021 zijn status van aspirant-bestuurslid heeft behouden met recht op de bijbehorende vacatievergoeding.

De Stichting heeft gekozen voor een zogenoemd 'paritair' bestuursmodel als bedoeld in artikel 100 Pensioenwet. Een dergelijk paritair bestuur is samengesteld uit vertegenwoordigers van de werkgevers, werknemers en pensioengerechtigden, nader uitgewerkt in de statuten van de Stichting. De voor het geschil relevante feiten hebben plaatsgevonden in de periode dat de

op 10 november 2021 vastgestelde statuten van de Stichting ('de Statuten') van kracht waren.

Volgens artikel 7 lid 1 aanhef en sub c van de Statuten komen voor het zijn van bestuurslid namens de (pre)pensioengerechtigden slechts kandidaten in aanmerking die door de (pre)pensioengerechtigden zijn gekozen op de wijze als is omschreven in het verkiezingsreglement dat door het bestuur is opgesteld ('het verkiezingsreglement'). Dit verkiezingsreglement introduceert in de artikelen 1, 6 lid 6 en 8 lid 1 het begrip aspirant-bestuurslid. Als de door de (pre)pensioengerechtigden gekozen kandidaat met de meeste stemmen (nog) niet voldoet aan het functieprofiel maar naar verwachting op de aanvangsdatum van het bestuurslidmaatschap daaraan wel zal voldoen, wordt deze kandidaat door het bestuur in eerste instantie benoemd tot aspirant-bestuurslid.

Alle kandidaten voor benoeming tot bestuurslid van de Stichting worden volgens de Statuten (art. 7 lid 9) beoordeeld op geschiktheid en betrouwbaarheid conform de Pensioenwet en de vereisten in het functieprofiel. Indien zij een kandidaat geschikt acht, legt het bestuur de voorgenomen benoeming tot bestuurder voor aan de raad van toezicht, die de benoeming kan beletten (art. 7 lid 11). Indien de raad van toezicht de benoeming niet belet, wordt de kandidaat benoemd tot bestuurslid (art. 7 lid 12). Indien naar het oordeel van het bestuur of de raad van toezicht een door de (pre)pensioengerechtigden gekozen kandidaat niet aan de eisen voldoet, wordt in volgorde van de kiesresultaten de eerste kandidaat benoemd die wel aan de gestelde eisen voldoet, en als geen van de kandidaten aan de gestelde eisen voldoet, worden nieuwe verkiezingen georganiseerd (art. 7 lid 14). Voor elke kandidaat voor het bestuurslidmaatschap geldt daarnaast dat de benoeming niet wordt doorgevoerd als De Nederlandsche Bank N.V. binnen de voorgeschreven termijn bekendmaakt niet in te stemmen met de benoeming en het bestuur daartegen geen procedure begint; alsdan wordt de benoemingsprocedure met een andere kandidaat doorlopen (art. 7 leden 15 en 16).

[Naam] is in de zomer van 2020 door de (pre)pensioengerechtigden gekozen om als hun vertegenwoordiger zitting te nemen in het bestuur ter invulling van een vacature die op 1 juli 2021 zou ontstaan. Het bestuur heeft vervolgens [naam] op 17 september 2020 benoemd als aspirant-bestuurslid namens de (pre)pensioengerechtigden. [Naam] heeft daarna, als onderdeel van de positie van aspirant-bestuurslid en het daaraan gekoppelde programma ter voorbereiding van zijn beoogd bestuurslidmaatschap per 1 juli 2021, (met succes) verschillende opleidingen gevolgd en trajecten doorlopen en heeft, formeel als toehoorder, de vergaderingen van het bestuur en commissies bijgewoond en daaraan mogen deelnemen. Ook heeft hij deelgenomen aan kennissessies. Als aspirant-bestuurslid heeft [naam] een vacatievergoeding van € 1.458,33 per maand ontvangen.

Nadat zijn beoogde benoeming tot bestuurslid per 1 juli 2021 eerder al eens was uitgesteld,

heeft het bestuur [naam] in november 2021 laten weten hem niet geschikt te oordelen voor het zijn van bestuurder. Nadat [naam] niet bereid bleek zijn kandidatuur in te trekken, heeft het bestuur tijdens een bestuursvergadering van 9 december 2021 blijkens de notulen (onder meer) de volgende twee besluiten genomen ('de Besluiten'): 1. [naam] niet te benoemen als bestuurslid namens de (pre)pensioengerechtigden; 2. het aspirant-lidmaatschap van het bestuur voor [naam] per direct te beëindigen.

[Naam] heeft na november 2021 geen vacatievergoeding meer ontvangen. [Naam] heeft zich niet neergelegd bij de Besluiten, en bij dagvaarding van 14 november 2022 bij de rechtbank een procedure tegen de Stichting aangespannen. Hangende deze procedure is [naam] in 2023 overleden. De erven hebben de procedure op de voet van artikel 225 in verbinding met artikel 227 Rv voortgezet.

Oordeel

Uit de inleidende dagvaarding blijkt dat [naam] met de vernietiging van de Besluiten en de gevorderde verklaringen voor recht wilde bereiken, kort gezegd, behoud van zijn status van aspirant-bestuurslid met recht op de bijbehorende vacatievergoeding totdat hij (alsnog geschikt daarvoor geworden) zou worden benoemd als bestuurder. Het overlijden van [naam] maakt dat benoeming van bestuurslid niet meer aan de orde is en roept daarom de vraag op of de erven voldoende belang hebben bij hun vorderingen, zoals artikel 3:303 BW eist. Uit het proces-verbaal van de mondelinge behandeling bij de rechtbank blijkt dat die vraag aldaar ter sprake is gekomen. Namens de erven is toen gesteld dat zij nog steeds belang hebben bij toewijzing van de vorderingen om daarmee herstel van de reputatie van [naam] te verkrijgen en om de vacatievergoeding te verkrijgen waarop [naam] als aspirant-bestuurslid recht had tot de datum van zijn overlijden.

Voor zover de erven zich op het standpunt stellen dat zij voldoende belang hebben bij de vorderingen met het oog op herstel van de reputatie van [naam], hebben zij daarvoor onvoldoende aangevoerd. Het enkele feit dat [naam] door de Stichting niet (voldoende) geschikt werd geoordeeld voor lidmaatschap van haar bestuur, levert op zichzelf niet een aantasting op van de reputatie van [naam], althans hebben de erven niet duidelijk gemaakt waarom dat zo zou zijn of waaruit dat blijkt. Dat [naam] wellicht zelf de beslissing van het bestuur heeft ervaren als oneervol wil niet zeggen dat ook naar objectieve maatstaven zijn reputatie is aangetast. Dat sprake is van dat laatste blijkt uit niets, en de erven hebben ook niets daarover gesteld.

De erven stellen zich op het standpunt dat de Besluiten nietig of vernietigbaar zijn en dat het gevolg daarvan is dat [naam] ook na 9 december 2021 de status van aspirant-bestuurslid heeft

behouden. Daarom heeft hij volgens de erven ten onrechte na 1 december 2021 niet de vacatievergoeding ontvangen waarop hij als aspirant-bestuurslid recht had volgens het door de Stichting vastgestelde Beloningsbeleid 2021. De Stichting heeft hiertegen aangevoerd dat ook als [naam] na 9 december 2021 aspirant-bestuurslid was gebleven, hij na 1 december 2021 toch geen vacatievergoeding zou hebben gekregen. Het 'Beloningsbeleid 11 februari 2021' waarop de erven zich beroepen en dat van kracht is geworden tegelijk met de statutenwijziging van 10 november 2021 kent, anders dan het eerdere 'Beloningsbeleid 21 maart 2018' geen vergoeding voor aspirant-bestuursleden, zodat na 1 december 2021 geen enkel aspirant-bestuurslid nog een vacatievergoeding heeft ontvangen, aldus de Stichting.

Dit verweer van de Stichting treft doel. Het hof stelt vast dat het 'Beloningsbeleid 11 februari 2021' niet voorziet in een vergoeding voor aspirant-bestuursleden. Dat het nieuwe beloningsbeleid geen overgangsrecht kent, tast niet de rechtsgeldigheid aan van (het besluit van het bestuur tot vaststelling van) het 'Beloningsbeleid 11 februari 2021', althans de erven hebben daarover niets gesteld, nog daargelaten het verstrijken van de daarvoor geldende termijn (vgl. art. 2:15 lid 5 BW). Een en ander betekent dat [naam] na 1 december 2021 ook geen recht meer had op een vacatievergoeding als hij na 9 december 2021 aspirant-bestuurslid was gebleven.

Redactie, november 2024

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-09-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:2388

Zaaknummer: 200.335.600/01

Rechters: J.M. van den Berg, J.F. Aalders en P.J. van Eekeren

Advocaten: D. van der Wal en E. Luttjens

Wetsartikelen: 227 Rv, 225 Rv, 3:303 BW en 2:15 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

OI European Group B.V./Petróleos de Venezuela S.A. c.s.

Een aandeelhouder lijdt schade doordat de Boliviaanse Republiek Venezuela fabrieken van een Venezolaans staatsoliebedrijf heeft onteigend. De aandeelhouder wil haar schade verhalen op zowel Venezuela als het staatsoliebedrijf en haar deels Nederlandse dochtermaatschappijen. Zij bepleit daarbij de vereenzelviging van het concern en Venezuela. Ook doet zij een beroep op onrechtmatige verhaalsfrustratie. In hoger beroep zijn de vorderingen van de aandeelhouder afgewezen. A-G Assink concludeert dat de cassatieklachten tegen dit oordeel moeten worden afgewezen. De Hoge Raad doet de zaak af met een beroep op artikel 81 lid 1 RO.

Partijen

De OI European Group B.V. ('OIEG') is medeaandeelhouder geweest van twee Venezolaanse vennootschappen. Twee fabrieken van deze vennootschappen zijn in 2010 door de Boliviaanse Republiek Venezuela ('Venezuela') onteigend. OIEG heeft als medeaandeelhouder hiervoor geen compensatie ontvangen.

Petróleos de Venezuela S.A. ('PDVSA') is het staatsoliebedrijf van Venezuela. Zij is de moedermaatschappij van onder andere een aantal Nederlandse vennootschappen. PDVSA wordt in deze zaak gezamenlijk met haar dochtermaatschappijen ('PDVSA c.s.') door OIEG aangesproken voor de schade die Venezuela heeft veroorzaakt.

Feiten

Door de onteigening van twee fabrieken door de staat Venezuela heeft OIEG schade geleden. OIEG vordert de hoofdelijke veroordeling van Venezuela en PDVSA c.s. tot betaling van schadevergoeding. Daarbij stelt OIEG dat sprake is van vereenzelviging van Venezuela en PDVSA c.s. In eerste aanleg zijn de vorderingen van OIEG afgewezen. In hoger beroep bespreekt het hof de vereenzelviging naar Nederlands en Venezolaans recht. Volgens OIEG

bestaat voldoende aanleiding voor vereenzelviging, omdat Venezuela in haar staatsbedrijf PDVSA c.s. feitelijk en juridisch alle zeggenschap heeft. Verder bepaalt zij volledig het beleid van het bedrijf. Bovendien presenteert PDVSA zich ook naar buiten toe als overheidsorgaan met een publieke agenda. Volgens OIEG moet daarom het identiteitsverschil tussen Venezuela en PDVSA c.s. volledig worden weggedacht. De Nederlandse dochtervennootschappen zouden zich verschuilen achter hun (schijn)rechtspersoonlijkheid. OIEG stelt dat vereenzelviging de enige manier is om haar schade te verhalen, omdat de executie van vermogensbestanddelen in Venezuela onmogelijk is.

Uitspraak van het Hof

In hoger beroep worden alle vorderingen van OIEG afgewezen. Bij de beoordeling of in deze zaak sprake is van vereenzelviging naar Nederlands recht hanteert het hof een maatstaf die de Hoge Raad in r.o. 3.5 van het *Rainbow*-arrest heeft opgesteld. Zo moeten de omstandigheden van het voorkomend geval zodanig uitzonderlijk zijn, dat vereenzelviging de meest aangewezen vorm van redres is. In het voorliggende geval is volgens het hof wel sprake van uitzonderlijke omstandigheden. Venezuela heeft uiteindelijk de volledige of overheersende zeggenschap over de Nederlandse dochtervennootschappen van PDVSA. Dit betekent echter niet dat sprake is van schijnrechtspersoonlijkheid van deze vennootschappen. Ook betekent dit niet dat hiervan jegens OIEG misbruik is gemaakt. Verder oordeelt het hof dat niet is gesteld of gebleken dat de Nederlandse vennootschappen directe of indirecte bemoeienis hebben gehad met de onteigening. De omstandigheden zijn daarom niet zodanig uitzonderlijk, dat vereenzelviging de meest aangewezen vorm van redres is.

Het beroep van OIEG op onrechtmatige verhaalsfrustratie faalt ook. De omstandigheid dat de opbrengsten van de Nederlandse vennootschappen terugvloeien in de Venezolaanse staatskas betekent niet dat sprake is van verhaalsfrustratie door Venezuela. Ook een misbruik van het identiteitsverschil tussen de dochtervennootschappen en Venezuela kan hieruit niet worden afgeleid.

Uit de beoordeling van de overige grieven blijkt dat het Venezolaanse recht een verdergaande vorm van vereenzelviging kent dan het Nederlandse recht. Alsnog zijn privaatrechtelijke rechtspersonen niet zonder meer aansprakelijk voor de schulden van de Venezolaanse staat, wanneer zij daarmee nauw verweven zijn.

Cassatieklachten

Het cassatiemiddel van OIEG is verdeeld in vier onderdelen. (i) Zij klaagt dat het hof niet de juiste maatstaf heeft toegepast om te beoordelen of vereenzelviging de aangewezen vorm van redres is. Verder stelt zij dat het hof zijn oordeel dienaangaande niet voldoende heeft

onderbouwd. (ii) Bovendien klaagt OIEG over het oordeel van het hof dat geen sprake is van onrechtmatige verhaalsfrustratie. (iii) Ook de beoordeling of sprake is van vereenzelviging naar Venezolaans recht betwist OIEG. (iv) Tot slot voert zij een voortbouwklacht. Deze houdt in dat indien een van de eerste drie onderdelen zou worden toegewezen, alle daarop voortbouwende rechtsoverwegingen zouden moeten worden vernietigd.

Conclusie A-G

Volgens de Advocaat-Generaal B.F. Assink falen alle vier de onderdelen van het cassatiemiddel. Met betrekking tot het eerste onderdeel bespreekt de A-G wat uit de rechtspraak en literatuur blijkt. Hij concludeert dat de Hoge Raad zich terughoudend opstelt bij de beoordeling van omstandigheden als zodanig uitzonderlijk dat vereenzelviging de meest aangewezen vorm van redres is. Een partij die zich beroept op vereenzelviging moet voldoende concreet stellen dat de feitelijke situatie in het voorkomend geval vereenzelviging vereist. Bovendien is een afgewezen beroep op vereenzelviging in cassatie lastig te bestrijden. Dit vloeit voort uit de terughoudendheid van de Hoge Raad en het feit dat de beoordeling van het beroep sterk is gebaseerd op de feitelijke situatie.

De subsidiaire vorderingsgrondslag van de onrechtmatige verhaalsfrustratie ontbeert volgens de A-G een feitelijke grondslag. Hij concludeert daarom dat het tweede onderdeel faalt.

Het derde onderdeel gaat over de beoordeling van vereenzelviging naar Venezolaans recht. Op grond van artikel 79 lid 1, aanhef en sub b RO kan de Hoge Raad de toepassing van buitenlands recht niet op juistheid beoordelen. Daarom faalt dit onderdeel volgens de A-G ook.

Uitspraak van de Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, 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 lid 1 RO.

A. Schulz, november 2024

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 27-09-2024

ECLI: ECLI:NL:HR:2024:1315

Zaaknummer: 23/03293

Rechters: M.J. Kroeze, H.M. Wattendorff en A.E.B. ter Heide

Advocaten: R.R. Verkerk en D.M. de Knijff

Wetsartikelen: 2:64 lid 1 BW, 2:175 lid 1 BW, 2:24b BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder van B.V. Machinefabriek M.K.B./Groenewoud q.q.

De bestuurder en eigenaar van een gefailleerde bv wordt op vordering van de curator veroordeeld tot betaling van het boedeltekort wegens onbehoorlijk bestuur. Niet alleen wegens schending van de administratie- en publicatieplicht, maar ook omdat de continuïteit van de onderneming niet werd gewaarborgd. De curator heeft verder niet onrechtmatig gehandeld door de verkoop van machines van een vennootschap te realiseren nu deze vennootschap niet het eigendomsrecht had. Het oordeel in eerste aanleg dat deze vennootschap aansprakelijk is voor een oneigenlijke en onrechtmatige voortzetting van de bedrijfsactiviteiten van failliet, blijft in hoger beroep in stand.

Inleiding

Deze zaak betreft de aansprakelijkheid van de voormalig directe, middellijke en feitelijke bestuurder van de failliete vennootschap B.V. Machinefabriek M.K.B. ('MKB') voor het boedeltekort. De curator in het faillissement stelt dat appellant zijn bestuurstaken onbehoorlijk heeft vervuld. MKB hield zich bezig met het ontwerpen, repareren en bewerken van machines en gereedschap. MKB is in 2015 op papier naar het Verenigd Koninkrijk verhuisd. Daarna zijn aandelen in MKB overgedragen aan MKBM International Ltd. ('MKBM'), een vennootschap naar Engels recht, opgericht door appellant. Bij vonnis van 5 juli 2016 van de rechtbank Rotterdam is MKB in staat van faillissement verklaard. MKBM is in december 2016 ontbonden. De bestuurder was tevens de oprichter en bestuurder van twee andere Engelse vennootschappen, MKB Machinery Beheer Ltd en MKB Machinery Ltd ('Machinery'). Beide vennootschappen zijn in december 2016 ontbonden.

In deze zaak staan twee procedures centraal. De curator verwijt de bestuurder dat hij niet aan zijn publicatie- en administratieverplichtingen voldeed, waardoor hij zijn taak onbehoorlijk

heeft vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (Zaak A). Daarnaast heeft de vennootschap van de vader van de bestuurder, M.B.K. APK Keuring B.V. ('APK Keuring'), waar de bestuurder in de periode van juni 2015 tot eind januari 2016 een volledige volmacht had om APK Keuring te vertegenwoordigen, gevorderd dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld jegens APK Keuring (Zaak B).

Zaak A

De curator baseert zijn vorderingen op artikel 2:248 BW wegens onbehoorlijk bestuur door het niet naleven van de publicatieplicht (art. 2:394 BW) en de administratieplicht (art. 2:10 BW). De curator voert aan dat de bestuurder de jaarrekening van MKB over 2014 niet tijdig heeft gedeponereerd en vanaf 2015 geen (deugdelijke) administratie meer voerde, wat onbehoorlijke taakvervulling oplevert en, volgens het wettelijke vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt. Het hof onderschrijft deze redenering: de bestuurder was formeel en middellijk bestuurder van MKB in de relevante periode en heeft geen concreet bewijs geleverd dat hij op het moment van deponering niet verantwoordelijk zou zijn. De bestuurder probeert aansprakelijkheid te voorkomen door een beroep te doen op de disculpatiemogelijkheid van artikel 2:248 lid 3 BW. De bestuurder stelt dat de aandeelhouder eerst de jaarrekening behoorde vast te stellen voordat hij als bestuurder deze kan deponeren. Daarnaast voert de bestuurder aan dat hij, na jarenlange samenwerking, erop mocht vertrouwen dat zijn adviseur de jaarrekening zou deponeren. Het hof volgt de bestuurder niet en oordeelt dat het bestuur eindverantwoordelijk blijft voor de tijdige deponering en dat een zekere mate van oplettendheid van de bestuurder werd verwacht bij de uitvoering van zijn bestuurstaken.

Verder stelt de bestuurder dat externe omstandigheden, waaronder 'terreur' door overheidsinstanties, het faillissement hebben veroorzaakt. Het hof acht dit verweer onvoldoende onderbouwd. De bestuurder noemde ook diefstal door ex-werknemers, tegenvallende bedrijfsresultaten en andere factoren, maar heeft geen concreet bewijs geleverd dat deze omstandigheden belangrijke oorzaken van het faillissement waren. Het hof benadrukt dat, zelfs bij slechte resultaten, van het bestuur verwacht mag worden dat het de teugels in handen houdt en probeert de bedrijfsvoering te stabiliseren. Dit deed de bestuurder volgens het hof niet afdoende. Ook het bewijsaanbod van de bestuurder om zijn adviseur en derden te horen als getuigen, is door het hof gepasseerd. Het hof oordeelt dat de bestuurder zich niet kan disculperen, waardoor de aansprakelijkheid voor het boedelttekort in stand blijft.

Zaak B

In zaak B houden APK Keuring en de curator elkaar over en weer aansprakelijk uit hoofde van

onrechtmatige daad. De bestuurder van MKB vordert, als cessionaris van APK Keuring, schadevergoeding van de curator. De bestuurder stelt dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld door zonder recht machines te verkopen die eigendom zouden zijn van APK Keuring. De bewijslast voor de eigendom van deze machines rust op APK Keuring. De curator heeft het gestelde eigendomsrecht van APK Keuring gemotiveerd betwist met verwijzing naar een eerdere inbrengakte en facturen waarop Machinery vermeld staat als koper van de machines en niet APK Keuring.

Het hof oordeelt dat APK Keuring onvoldoende bewijs heeft geleverd voor haar eigendomsrecht op de machines. Naast het ontbreken van overtuigend eigendomsbewijs, merkt het hof op dat in eerdere procedures door APK Keuring en Machinery was gesteld dat de machines eigendom van Machinery waren. Dit standpunt is consistent met facturen en eerdere verklaringen van de bestuurder van MKB, wat erop wijst dat de machines geen eigendom van APK Keuring waren. Aangezien de eigendom onvoldoende is onderbouwd, is van een inbreuk op het eigendomsrecht door de curator geen sprake en faalt de vordering in conventie. Evenals eerder de rechtbank wijst het hof deze vordering af.

In de reconventionele vordering van de curator stelde de curator APK Keuring aansprakelijk voor een oneigenlijke en onrechtmatige voortzetting van MKB's bedrijfsactiviteiten, wat onrechtmatig is jegens de gezamenlijke schuldeisers van MKB. De rechtbank wees deze vordering toe en de bestuurder van MKB komt daartegen eveneens op in hoger beroep. Het hof oordeelt dat de bestuurder hierin niet-ontvankelijk is. De cessie waarop de bestuurder zich beroept, betreft slechts de conventionele vordering van APK Keuring tegen de curator en niet de reconventionele vordering van de curator tegen APK Keuring.

Het hof concludeert dat alle grieven in zowel zaak A als B falen. Het bewijsaanbod van de bestuurder wordt gepasseerd, en de vonnissen van de rechtbank Rotterdam worden bekrachtigd. Dit resulteert in aansprakelijkheid van de bestuurder voor het boedeltekort in het faillissement van MKB.

D.M.M. Detisch, november 2024

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 17-09-2024

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2024:1578

Zaaknummer: 200.295.00801

Rechters: R.S. van Coevorden, J.M. van der Klooster en S.H.M.A. Dumoulin

Advocaten: G.A. Soebhag en C.J.M. Verheggen

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Enquête SIGNA Sports United N.V. (III) - bevel rechter-commissaris

In een enquêteprocedure van een Nederlandse vennootschap die in Duitsland failliet is verklaard, verzoekt de onderzoeker de raadsheer-commissaris om de Duitse curator te bevelen hem (inzage in) stukken te verschaffen. De curator heeft beargumenteerd dat hij naar Duits recht niet verplicht kan worden stukken uit het faillissement af te geven en dat kosten die daaraan verbonden zijn niet ten laste van de boedel mogen worden gebracht. Hoewel de raadsheer-commissaris bevoegd is het bevel te geven, kan de Duitse curator niet gehouden worden daaraan gehoor te geven. Het verzoek wordt daarom afgewezen, nu de onderzoeker onvoldoende belang heeft bij toewijzing. De raadsheer-commissaris gaat er wel van uit dat de curator bereid is redelijke en gespecificeerde verzoeken in te willigen, mits de kosten van de curator op voorhand worden voldaan.

De OK heeft in een enquêteprocedure een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Signa Sports United N.V. ('SSU') (zie OR 2023-0215 en OR 2024-0113). SSU is in Duitsland failliet verklaard. De onderzoeker verzoekt de raadsheer-commissaris op grond van artikel 2:352 lid 1 BW om de Duitse curator te bevelen (inzage in) stukken te verschaffen. De Duitse curator heeft hierop gereageerd dat hij niet gehouden is aan bevelen van de raadsheer-commissaris te voldoen of stukken uit de administratie van SSU aan derden te verstrekken. De curator kan de stukken ook niet verstrekken omdat hij naar Duits recht geen kosten mag maken die niet in het belang zijn van de boedel.

De raadsheer-commissaris overweegt als volgt. Het Duitse faillissement en de bevoegdheden van de Duitse curator worden op grond van artikel 7 IVO beheerst door Duits recht. De curator heeft beargumenteerd dat hij naar Duits recht niet verplicht kan worden stukken uit het faillissement af te geven en dat kosten die daaraan verbonden zijn niet ten laste van de boedel

mogen worden gebracht. Hoewel de raadsheer-commissaris bevoegd is het bevel te geven, kan de Duitse curator niet gehouden worden daaraan gehoor te geven. Het verzoek wordt daarom afgewezen omdat de onderzoeker onvoldoende belang heeft bij toewijzing. De raadsheer-commissaris gaat er wel van uit dat de curator bereid is redelijke en gespecificeerde verzoeken in te willigen, mits de kosten van de curator op voorhand worden voldaan.

H.J. de Kloe, november 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-10-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:2954

Zaaknummer: 200.333.631/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink

Advocaten: Q.L.C.M. Bongaerts, N.K.S. Redner, R.J. van Galen en T.A. van Polanen

Wetsartikelen: 2:352 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Jamin Groothandel B.V./Bestuurder indirecte zakenrelatie

Eiser vordert betaling van een openstaande factuur van gedaagde. Gedaagde is de bestuurder van een vennootschap waarmee eiser een overeenkomst heeft gesloten. De overeenkomst betrof de overname van een voorraad energydrank die niet voldeed aan Nederlandse regelgeving. De gedaagde haalde de voorraad op, maar voldeed de factuur niet. Gedaagde voert aan dat betaling afhankelijk was van het ontvangen van gelden van een afnemer. De rechtbank verwerpt dit verweer wegens gebrek aan bewijs. De rechtbank houdt gedaagde persoonlijk aansprakelijk voor de schade van eiser, omdat hij kort na het aangaan van de verplichting de vennootschap liquideerde via een turboliquidatie, zonder dat de factuur werd voldaan. Dit handelen wordt als ernstig verwijtbaar aangemerkt, mede omdat gedaagde inconsistente verklaringen geeft over de redenen voor de liquidatie en geen aantoonbare pogingen deed om betaling door zijn afnemer af te dwingen.

Feiten en vordering

In deze zaak bij de rechtbank Midden-Nederland stelt Jamin Groothandel B.V. ('Jamin') [gedaagde] (de 'Bestuurder') persoonlijk aansprakelijk voor het niet voldoen van een factuur door [Bedrijf B.V.] (het 'Bedrijf'). De Bestuurder is (indirect) bestuurder van het Bedrijf. Het Bedrijf is de handelspartner van een vaste zakenrelatie van Jamin. Jamin heeft een grote hoeveelheid van de energydrank Prime via haar zakenrelatie bij het Bedrijf ingekocht, maar moet deze uit de handel nemen omdat de drank niet voldoet aan Nederlandse regelgeving. Om de financiële schade te beperken, komen Jamin en de Bestuurder overeen dat het Bedrijf de resterende voorraad van Jamin overneemt tegen een vaste prijs. Het Bedrijf haalt de voorraad op, maar betaalt de door Jamin verstuurd factuur niet.

Verweer

In zijn verweer stelt de Bestuurder dat hij met Jamin zou hebben afgesproken dat het Bedrijf pas tot betaling hoeft over te gaan als het Bedrijf zelf door haar afnemer is betaald. Volgens de Bestuurder is het Bedrijf echter niet betaald door haar afnemer, waardoor het Bedrijf niet aan Jamin hoeft te betalen. De rechtbank verwerpt dit verweer omdat er onvoldoende aanwijzingen zijn voor een dergelijke afspraak. Jamin wijst op de betaaltermijn die in de overeenkomst is opgenomen, waarin directe betaling is vastgelegd, en stelt dat de Bestuurder slechts later, in WhatsApp-berichten, heeft gesuggereerd dat hij wacht op betaling van de afnemer. De rechtbank concludeert dat het Bedrijf hierdoor haar contractuele verplichtingen tegenover Jamin niet nakomt, en dat Jamin niet gebonden is aan een afspraak die nooit expliciet in de overeenkomst is opgenomen.

Bestuurdersaansprakelijkheid

De rechtbank beoordeelt vervolgens of de Bestuurder als (indirect) bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade van Jamin op basis van de Beklamelnorm of de Nakomingsfrustratienorm (gezamenlijk de Ontvanger/Roelofsen-criteria). Een bestuurder kan onder bijzondere omstandigheden persoonlijk aansprakelijk zijn indien hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hiervan is onder meer sprake wanneer hij bij het aangaan van de overeenkomst wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen (de Beklamelnorm) of wanneer kan worden aangenomen dat de bestuurder heeft bewerkstelligd dat zijn vennootschap de crediteur niet betaalt en tevens geen verhaal biedt (de Nakomingsfrustratienorm). Waar Jamin onvoldoende bewijst dat de Bestuurder bij het aangaan van de overeenkomst weet dat het Bedrijf de betalingsverplichting niet zou kunnen voldoen, acht de rechtbank de Bestuurder wel aansprakelijk voor zijn handelen na het aangaan van de overeenkomst. Gedaagde heeft in zijn hoedanigheid als indirect bestuurder bewerkstelligd of toegelaten dat het Bedrijf haar contractuele verplichtingen niet is nagekomen.

De rechtbank noemt hierbij twee belangrijke factoren. Ten eerste heeft de Bestuurder het Bedrijf kort na het aangaan van de betalingsverplichting opgeheven via een turboliquidatie. De rechtbank ziet dit als een ernstige stap die tot gevolg heeft dat het Bedrijf haar verplichtingen jegens Jamin niet meer kan nakomen. De Bestuurder beweert dat hij de vennootschap moet liquideren omdat de afnemer niet betaalt en hij daarom geen middelen heeft om aan de verplichtingen jegens Jamin te voldoen. Echter, volgens de rechtbank geeft de Bestuurder geen consistente of geloofwaardige uitleg. In een WhatsApp-bericht met een vertegenwoordiger van Jamin verklaart hij enkele weken na de liquidatie dat er net een afnemer is gevonden in Oost-Europa, wat haaks staat op zijn bewering dat de liquidatie noodzakelijk was vanwege

een niet-betaalde vordering op een malafide afnemer.

Ten tweede acht de rechtbank het ongeloofwaardig dat de Bestuurder slachtoffer zou zijn geworden van een malafide afnemer zonder enige poging tot inning of communicatie over deze situatie. Gedurende de gehele communicatie met Jamin laat de Bestuurder niet weten dat het Bedrijf de factuur niet kan betalen vanwege een betalingsprobleem met de afnemer. De rechtbank oordeelt dat, als de Bestuurder werkelijk slachtoffer zou zijn van een malafide afnemer, hij Jamin hierover had moeten informeren en pogingen had moeten doen om betaling te verkrijgen. Ook is ongeloofwaardig dat de Bestuurder geen bewijsstukken kan overleggen, zoals e-mails, facturen of berichten waaruit blijkt dat er een afnemer is die niet betaalt en dat de Bestuurder pogingen heeft ondernomen om zijn vordering op de afnemer te verhalen. Het gebrek aan enige onderbouwing maakt zijn verdediging ongeloofwaardig en wijst volgens de rechtbank op ernstig verwijtbaar handelen.

De rechtbank oordeelt daarom dat de Bestuurder in zijn hoedanigheid van (indirect) bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, omdat hij doelbewust handelingen verricht die ervoor zorgen dat het Bedrijf haar contractuele verplichtingen jegens Jamin niet nakomt. Hierdoor is de Bestuurder persoonlijk aansprakelijk voor de door Jamin geleden schade.

Oordeel rechtbank

De rechtbank veroordeelt de Bestuurder tot betaling aan Jamin van het openstaande factuurbedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van aansprakelijkstelling. Daarnaast kent de rechtbank Jamin een bedrag aan buitengerechtelijke incassokosten toe en veroordeelt zij de Bestuurder tot betaling van de proceskosten.

F.J. Salomons, november 2024

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 07-10-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:5775

Zaaknummer: C/16/570806 / HA ZA 24-98

Rechters: N.A.J. Purcell

Advocaten: L. Bijl en B.J. Mulder

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

**Hypotheekgevers/Overzeese Producten
Handelsmaatschappij B.V. - Verklaring waardeloosheid
recht van hypotheek ontbonden vennootschap**

Eisers dagvaarden een ontbonden vennootschap met als doel het verkrijgen van een verklaring van waardeloosheid van een ten behoeve van de ontbonden vennootschap ingeschreven recht van hypotheek. De rechtbank wijst de vordering ten aanzien van de ontbonden vennootschap af, maar stelt dat eisers als onmiddellijk belanghebbenden een zelfstandig belang hebben bij toewijzing van de verklaring van waardeloosheid. De rechtbank verklaart de hypothecaire vordering waardeloos.

Feiten

Eisers zijn de eigenaren van een woning waarop zij ten gunste van Overzeese Producten Handelsmaatschappij (Transocean Produces Company) B.V. ('OPH') een hypotheekrecht hebben gevestigd in verband met een door OPH aan eisers verstrekte lening. Ten tijde van het verstrekken van de lening was de moeder van eiser 2 enig aandeelhouder van OPH en de broer van eiser 2 enig bestuurder van OPH. Volgens eisers is de lening begin jaren 2000 reeds afgelost. Na het overlijden van de moeder hebben eiser 2 en de broer als nieuwe aandeelhouders van OPH de vennootschap middels turboliquidatie ontbonden, waarbij bij de uitschrijving is opgegeven dat de vennootschap ten tijde van de ontbinding geen baten had. Ondanks een verzoek daartoe heeft de broer als voormalig bestuurder niet verklaard dat het hypotheekrecht van eisers inderdaad is tenietgegaan.

Vordering

Eisers vorderen in deze procedure dat de inschrijving van de hypotheek in de openbare registers waardeloos wordt verklaard nu het hypotheekrecht zou zijn tenietgegaan doordat de vordering is voldaan, OPH is opgeheven en de eventuele vordering tot terugbetaling van de

lening bovendien is verjaard.

Beoordeling

Gezien de aard van de in kort geding gevorderde voorlopige voorziening dient de rechter eerst te beoordelen of eisers een spoedeisend belang hebben bij hun vordering. Nu eisers hebben aangevoerd dat zij op korte termijn een nieuwe woning betrekken en zij in de verkoop van de woning zullen worden belemmerd indien het hypotheekrecht ten onrechte niet is doorgehaald, is dit volgens de voorzieningenrechter voldoende aangetoond.

Nu OPH niet meer bestaat, kan zij geen partij zijn in deze procedure en dienen eisers in zoverre niet-ontvankelijk te worden verklaard. Eisers zijn echter wel aan te merken als onmiddellijk belanghebbenden in de zin van artikel 3:29 lid 1 BW en hebben uit dien hoofde een zelfstandig belang om de inschrijving van het hypotheekrecht waardeloos te laten verklaren, nu OPH dit niet meer kan doen.

Uit de door eisers overlegde jaarrekeningen van OPH is voldoende duidelijk gebleken dat het hypotheekrecht teniet is gegaan en dat de inschrijving daarvan in de openbare registers dus waardeloos is geworden. De rechtbank wijst de vordering toe en verklaart de hypothecaire inschrijving waardeloos in de zin van artikel 3:29 BW.

T.M. Goudzwaard, november 2024

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 06-09-2024

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2024:9150

Zaaknummer: C/15/356095 / KG ZA 24/490

Rechters: W.S.J. Thijs

Advocaten: F.L.A. Roosmale Nepveu

Wetsartikelen: 3:29 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Matiging van en hoofdelijkheid bij schadevergoeding bestuurdersaansprakelijkheid

In deze Caribische zaak vordert een stichting hoofdelijke veroordeling ex artikel 2:14 BWC (artikel 2:9 BW) tot betaling van schadevergoeding door bestuurders wegens onbehoorlijke taakvervulling. De vordering wordt in eerste en tweede instantie gedeeltelijk toegewezen. In cassatie staat onder meer ter discussie het matigingsoordeel van het hof op grond van artikel 6:109 BWC (artikel 6:109 BW). Zo had het hof reeds gematigd terwijl de volledige omvang van de schade nog niet was vastgesteld. De Hoge Raad oordeelt in dat kader dat, hoewel in de regel pas wordt gematigd na vaststelling van de volledige schadevergoeding, de rechter rechtsgeldig een andere benadering kan volgen.

Inleiding en feiten

Stichting Buro Ziektekostenvoorzieningen ('BZV') is een aan de overheid gelieerde stichting in Curaçao. Op 4 mei 2011 worden de voorzitter (de 'Voorzitter'), de secretaris (de 'Secretaris') en twee anderen aangesteld als bestuurders van BZV. De bestuurstermijn eindigt op 4 mei 2013.

De Voorzitter is destijds aangezocht door een vriend (Minister van Economische Zaken en Ontwikkeling in het kabinet-Schotte). Hij was naast parttime bestuurder van BZV, fulltime oogarts en had geen bestuurlijke ervaring. Door het kabinet-Schotte worden op dat moment regelmatig ongeschikte bestuurders aangesteld.

Tussen 2011 en 2013 geeft BZV enorm hoge bedragen uit. Per 11 juni 2013 treedt een nieuw bestuur aan. BZV wordt vervolgens ontbonden. BZV heeft tegen de Voorzitter en de Secretaris aangifte gedaan wegens vermoedens van financiële onregelmatigheden.

BZV vordert verklaring voor recht dat zijdens de Voorzitter en de Secretaris sprake is van een

toerekenbare tekortkoming in de behoorlijke vervulling van hun bestuursfunctie als bedoeld in artikel 2:14 BW Curaçao ('BWC') (in Nederland bekend als artikel 2:9 BW). BZV vordert hoofdelijke veroordeling van de Voorzitter en de Secretaris tot vergoeding van de schade van BZV van NAF 7.032.462,99.

Eerste aanleg

Het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao wijst de vordering gedeeltelijk toe en oordeelt dat de Voorzitter en Secretaris hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade van NAF 4.424.862,37.

Beoordeling Hof

Bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (het 'Hof') staat slechts nog de matiging van de schadevergoeding centraal.

Na het tussenvonnis en nadat de Voorzitter en de Secretaris beide in de gelegenheid zijn gesteld zich over de matiging bij akte uit te laten, matigt het Hof de schadevergoeding tot NAF 4.000.000, schuift de gestelde hoofdelijkheid terzijde en stelt de door de Voorzitter te betalen schade vast op NAF 1.500.000 en de door de Secretaris te betalen schade op NAF 2.500.000.

Bij tussenvonnis wijst het Hof erop aan te nemen dat de Voorzitter en de Secretaris naïef en niet voor hun taak berekend waren. Er was sprake van ongepast blind vertrouwen en volgzaamheid bij hen, maar niet te kwader trouw. Uit niets blijkt dat de Voorzitter en de Secretaris zelf zijn verrijkt. Het Hof benadrukt overigens ook dat *'dit de eerste keer is in Curaçao dat een bestuurder van een overheidsrechtspersoon die niet te eigen bate heeft gefraudeerd, op grond van interne bestuurdersaansprakelijkheid door de rechtspersoon in rechte is aangesproken'*.

In zijn eindvonnis voegt het Hof daaraan nog toe dat hij van belang acht de bijzondere tijden onder het kabinet-Schotte – *'ongekend van aard in het Koninkrijk der Nederlanden'* – mee te wegen in zijn oordeel. Daarnaast zijn de geringe draagkracht van de Secretaris en de zwaarwegende kosten voor rechtsbijstand voor het Hof relevant. Het Hof neemt ook in aanmerking dat Curaçao erg klein is en de Voorzitter en de Secretaris nu al – en nog voor de rest van hun leven – worden aangekeken op hun handelen. Het Hof oordeelt daarom dat toekenning van de volledige schadevergoeding leidt tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen.

Cassatie

De Voorzitter stelt cassatie in tegen de verwerping van het beroep op verjaring van de

vordering van BZV. De Hoge Raad oordeelt dat de klachten van het middel niet tot cassatie kunnen leiden. Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan de beoordeling van het incidentele beroep, waarmee BZV verschillende klachten richt tegen het matigingsoordeel van het Hof.

BZV stelt dat het Hof onvoldoende (kenbare) aandacht heeft besteed aan de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid, de ernst van het handelen van de Voorzitter en de ernst van de schade voor BZV. De Hoge Raad benadrukt dat het Hof vrij is schade te matigen indien hij van oordeel is dat toekenning van een hogere schadevergoeding leidt tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen. Daarbij geldt dat de beslissing ten minste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang. Niet kan worden gezegd dat de gedachtegang van het Hof onbegrijpelijk is, noch dat het oordeel met onvoldoende redenen is omkleed.

BZV meent daarnaast dat het Hof pas over kon gaan tot matiging na het vaststellen van de volledige omvang van de schade, hetgeen niet is gedaan. Nu kan de verhouding tussen de werkelijke schade en de gematigde verplichting tot schadevergoeding niet worden meegewogen. Het oordeel van het Hof is in elk geval onvoldoende gemotiveerd, stelt BZV. De Hoge Raad oordeelt dat, hoewel in de regel pas wordt gematigd na vaststelling van de volledige schadevergoeding, de rechter een andere benadering kan volgen. Het Hof heeft (voldoende gemotiveerd) geoordeeld dat in de gegeven omstandigheden, toekenning van een hogere schadevergoeding dan in totaal NAf 4.000.000 tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen leidt, ongeacht de precieze hoogte van die schade. Artikel 6:109 BWC (gelijk aan artikel 6:109 BW) staat aan deze beredenering niet in de weg.

Ten aanzien van de gevorderde hoofdelijkheid oordeelt de Hoge Raad dat BZV daarbij geen belang heeft, omdat de veroordeling met de verwerping van de klachten tegen het matigingsoordeel ook ten aanzien van de Voorzitter definitief is.

De overige klachten van BZV kunnen niet tot cassatie leiden.

De Hoge Raad verwerpt het principale en het incidentele beroep.

S.A. Slijkhuis, november 2024

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-10-2024

ECLI: ECLI:NL:HR:2024:1384

Zaaknummer: 23/02088

Rechters: M.J. Kroeze, T.H. Tanja-van den Broek, H.M. Wattendorff, F.R. Salomons en G.C. Makkink

Advocaten: N.C. van Steijn en H. Boom

Wetsartikelen: 2:14 BW Curaçao, 2:9 BW, 6:109 BW Curaçao en 6:109 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Image Building c.s. - Omkoping en andere misstanden leiden tot een enquête

OK; enquête. De zaak betreft een enquêteverzoek van een bestuurder en aandeelhouder (38%) van een vennootschap die een onderneming exploiteert op het gebied van buitencommunicatie, waaronder de verkoop en plaatsing van reclameborden. Volgens verzoekster is sprake van ernstige financiële misstanden, waaronder mogelijk zelfs strafbare feiten, die een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en haar 100% dochter rechtvaardigen. Volgens de belanghebbenden (voornamelijk minderheidsaandeelhouders van de vennootschap) vormt een enquête echter een bedreiging voor de continuïteit van de onderneming en moet het verzoek daarom worden afgewezen. Hoewel een enquête een risico op reputatieschade kan vormen waarmee mogelijk de continuïteit van de vennootschap en haar onderneming in het geding kunnen komen, brengt deze omstandigheid volgens de OK in dit geval niet mee dat het enquêteverzoek moet worden afgewezen. Het maatschappelijk belang van openheid van zaken over mogelijk wanbeleid en de preventieve werking die daarvan het gevolg kan zijn, moeten hier de doorslag geven. Dit is ook in het belang van de vennootschappen zelf. De OK ziet voldoende aanleiding voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen en het gelasten van een enquête.

Feiten

Miller B.V. ('Miller') en Loods B.V. ('Loods') zijn bestuurders van Image Building Holding B.V. (de 'Vennootschap'). Zij heeft een 100% dochter, Image Building B.V. ('Image Building', de

Vennootschap en Image Building hierna gezamenlijk 'Image Building c.s.'). Miller is de persoonlijke vennootschap van B en Loods die van C. Daarnaast was H benoemd als (middellijk) financieel bestuurder.

De – al bestaande – spanningen tussen de (indirecte) bestuurders B en C zijn geëscaleerd na het ontdekken van verschillende onregelmatigheden. B en C gebruikten de pinpas van Image Building voor betalingen ten behoeve van Image Building, onder meer door contante opnames voor zakelijke evenementen, vaak zonder factuur. Daarnaast werden de opnames gebruikt voor het uitkeren van bonussen aan werknemers. Voorts hebben beide bestuurders aanzienlijke rekening-courantschulden opgebouwd. B heeft ook privébestedingen betaald met de zakelijke pas die ten laste van hem in rekening-courant zijn geboekt. C heeft een zakelijke betaalpas verstrekt aan E, een werknemer van Image Building. Naar aanleiding van een fraudeonderzoek dat ABN AMRO was gestart, heeft E toegegeven dat hij gelden van Image Building heeft gebruikt voor contante opnames, die hij vervolgens heeft aangewend voor het omkopen van gemeenteambtenaren in verband met het verstrekken van opdrachten en/of het afgeven van vergunningen en voor niet-zakelijke transacties. B beschuldigt C ervan hiervan op de hoogte te zijn geweest en het te hebben gedoogd. Daarnaast verwijten B en C elkaar dat contante bonusbetalingen aan werknemers niet zijn aangegeven voor de loonbelasting.

Naar aanleiding van de onregelmatigheden schakelde B een advocaat in voor Image Building en stelde voor een forensisch accountant in de arm te nemen. C heeft vervolgens de opdracht aan de advocaat weer ingetrokken. Tijdens de aandeelhoudersvergadering werd voorts het voorstel van Miller tot schorsing van Loods en H verworpen. Er werd wel besloten tot een integriteitsonderzoek. Uiteindelijk trad H af als bestuurder.

Oordeel OK

De hierboven beschreven gang van zaken heeft geleid tot het verzoek van Miller om een enquête te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Image Building c.s.

De belanghebbenden – voornamelijk minderheidsaandeelhouders van de Vennootschap – onderkennen dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen, maar zijn van mening dat het verzoek moet worden afgewezen op basis van een belangenafweging.

Gronden van de beslissing

De OK constateert dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij Image Building. Er zijn serieuze aanwijzingen voor onregelmatigheden, zoals het gebruik van de bedrijfspinpas door werknemer E voor contante

opnames en betalingen aan werknemers, (potentiële) klanten en ambtenaren. Deze onregelmatigheden zijn mede gebaseerd op verklaringen van betrokkenen, onder wie C en E zelf. Op grond daarvan moet er rekening mee worden gehouden dat C hiervan op de hoogte was. Daarnaast is niet in geschil dat zowel Miller (B) als Loods (C) in het verleden hebben meegewerkt aan contante bonusbetalingen aan werknemers zonder deze op te geven voor de loonbelasting. Dit brengt het risico met zich dat de Belastingdienst naheffingen en boetes zal opleggen.

De twijfel aan het beleid wordt verder versterkt door de verstoorde verhoudingen binnen het bestuur, wat de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt, terwijl Image Building c.s. in financieel zwaar weer verkeert. Tel daarbij op de aanzienlijke rekening-courantschuld van B aan de Vennootschap, die nog niet is afgebouwd ondanks de financiële problemen van Image Building en het feit dat B zijn moeder bij Image Building in dienst nam voor € 750 netto per maand zonder dat zij werkzaamheden voor Image Building c.s. verrichtte (anders dan dat B met zijn moeder wel eens praatte over Image Building c.s.).

Belangenafweging en enquête

Voor de vraag of bovenstaande redenen tot twijfel aan het beleid en de gang van zaken ook een enquête rechtvaardigen, moet een belangenafweging plaatsvinden. Aangezien de regeling van het enquêterecht is gericht op het belang van de vennootschap, staat bij de belangenafweging dit belang voorop.

In dit verband onderkent de OK dat een enquête een risico op reputatieschade kan vormen, waarmee mogelijk ook de continuïteit van Image Building c.s. en haar onderneming in het gedrang kunnen komen. Dit risico is echter onvoldoende om een enquête af te wijzen. In dit geval speelt een rol dat aan de twijfel omtrent de gang van zaken verdenkingen van ernstige feiten ten grondslag liggen, waarbij mogelijk zelfs essentiële publieke belangen in het geding zijn. Strafbare feiten, waarvan één of meer bestuurders mogelijk op de hoogte waren, kunnen daarbij ook niet worden uitgesloten. Het maatschappelijk belang van openheid van zaken over mogelijk wanbeleid en de preventieve werking die daarvan het gevolg kan zijn, moeten hier de doorslag geven. Dit is ook in het belang van Image Building c.s. zelf.

Hierbij neemt de OK nog in ogenschouw dat de belanghebbenden weliswaar hebben aangegeven bereid te zijn per direct een onderzoek te starten, maar dit vooralsnog niet hebben gedaan. Dit geldt ook voor het samenstellen van een nieuw bestuur. Ondanks de potentiële ernstige gevolgen van een enquête zijn de aangevoerde bezwaren daarom onvoldoende om te oordelen dat van een enquête moet worden afgezien, aldus de OK.

Enquête en onmiddellijke voorzieningen

De OK besluit een enquête te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Image Building c.s. vanaf 2011 (het moment dat B zijn moeder in dienst nam). Daarnaast treft de OK onmiddellijke voorzieningen door zowel Loods (C) als Miller (B) te schorsen als bestuurders van de Vennootschap en in plaats daarvan een onafhankelijke persoon als bestuurder te benoemen, die als enige bevoegd is de Vennootschap zelfstandig te vertegenwoordigen en zonder wie de Vennootschap niet kan worden vertegenwoordigd.

V.M. van Erpers Roijaards, november 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-05-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:2153

Zaaknummer: 200.337.644/01 OK

Rechters: A.P. Wessels, M.A.M. Vaessen, J.M. de Jongh, P.G. Boumeester en M.J.R. Broekema

Advocaten: M.J. Elkhuisen, J.H. Lemstra, G.C. Berkhout en I.H. Top

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